

**Juridictionnalisation de la répression pénale et
institution du ministère public : étude comparative
France-Angleterre**

Nicolas Jeanne

► **To cite this version:**

Nicolas Jeanne. Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public : étude comparative France-Angleterre. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2015. Français. <NNT : 2015PA010283>. <tel-01661581>

HAL Id: tel-01661581

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01661581>

Submitted on 12 Dec 2017

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

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

UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON-SORBONNE
Sciences économiques, sciences humaines, sciences juridiques et politiques

ECOLE DE DROIT DE LA SORBONNE

Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public

Etude comparative France-Angleterre

Thèse pour le doctorat en droit
(Arrêté ministériel du 7 août 2006)

Présentée et soutenue publiquement par

Nicolas JEANNE

le 11 mars 2015

DIRECTEUR DE RECHERCHE

Mme Geneviève GIUDICELLI-DELAGE

Professeur émérite de l'Ecole de Droit de la Sorbonne

JURY

Rapporteurs :

M. Pascal BEAUVAIS

Professeur à l'Université Paris X Nanterre

Mme Haritini MATSOPOULOU

Professeur à l'Université Paris-Sud

Suffragants :

M. Loïc CADIET

Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne

M. John R. SPENCER

Professeur émérite de l'Université de Cambridge

L'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans
les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs
auteurs.

Sommaire

Sommaire	V
Remerciements	VII
Avertissement	IX
Principales abréviations	XI
Introduction	1
Première partie - La juridictionnalisation éprouvée par l'institution du ministère public.....	75
Titre 1 ^{er} - Une juridictionnalisation évincée en nuances	79
Chapitre 1^{er} - L'extension continue des pouvoirs d'enquête infrajuridictionnels du ministère public	81
Chapitre 2nd - L'extension continue des pouvoirs de traitement infrajuridictionnels du ministère public.....	181
Titre 2 nd - Une juridictionnalisation préservée sans substance	247
Chapitre 1^{er} - La faiblesse persistante du contrôle du juge de l'autorisation.....	251
Chapitre 2nd - L'affaiblissement grandissant du contrôle du juge de l'annulation	301
Seconde partie - La juridictionnalisation, épreuve pour le ministère public.....	383
Titre 1 ^{er} - Les impasses de la juridictionnalisation de l'institution du ministère public	387
Chapitre 1^{er} - Conférer l'indépendance au ministère public ?	391
Chapitre 2nd - Garantir l'impartialité du ministère public ?	471
Titre 2 nd - La restauration nécessaire de la juridictionnalisation des fonctions du ministère public.....	541
Chapitre 1^{er} - L'inadaptation des seules sanctions substantielles des dysfonctions du ministère public.....	545
Chapitre 2nd - La réinscription nécessaire des fonctions du ministère public dans la juridictionnalisation.....	581
Conclusion générale	645
Bibliographie	649
Index alphabétique.....	729
Table des matières	737

Remerciements

Mes remerciements s'adressent, tout d'abord, à Mme le Professeur Geneviève Giudicelli-Delage pour avoir accepté de me délivrer cette belle invitation au voyage et m'avoir permis de dépasser les frontières pour mieux les (re)construire, ainsi que pour la confiance qu'elle m'a témoignée durant cette longue épreuve et sa disponibilité.

J'adresse, également, mes plus sincères remerciements à Mme le Professeur Haritini Matsopoulou, M. le Professeur Pascal Beauvais, M. le Professeur Loïc Cadiet et M. le Professeur John R. Spencer qui ont accepté de siéger dans le jury et de soumettre cette recherche à la contre-épreuve de la soutenance.

Je remercie, en outre, mes parents, Colette et Christian, ainsi que mon frère Guillaume, dont j'ai pu à chaque instant éprouver la bienveillance.

Je remercie encore Nicola Padfield, *Senior Lecturer* de la *Law Faculty* de l'Université de Cambridge, pour son accueil chaleureux et nos échanges fructueux, de même que Stuart Stone et Alison Chew pour m'avoir servi de guides lors de mes pérégrinations à la *Radzinowicz Library* de l'*Institute of Criminology* de l'Université de Cambridge. Et un grand merci à Jim, Yaël, Michel, Bréchet, Lucie, Maude, Laëtitia, Mathilde, Régis, Kamala, Géraud et Olivier.

Merci enfin à ma Fanette pour son indéfectible et patient soutien.

Avertissement

Sauf indication contraire, les traductions des textes rédigés en langue étrangère sont originales et ont été effectuées lorsqu'elles ne nuisaient pas à la précision du discours juridique. Lorsqu'une telle expression ne nous a paru pouvoir être restituée en langue française, elle figure seulement en langue originale ou a fait l'objet de la mobilisation d'un néologisme¹. En outre, afin de préserver l'harmonie formelle de la présentation, les règles typographiques françaises ont été appliquées à l'ensemble de la présente étude, y compris s'agissant des textes figurant en langue étrangère. En revanche, pour faciliter l'accès à ces sources, le mode de citation des revues anglo-américaines respecte la citation qui a cours dans chacun de ces pays.

Le mode de citation des *statutes* antérieurs à la seconde moitié du XIX^{ème} siècle reprend la règle qui avait cours à l'époque et qui s'appuyait sur deux fictions : d'une part, celle en vertu de laquelle la réunion du Parlement était censée ne durer qu'un jour, qui implique que l'on se réfère, non au millésime courant, mais à l'année de règne chiffrée d'après l'avènement du monarque occupant le trône ; d'autre part, celle en vertu de laquelle le Parlement était considéré comme n'émettant qu'un seul *statute* par session, qui implique que les dispositions diverses adoptées au cours d'une même session soient classées dans des rubriques, les *capita*, et qui conduit à ajouter à la citation par année de règne le numéro de

¹ Sur les problèmes de traduction que rencontre le comparatiste, voir A. GAMBARO, R. SACO et L. VOGEL, *Traité de droit comparé. Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, LGDJ, Paris, 2011, n° 10, p. 9, qui estiment que, lorsqu'il existe une correspondance conceptuelle et sémantique, la traduction peut s'opérer sans difficulté, mais qu'à défaut, « il convient de ne pas traduire » ; P. LEGRAND, « Comparer », *RIDC* 1996, pp. 311-312, pour qui le comparatiste doit « s'astreindre à ne pas traduire » car tout « ne saurait pouvoir être dit dans la langue de l'autre », et qui relève que la traduction paraît, en tout état de cause, « composer tantôt avec un certain degré d'entropie (c'est-à-dire de 'déperdition d'information' dans le passage de la langue de départ à la langue d'arrivée), tantôt avec un phénomène d'incrémentalisation (c'est-à-dire un ajout de la langue d'arrivée à la langue de départ, soit eu égard au signifiant ou quant au signifié) » ; V. GROSSWALD CURRAN, « Comparative Law and Language » in M. REIMANN et R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, OUP, Oxford, 2006, p. 675 et s. Voir également, CECOJI et JURISCOPE, Actes du colloque international organisé par le Centre d'Etudes sur la Coopération Juridique Internationale (CECOJI - UMR 6224 CNRS) et Juriscope (Accès aux droits étrangers et promotion du droit français et des droits francophones - UMS 2268 CNRS) à la Faculté des sciences de Poitiers les 15 et 16 octobre 2009 ; M. CORNU et M. MOREAU, *Traduction du droit et droit de la traduction*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2011, spéc. la deuxième partie « Pratiques et méthodes de la traduction juridique », p. 119 et s. Sur les rapports entre droit et langue, CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. « Domat Droit privé », 3^{ème} éd., Paris, 2005, p. 4 et s. ; F. TERRE, « Les mots et le droit », *D.* 2011, p. 152 et s.

caput (chapitre) correspondant au texte visé². La double numérotation des *statutes* adoptés sous le règne de Victoria s'explique par l'intense activité législative débutant en 1837, elle-même caractérisée par le prolongement des sessions du Parlement et le chevauchement des sessions sur plusieurs années de règne. L'intensité de l'activité législative se manifeste également par la nécessité d'adjoindre de plus en plus fréquemment le numéro de section du chapitre du *statute*. Précisons également que, dans l'usage courant, les noms des rois et reines sont cités en abrégés. Ainsi, par exemple, 1 Edw 3, c. 16 signifie « Statut de la première année du règne d'Edouard III, Chapitre 16 ».

Enfin, il convient de souligner que la notion d'appel diffère significativement en droit français et anglais. Alors qu'en droit français l'appel constitue le « recours ordinaire contre les jugements des juridictions du premier degré tendant à les faire réformer ou annuler par le juge d'appel »³, l'appel interjeté à l'encontre d'une décision n'est pas, en procédure pénale anglaise, une voie de réformation, mais une voie de cassation, fermée, dans quelques hypothèses, à certaines parties et subordonnée, dans divers cas, à l'autorisation préalable du juge. L'*appeal*⁴ est en effet conçu, en droit anglais, comme une notion composite combinant une critique sur la qualité de la décision et la prétention que la juridiction a méconnu le *due process*⁵. Aussi, l'appel d'une décision rendue par la *magistrates' court* devant la *Crown court* n'est-il ouvert qu'à la défense⁶, l'accusation ne peut-elle faire appel sur l'acquiescement d'une décision rendue par la *Crown court* que si celui-ci est fondé sur une erreur de droit et l'*appeal* sur une question de fait est-il soumis à l'autorisation d'un juge de la *High Court*⁷. Le système d'*appeal* anglais est donc relativement complexe⁸.

² Sur l'évolution du mode de citation des *statutes* et sur le développement de ceux-ci, voir LEVY-ULLMANN (H.), *Le système juridique de l'Angleterre*, Editions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », Paris, 1999 (réimpression de l'édition parue en 1928 aux éditions Sirey), p. 390 et s.

³ Voir « Appel » in CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8^{ème} éd., Paris, 2000, p. 60.

⁴ Voir « *Appeal* » in J. LAW et E. A. MARTIN (ed.), *A Dictionary of Law*, OUP, 7^{ème} éd., Oxford, 2009, p. 36.

⁵ Voir M. DELMAS-MARTY et J. R. SPENCER (dir.), *European Criminal Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 29-30.

⁶ Mais, lorsque l'appel d'une décision rendue par la *magistrates' court* est porté devant la *High Court*, il est ouvert aux deux parties.

⁷ L'autorisation est donnée par le juge après lecture du dossier, sans audience préalable. Si l'autorisation est refusée par le juge, l'intéressé peut présenter sa demande directement auprès de la *Court of appeal*, laquelle consentira ou non à entendre l'appel. Voir M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, coll. « Thémis Droit Privé », Paris, 1995, p. 137.

⁸ Pour une étude complète du système d'appel anglais, voir M. ZANDER, *Cases and Materials on the English Legal System*, Cambridge University Press, 10^{ème} éd., Cambridge, 2007, p. 654 et s. ; S.H. BAILEY, J.P.L. CHING et N.W. TAYLOR, *Smith, Bailey and Gunn on The Modern English Legal System*, Sweet and Maxwell, 5^{ème} éd., Londres, 2007, p. 1107 et s. ; spéc. en matière pénale, voir J. R. SPENCER, *Jackson's Machinery of Justice*, Cambridge University Press, 8^{ème} éd., Cambridge, 1989, p. 197 et s. Sur les critiques du système d'appel anglais, voir J. R. SPENCER, « Does our present criminal appeal system make sense ? », [2006] *Crim LR* 677.

Principales abréviations

A.C.	<i>appeal cases</i>
ACPO	<i>Association of chief police officers</i>
act.	actualité
Admin Ct	<i>administrative court</i>
ADN	acide désoxyribo-nucléique
<i>AJDA</i>	Actualité juridique de droit administratif
<i>AJ pén.</i>	Actualité juridique pénal
al.	alinéa
<i>APC</i>	Archives de politique criminelle
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
<i>Arch. News</i>	<i>Archbold News</i>
art.	article(s)
art. préc.	article précité
<i>ASBCPA</i>	<i>Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act</i>
<i>ASBO</i>	<i>Anti Social Behaviour Order</i>
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>BICC</i>	Bulletin d'information de la Cour de cassation
<i>BOMJ</i>	Bulletin officiel du ministère de la Justice
Bos & P	<i>Bosanquet's and Puller's Common Pleas Reports</i>
<i>Brit. J. Criminol.</i>	<i>British Journal of Criminology</i>
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. Inf. C. cass.</i>	Bulletin d'information de la Cour de cassation
c/	contre
C. civ.	code civil
C. défense	code de la défense
C. pén.	code pénal
CA	cour d'appel
<i>Cal. L. Rev.</i>	<i>California Law Review</i>
Cass. avis	avis rendu par la Cour de cassation
Cass. ch. mixte	chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ. 1 ^{ère}	première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^{ème}	deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3 ^{ème}	troisième 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. req.	chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	chambre sociale de la Cour de cassation
CCH	code de la construction et de l'habitation
<i>CDA</i>	<i>Crime and Disorder Act</i>
CE	Conseil d'Etat
CECOJI	Centre d'Etudes sur la Coopération Juridique Internationale
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEPEJ	Commission européenne pour l'efficacité de la justice
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CGCT	code général des collectivités territoriales
chap.	chapitre
chron.	chronique
CIC	code d'instruction criminelle
<i>cit.</i>	cité(e), citation
CJ	<i>Chief Justice</i>
<i>CJA</i>	<i>Criminal Justice Act</i>
<i>CJPA</i>	<i>Criminal Justice and Police Act</i>
<i>C.L. & J.</i>	<i>Criminal Law & Justice Weekly</i>
CLR	<i>Commonwealth Law Reports</i>
Cm.	<i>Command paper 1986-</i>
Cmnd.	<i>Command paper 1956-1985</i>
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme
coll.	collection
comm.	commentaire
comp.	comparer
concl.	conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
consid.	considérant
<i>contra</i>	en sens contraire
coord.	sous la coordination de
C.P.	<i>Law Reports, Common Pleas</i>
CPC	code de procédure civile
CPP	code de procédure pénale
<i>CPS</i>	<i>Crown Prosecution Service</i>
CR App R	<i>Criminal Appeal Reports</i>
Craw & D	<i>Cranford and Dix's Circuit Cases (Ireland)</i>
<i>Crim. Just. Rev.</i>	<i>Criminal Justice Review</i>
<i>Crim. Law and Philos.</i>	<i>Criminal Law and Philosophy</i>
<i>Crim LR</i>	<i>Criminal Law Review</i>
CRPC	comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité
CSM	Conseil supérieur de la magistrature
CSP	code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
<i>DBS</i>	<i>Disclosure and Barring Service</i>
dir.	sous la direction de
<i>DNA</i>	<i>Deoxyribonucleic acid</i>
doctr.	doctrine
<i>DP</i>	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
<i>DPP</i>	<i>Director of Public Prosecution</i>
<i>Dr. pén.</i>	Revue droit pénal

ECRC	<i>Enhanced Criminal Record Certificate</i>
éd.	édition
ed.	edited by
E.H.R.L.R.	<i>European Human Rights Law Review</i>
<i>Eur. J. Crime Crim. L.</i>	<i>European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice</i>
<i>& Crim Just.</i>	
EWCA Civ	<i>England and Wales Court of Appeal, Civil Division</i>
EWCA Crim	<i>England and Wales Court of Appeal, Criminal Division</i>
EWHC	<i>England and Wales High Court</i>
FAED	Fichier automatisé des empreintes digitales
fasc.	fascicule
FIJAIS	Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes
FNAEG	Fichier national automatisé des empreintes génétiques
FPN	<i>Fixed Penalty Notice</i>
GAJA	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
<i>Harv. C.R.-C.L. L. Rev.</i>	<i>Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review</i>
HL	House of Lords
HMSO	<i>Her Majesty's Stationary Office</i>
<i>ibid.</i>	<i>idibem</i> (au même endroit)
<i>i. e.</i>	<i>id est</i> (c'est-à-dire)
<i>impr.</i>	imprimerie
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	plus bas
I.N.L.R.	<i>Immigration and Nationality Law Reports</i>
<i>Int. J. Socio. Law</i>	<i>International Journal of the Sociology of Law</i>
IR	Informations rapides
Ir. Ju	<i>Irish Jurist</i>
JCP G	La Semaine Juridique édition Générale
<i>J. Crim. L.</i>	<i>The Journal of Criminal Law</i>
<i>J. Crim. L. Criminology</i>	<i>Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science</i>
<i>& Police Sci.</i>	
JORF	Journal officiel de la République française
JP	<i>Justice of the peace</i>
K.B.	<i>Law Reports, King's Bench</i>
LCJ	<i>Lord Chief Justice</i>
LGDJ	Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence
LJ	<i>Lord Justice</i>
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> (à l'endroit cité précédemment)
LPA	Les Petites Affiches
L. T. Rep.	Law Times Reports
LS	<i>Legal Studies</i>
LQR	<i>Law Quarterly Review</i>
MLR	<i>Modern Law Review</i>
NCA	<i>National Crime Agency</i>
N.L.J.	<i>New Law Journal</i>
not.	notamment
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum, opere citato</i> (ouvrage, œuvre cité(e))
OPJ	officier de police judiciaire

OUP	<i>Oxford University Press</i>
p.	page
pp.	pages
PACE	<i>Police and Criminal Evidence Act</i>
PCC	<i>Police and Crime Commissioner</i>
PNC	<i>Police National Computer</i>
PND	<i>Penalty Notice for Disorder</i>
préc.	précité(e)
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
QB	<i>Queen's Bench Reports</i>
rapp.	rapport
rappr.	rapprocher
RD <i>pub.</i>	Revue du droit public
réf. cit.	et les références citées
<i>Rép. pén.</i>	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale (Dalloz)
<i>Rép. proc. civ.</i>	Répertoire de procédure civile (Dalloz)
req.	requête
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RJPF	Revue juridique Personnes et Famille
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RRJ	Revue de la recherche juridique - Droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD <i>civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
RTD <i>com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
s.	et suivant(e)s
<i>S.</i>	Recueil Sirey
sect.	section
SEP	<i>Suspended Enforcement Period</i>
SFO	<i>Serious Fraud Office</i>
SOCA	<i>Serious Organised Crime Agency</i>
SOCPA	<i>Serious Organised Crime and Police Act</i>
<i>Sol J</i>	<i>Solicitors' Journal</i>
somm.	sommaires (commentés)
spéc.	spécialement
ss	sous
<i>Stan. L. Rev.</i>	<i>Stanford Law Review</i>
State Tr	<i>Howell's State Trials</i>
STIC	Système de traitement des infractions constatées
<i>supra</i>	plus haut
TAJ	Traitement des antécédents judiciaires
Taunt.	<i>Taunton's Common Pleas Report</i>
TGI	tribunal de grande instance
Trib. cass.	tribunal de cassation

TTR	traitement en temps réel
<i>U Chicago L. R.</i>	<i>University of Chicago Law Review</i>
<i>U Illinois L. R.</i>	<i>University of Illinois Law Review</i>
UKHL	<i>United Kingdom House of Lords</i>
UKSC	<i>United Kingdom Supreme Court</i>
v.	voir
<i>v.</i>	<i>versus</i>
vol.	volume
<i>Wash. & Lee L. Rev.</i>	<i>Washington and Lee Law Review</i>
W.L.R.	<i>Weekly Law Reports</i>
YOT	<i>Youth Offending Team</i>

« Mais dira-t-on sans doute, les organes des lois sont-ils donc à l'abri de toute recherche ? Suffira-t-il d'en être les dépositaires pour n'en avoir rien à redouter ? Et comment ceux qui veillent à leur maintien auraient-ils le privilège inouï de les enfreindre ? (...) Le plus grand crime des administrateurs de la justice serait d'oser la trahir quand ils paraissent la rendre »⁹.

Savoie de Rollin

⁹ Extrait des conclusions développées par Savoie de Rollin, avocat général au Parlement de Grenoble, dans une affaire de prise à partie d'un juge, cité par MANGIN (M.), *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, Société typographique belge, Bruxelles, 1839, n° 118, p. 97.

Introduction

1. *Complexité de la confrontation.* Confronter la juridictionnalisation de la répression pénale à l'institution du ministère public, c'est accumuler les difficultés, car la théorie de la juridiction, comme l'institution du ministère public, se caractérise désormais, en procédure pénale française, par une redoutable complexité. En confrontant ces notions, l'on prend en effet le risque d'aggraver l'obscurité dans laquelle chacune est désormais plongée. Mais, peut-être, comme l'avait soupçonné naguère Motulsky, « la confrontation de deux énigmes peut-elle, au contraire, aider à les résoudre »¹⁰. Envisager de surcroît l'étude de ces rapports en comparant deux systèmes juridiques qu'une longue tradition doctrinale oppose¹¹, le système français et le système anglais, c'est courir le risque que les éclaircissements attendus de la confrontation des deux notions ne se voient troublés par la subversion des résultats de la comparaison.

Les profondes évolutions des fonctions assignées au ministère public, tant en France qu'en Angleterre, pourraient d'ailleurs décourager l'observateur et le conduire à reconnaître son impuissance : le ministère public semble bel et bien condamné à demeurer une énigme. On ne compte plus les figures mythologiques qui ont été mobilisées pour dépeindre l'institution : Protée¹², Nestor¹³, Cerbère¹⁴, Janus¹⁵ ou encore Briarée¹⁶. Certes, la nature de

¹⁰ MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD* 1964, p. 215, repris in MOTULSKY (H.), *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, coll. « Bibliothèque », Paris, 2010, p. 85.

¹¹ Nous emploierons dans cette étude le terme de « doctrine » pour désigner les auteurs y compris anglo-saxons. Sur les précautions à prendre dans l'usage du terme, voir P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », Paris, 2004, p. 1 et s., spéc. p. 12. Voir également, P. JESTAZ, « Genèse et structure du champ doctrinal », *D.* 2005, p. 19 et s. Sur les spécificités de la construction du modèle doctrinal français, C. JAMIN, « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », *Bull. Inf. C. cass.*, n° 596, 15 avr. 2004, p. 3 et s. Sur l'importance de la doctrine dans la construction du *common law* et la conception particulière des *authoritative writings*, voir LEVY-ULLMANN (H.), *Le système juridique de l'Angleterre*, *op. cit.*, p. 229 et s.

¹² G. GIUDICELLI-DELAGE, « La figure du juge de l'avant-procès. Entre symboles et pratiques » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à J. Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 341 : Protée, « en raison de ses

celle-ci a toujours été discutée – organe judiciaire ou organe du gouvernement¹⁷, partie zélée ou organe de la loi¹⁸ –, mais au moins pouvait-on jusqu'à présent détecter la raison d'être de l'institution : sa qualité de partie au procès pénal. L'institution du ministère public

transformations au gré des impératifs qu'on lui fixe ou qu'il se fixe ». L'auteur ajoute, *ad notam* : « Protée, par ses métamorphoses, mais aussi parce que la figure du procureur se démultiplie. Non parce qu'agiront le plus souvent ses substituts, mais parce que certaines de ses fonctions peuvent être exercées, par délégation, par un 'délégué' ou un 'médiateur du procureur', ou encore un officier de police judiciaire (indépendamment des fonctions qui, pour ce dernier, lui sont propres). Même si toutes ces fonctions restent sous main du procureur, ces délégations posent la question de la figure réelle ».

¹³ X. MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^{ème} siècle », *APC* 2003, n° 25, pp. 96-97 : « Nestor, personnage tiré de la geste homérique, roi de Pylos et héros de la guerre de Troie, incarne le type du sage conseiller. C'est un peu ce rôle que joue le parquet pour le législateur, et ce dernier en convient parfaitement d'ailleurs. En effet, grâce aux initiatives procédurales parquetières, le législateur n'a généralement qu'à formaliser non pas un modèle théorique dont la mise en application risque de révéler d'éventuels défauts, comme ce fut le cas d'ailleurs pour le code d'instruction criminelle de 1808, mais un modèle pratique, expérimenté sur le terrain et donc, en quelque sorte, prêt à l'emploi ». Voir, pour l'Angleterre, A. RUTHERFORD, « The English Penal Crisis : Paradox and Possibilities », *Current Legal Problems* 1988, p. 106, qui qualifie le *Crown Prosecution Service* de « cheval de Troie de la justice pénale », puisqu'en raison de son caractère malléable, le système de poursuite permet aux gouvernants de mettre en œuvre une réforme des peines qui rencontrerait l'opposition des juges ; et, pour la France, D. SOULEZ-LARIVIERE, *Grand Soir pour la justice*, Seuil, Paris, 1997, p. 103, qui évoque le « cheval de Troie de l'exécutif ».

¹⁴ M. R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven et Londres, 1986, p. 155. De nombreux auteurs évoquent l'image de la sentinelle. Voir ainsi, J. UTZ, « Two Models of Prosecutorial Professionalism » in W. F. MACDONALD (ed.), *The Prosecutor*, Sage, Beverly Hills, Calif., p. 100 ; P. GAGNOUD, « L'avis donné au procureur de la République du placement en garde à vue d'un suspect, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes », *Gaz. Pal.* 2001, n° 335, p. 3, n° 1 : « L'autorité judiciaire est le gardien naturel des libertés individuelles. Et les magistrats du parquet qui appartiennent au même titre que ceux du siège à l'ordre judiciaire, sont les sentinelles avancées de ces libertés » ; P.-J. DELAGE, « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la 'sanction parquetière' », *APC* 2006 n° 28, p. 135, qui qualifie les magistrats du parquet de « sentinelles avancées de l'ordre judiciaire ». Voir également, J. FIONDA, *Public Prosecutors and Discretion. A Comparative Study*, OUP, Clarendon Press, coll. « Oxford Monographs on Criminal Law and Justice », Oxford, 1995, p. 200, qui rapporte les propos de Jan van Dijk évoquant, s'agissant du procureur hollandais, « l'araignée dans la toile de la justice pénale ».

¹⁵ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Conclusion » in C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, coll. « Les voies du droit », Paris, 2006, p. 259 ; M. WADE, « The Januses of Justice. How Prosecutors Define the Kind of Justice Done Across Europe », (2008) 16 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 433.

¹⁶ HENRION DE PANSEY (P. P. N.), *De l'autorité judiciaire en France*, Théophile Barrois, Libraire, Paris, 1818, p. 196, qui parle, à propos du procureur du roi, d'un « colosse imposant, d'un briarée aux cent bras ».

¹⁷ Sur cette discussion en France, voir M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », tome V, Paris, 1967 et, dans une perspective comparatiste, E. MATHIAS, *Les Procureurs du droit : de l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, CNRS éd., Paris, 1999 ; en Angleterre, J. FIONDA, *Public Prosecutors and Discretion. A Comparative Study*, *op. cit.*, p. 46 ; J. ROGERS, « Restructuring the Exercise of Prosecutorial Discretion in England », (2006) 26(4) *Oxford Journal of Legal Studies* 775, spéc. 799 ; A. ASHWORTH, « Testing Fidelity to Legal Values : Official Involvement and Criminal Justice », (2000) 63 *MLR* 633, spéc. 644, *ad notam*.

¹⁸ *Minister of Justice*, selon l'expression anglaise, par opposition au *private prosecutor* qui, lui, « a un intérêt personnel dans la solution qui sera donnée à l'affaire » et qui « cherche à utiliser les juridictions pénales comme une extension d'un conflit personnel avec d'autres personnes ou avec l'administration ». Voir ainsi, R. BUXTON, « The Private Prosecutor as a Minister of Justice », [2009] *Crim LR* 427. Voir également, A. ASHWORTH, « Prosecution and Procedure in Criminal Justice », [1979] *Crim LR* 482 : le procureur n'a pas pour fonction d'obtenir une condamnation à tout prix, « la bonne motivation d'un procureur a souvent été comparée à celle d'un *Minister of Justice* (...) » ; le but du procureur est d'obtenir le résultat auquel, à son avis, la preuve conduit équitablement ». Voir cependant, J. FIONDA, *Public Prosecutors and Discretion. A Comparative Study*, *op. cit.*, p. 58, pour qui la mesure, dans laquelle ce rôle neutre peut s'inscrire dans la nature *adversarial* de la procédure pénale anglaise, où le « procès est essentiellement une lutte entre l'accusation et la défense », est discutable.

se définissait d'ailleurs communément par sa fonction¹⁹, qui consiste, en France, à déclencher et à exercer l'action publique²⁰, en Angleterre, à formuler l'accusation (*charge*²¹) et à exercer la poursuite (*prosecution*²²). Aujourd'hui cependant, alors que les activités du ministère public se diversifient techniquement – en France et en Angleterre, l'orientation et la supervision des investigations conduites en pratique par les services de police, le contrôle de la complétude de l'enquête et l'évaluation des preuves, l'appréciation en opportunité de l'intérêt public à engager des poursuites, le traitement des infractions dans une mesure croissante en lieu et place de l'exécution des condamnations prononcées par une juridiction – et s'étendent matériellement – de la simple indiscipline sociale à la délinquance véritable, voire à la criminalité –, il devient plus délicat de déterminer ce qui constitue sa réalité profonde car, si le ministère public demeure encore partie nécessaire au procès pénal français et la principale partie au procès pénal anglais, il n'est plus nécessairement, ni principalement, partie.

La juridictionnalisation, qui consiste à subordonner la prise d'une décision à l'organisation d'un procès²³ et à conférer à cette décision la nature d'un acte juridictionnel²⁴, semblait quant à elle, jusqu'alors, constituer un caractère inhérent à la répression pénale.

¹⁹ En ce sens, T. S. RENOUX, « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public » in Cour de Cassation, *Quel avenir pour le ministère public ?*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2008, p. 35, qui relève que la confusion est fréquente entre une qualité et une fonction et que « [l]es magistrats du parquet exercent le ministère public ». Par conséquent « le ministère public est une des attributions, dissociable, du parquet, qui en possède d'autres » ; Y. MAYAUD in S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale. Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2014, p. 135, *ad notam*.

²⁰ Définie par l'article 1^{er} du code de procédure pénale comme l'action « pour l'application des peines ».

²¹ L'*Oxford Dictionary of Law* définit le mot *charge* comme « [u]ne mise en accusation formelle d'une infraction, généralement formulée au commissariat après interrogatoire ». Voir « Charge » in J. LAW et E. A. MARTIN (ed.), *A Dictionary of Law*, *op. cit.*, p. 87.

²² La *prosecution* consiste en « l'exercice d'une procédure judiciaire, en particulier d'une procédure pénale (...) ». Voir « Prosecution », *ibid.*, p. 433.

²³ Elle se distingue, par conséquent, de la judiciarisation. En ce sens, CARTIER (M.-E.), « La judiciarisation de l'exécution des peines », *RSC* 2001, p. 87, qui relève, à propos du projet de loi qui allait devenir la loi du 15 juin 2000, que « les décisions du juge de l'application des peines, anciennement qualifiées de mesures d'administration judiciaire, ont été juridictionnalisées tandis que les décisions relatives à la libération conditionnelle jusque-là prises par le garde des Sceaux ont été tout à la fois judiciarisées et juridictionnalisées (elles ne relèvent plus du pouvoir exécutif mais sont prises par des juridictions judiciaires et font l'objet d'un véritable procès) ». Voir également, E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, Litec, coll. « Manuels », Paris, 2010, n° 816 et 820, pp. 329 et 332, qui définissent la judiciarisation comme un « phénomène qui consiste à rendre judiciaire quelque chose qui ne l'était pas auparavant », phénomène qui traduit « le passage de certains actes d'une nature administrative à une nature judiciaire » et implique que « la mesure judiciarisée puisse faire l'objet d'un recours devant les juridictions judiciaires (telle l'évolution des décisions prises par le juge de l'application des peines) », et la juridictionnalisation comme consistant à confier à de véritables juridictions le prononcé de certaines mesures (telle la libération conditionnelle avec la loi du 15 juin 2000).

²⁴ Selon le dictionnaire de l'association Capitant, la juridictionnalisation constitue un « procédé consistant à attribuer à des actes qui ne la comporteraient normalement pas la qualification d'acte juridictionnel, afin de leur étendre le régime de ce dernier (autorité de chose jugée) ». Voir ainsi, « Juridictionnalisation » in CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, *op. cit.* p. 494.

Tant en France qu'en Angleterre, rayonne un principe constitutionnel qui implique que l'infliction d'une peine soit affaire de juridiction – et de juridiction obligatoirement contentieuse –, principe que résume la formule latine communément utilisée *nulla poena sine iudicio* et que vient renforcer le droit tiré de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La Cour européenne, en effet, s'est employée à traquer, par le biais d'une interprétation autonome de la notion de « matière pénale » inscrite à l'article 6 de la Convention de sauvegarde, les tentatives des Etats de soustraire les formes de répression parapénales aux principes du procès équitable²⁵. Pourtant, malgré la force symbolique de la consécration constitutionnelle, malgré la vigilance des juges strasbourgeois, la juridictionnalisation est à l'épreuve et, avec elle, le procès pénal tel que les sociétés anglaise et française l'ont connu²⁶. La Cour européenne reconnaît ainsi des limites à la juridictionnalisation : le procès équitable n'est qu'un droit auquel tout « accusé » peut renoncer et les Etats sont seulement tenus d'offrir, à celui qui s'est vu infliger une peine et qui en fait la demande, un recours devant un juge doté de pouvoirs de pleine juridiction. Dans les interstices des protections constitutionnelle et conventionnelle, se construit en effet une répression qui est principalement orchestrée par le ministère public, répression qui ne s'affiche pas – ne s'assume pas ? – aussi clairement, mais qui brouille peu à peu le domaine matériel et les formes traditionnelles de la

²⁵ Sur l'interprétation autonome effectuée par la Cour européenne, voir J.-C. SOYER et M. DE SALVIA in L. PETITTI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 1999, p. 251, qui évoquent, à cet égard, « la tendance extensive de la jurisprudence européenne » ; J. PRADEL, G. CORSTENS ET G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, Dalloz, coll. « Précis », 3^{ème} éd., Paris, 2009, n° 262-263, pp. 298-300, pour qui « [l]es 'notions autonomes' apparaissent comme l'instrument (ou l'un des instruments) que le juge européen s'est créé pour réduire les zones de non-application de la Conv. EDH ». Sur la notion de « matière pénale » au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, voir D. ALLIX, « Le droit à un procès pénal équitable. De l'accusation en matière pénale à l'égalité des armes », *Justices* 1998, n° 10, p. 19 et s., spéc. pp. 22-24 ; S. GUINCHARD et *alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, coll. « Précis », 6^{ème} éd., Paris, 2011, n° 75 et n° 101 et s., p. 136 et p. 183 et s. ; F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme » in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonner la raison d'Etat*, PUF, Paris, 1989, p. 405 et s., pour qui la Cour entend ainsi éviter toute « fraude à la Convention » ; F. SUDRE, « Le recours aux notions autonomes » in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 93 et s.

²⁶ En ce sens, A. DUFF, L. FARMER, S. MARSHALL et V. TADROS, « Introduction : Towards a Normative Theory of the Criminal Trial » in A. DUFF, L. FARMER, S. MARSHALL et V. TADROS (dir.), *The Trial on Trial, Truth and Due Process*, vol. 1, Hart Publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2004, p. 3, qui relèvent que la question du procès et de sa place dans le système de justice pénale est vigoureusement contestée à l'heure actuelle ; T. WEIGEND, « Why have a Trial when you can have a Bargain ? » in A. DUFF, L. FARMER, S. MARSHALL et V. TADROS (dir.), *The Trial on Trial, Judgment and Calling to Account*, vol. 2, Hart Publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2006, p. 207, qui note que, s'il y a longtemps, le procès était considéré comme le point culminant du processus répressif, celui-ci est devenu « un accident dans l'administration régulière de la justice pénale ». Voir également, N. PADFIELD, R. MORGAN et M. MAGUIRE, « Out of Court, Out of Sight ? Criminal Sanctions and Non-Judicial Decision-Making » in M. MAGUIRE, R. MORGAN et R. REINER (ed.), *The Oxford Handbook of Criminology*, OUP, Oxford, 2012, p. 956 : « (...) les procès contentieux sont devenus l'exception plutôt que la règle ».

juridictionnalisation, pour finalement relativiser sa nécessité et remettre en cause son attrait. Tout se passe comme si l'extension des exigences de la juridictionnalisation à des contentieux périphériques avait finalement affaibli la vigueur de la juridictionnalisation dans ce qui en constituait jusqu'alors le cœur : la répression pénale.

2. Nécessité de la confrontation. Aussi, malgré sa complexité, la confrontation s'avère-t-elle nécessaire car, derrière le rapprochement du ministère public et de la juridictionnalisation, se profile la délicate question de la vocation de l'institution du ministère public et celle de la nature de la juridictionnalisation de la répression pénale. Les statistiques seules, d'ailleurs, nous y inviteraient, tant elles sont éloquentes.

Dans son troisième rapport sur l'évaluation des systèmes judiciaires européens pour l'année 2006, la Commission européenne pour l'évaluation de l'efficacité de la justice du Conseil de l'Europe constatait que le nombre d'affaires terminées par une sanction ou par une mesure imposée ou négociée par le procureur s'élevait, pour 100.000 habitants, à 1.646 en Angleterre et à 821 en France, alors que celui des affaires portées devant les tribunaux s'élevait à 1.878 en Angleterre, 1.120 en France²⁷. La comparaison faisait ainsi ressortir que le recours à chacun de ces deux modes de traitement des infractions – parquetier ou juridictionnel – tendait, en volume, dans ces deux pays, à s'équilibrer²⁸. L'Angleterre et la France figuraient en tête du classement – respectivement à la première et à la seconde place – des pays utilisant les seuls pouvoirs développés en faveur de l'autorité de poursuite pour traiter les infractions²⁹. Le dernier rapport de cette commission, publié en octobre 2014, fait toutefois état, en France, d'un surpassement en volume du traitement appliqué par le procureur : le nombre d'affaires terminées par une sanction ou par une mesure

²⁷ CEPEJ, Rapport, « Systèmes judiciaires européens - Efficacité et qualité de la justice », coll. « Les études de la CEPEJ », éd. 2008 (données 2006), tableau 82, p. 182, et le commentaire de J.-P. JEAN, « Systèmes judiciaires européens : les principales tendances en matière pénale », *AJ pén.* 2008, p. 453 et s.

²⁸ Avec un ratio entre le nombre d'affaires portées devant les tribunaux par le procureur et le nombre d'affaires traitées par le procureur de 1,1 en Angleterre et de 1,4 en France.

²⁹ Pour un constat similaire, voir M. DELMAS-MARTY, « La phase préparatoire du procès pénal. Pourquoi et comment réformer ? », communication à l'Académie des sciences morales et politiques, séance du 25 mai 2009, *Les annonces de la Seime*, 4 juin 2009, n° 34, p. 3, qui considère que « la confusion des pouvoirs s'est aggravée, le parquet devenant tantôt un enquêteur comme le juge d'instruction, tantôt une quasi-juridiction de jugement, par le jeu des 'alternatives aux poursuites' ». Voir également, CNCDH, « Avis sur l'indépendance de la justice », 31 juill. 2013, *JORF* n° 0176 du 31 juill. 2013, n° 102, § 12 : « (...) pour près de la moitié des infractions (47 %, 51 % pour les mineurs), la réponse pénale n'est apportée que par le parquet, seul compétent en matière d'alternatives aux poursuites ». Sur le caractère global du phénomène, voir E. LUNA et M. WADE, « Prosecutors as Judges », (2010) 67 *Wash. & Lee L. Rev.* 1413.

imposée ou négociée par celui-ci s'y élève, pour 100.000 habitants, à 961,4 alors que celui des affaires portées devant les tribunaux à 958,1³⁰.

En outre, le plus récent annuaire statistique de la justice atteste de la place déclinante du juge dans la mise en état des affaires pénales : en 2006, 2 % des affaires poursuivables ont été transmises à un juge d'instruction, 3,82 % à un juge des enfants ; en 2008, 1,56 % l'ont été à un juge d'instruction, 3,85 % à un juge des enfants ; en 2010, 1,4 % à un juge d'instruction, 3,85 % à un juge des enfants³¹. En Angleterre, les différentes études parues montrent, quant à elle, que la nécessité pour la police d'obtenir du juge un mandat aux fins d'effectuer ses investigations est en constant déclin³².

3. Intérêt générique de l'approche comparative. Pourquoi, toutefois, procéder à cette confrontation sous l'angle du droit comparé ?

Le rapprochement de deux systèmes juridiques présente pour le juriste un attrait indiscutable : lui permettre d'apprécier à leur juste valeur les certitudes acquises sur son système juridique, de relativiser, de réfuter ou, au contraire, de confirmer la solidité de ses propres conceptions³³. Le comparatiste, constate en effet Pierre Legrand, met en jeu un procédé qui consiste à « minorer le droit ordinaire, le droit standard, du fait même qu'il se situe en relation avec un autre droit »³⁴. Aussi, en permettant à l'interprète de se prémunir

³⁰ CEPEJ, Rapport, « Systèmes judiciaires européens - Efficacité et qualité de la justice », coll. « Les études de la CEPEJ », éd. 2014 (données 2012), tableau 10.13, p. 294. Sur ce rapport, voir N. FRICERO, « L'efficacité et la qualité de la justice à l'aune de la crise économique. - À propos du rapport 2014 de la CEPEJ », *JCP G* 2014, 1068.

³¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Annuaire statistique de la justice*, éd. 2011-2012, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_annuaire_2011-2012.pdf, p. 109. Voir également, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Les chiffres-clés de la justice 2014*, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_livret_final_HD.pdf, p. 14 : pour 1.303.469 affaires poursuivables en 2013, 17.766 affaires ont été renvoyées devant le juge d'instruction et 50.303 devant le juge des enfants, soit, respectivement, 1,36 % et 3,85 %. Voir enfin, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Les chiffres-clés de la justice 2015*, http://www.justice.gouv.fr/publication/chiffres_cles_20151005.pdf, p. 14 : pour 1.327.980 affaires poursuivables en 2014, 17.093 affaires ont été renvoyées devant le juge d'instruction et 48.052 devant le juge des enfants, soit, respectivement, 1,29 % et 3,61 %.

³² Avant l'entrée en vigueur du *Police and Criminal Evidence Act* 1984, seulement 17 % des perquisitions étaient réalisées en vertu d'un mandat du *Justice of the peace*. Les recherches postérieures ont montré que, depuis l'entrée en vigueur des sections 18 et 32 du *PACE*, seulement 12 % des perquisitions sont réalisées en vertu d'un mandat. Sur cette question, voir S. UGLOW, L. DICKSON, D. CHENEY et K. DOOLIN, *Criminal Justice*, Sweet and Maxwell, 2^{ème} éd., Londres, 2002, n° 3.8.4, p. 125.

³³ Sur la nature du droit comparé, voir BLAGOJEVIC (B. T.), « Le droit comparé - Méthode ou science », *RIDC* 1953, p. 649 et s. ; O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, p. 275 et s. ; M.-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC* 2005, p. 7 et s.

³⁴ P. LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 3^{ème} éd., Paris, 2009, p. 24. En ce sens également, voir CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé*, tome 2 : *La méthode comparative*, LGDJ, Paris, 1974, n° 113, p. 291 : « Le droit national se trouve ainsi relativisé, c'est-à-dire réduit à ce qu'il est en réalité ». L'auteur ajoute : « Tant que le juriste national reste enfermé dans son seul monde juridique, il a une tendance naturelle à considérer les solutions de son droit comme les seules possibles, les seules logiques ou les seules valables.

des excès de l'ethnocentrisme juridique, la comparaison véritable produit-elle un indéniable effet subversif³⁵, elle sert à la fois de « décapant – qui ronge l'accidentel pour ne laisser subsister que l'essentiel – et de révélateur – qui fait surgir ce qui était caché »³⁶. À l'inverse, en permettant de relativiser les doutes formulés à l'encontre de son propre système, elle conduit l'interprète à réfuter les excès de toute xénophilie juridique, toute mystique – ou mystification – de l'appel au législateur étranger³⁷. En d'autres termes, la comparaison vient entrouvrir au juriste les portes de la falsifiabilité qui fonde la connaissance scientifique³⁸. Comment éprouver en effet, dans le domaine des sciences juridiques, la justesse d'une hypothèse – la pertinence du fondement expliquant une institution juridique, la nécessité d'une réforme de celle-ci, le bien-fondé des réformes envisagées – dans une discipline qui, en dehors des études historiques³⁹, se révèle rétive à toute confrontation empirique d'un modèle théorique⁴⁰ ?

Sans le vouloir, il risque de donner à de nombreuses solutions ou institutions juridiques une valeur absolue qu'elles ne peuvent avoir en réalité. Ici, la méthode comparative donne aux juristes nationaux des leçons de mesure et de modestie » ; TUNC (A.), « Sortir du néolithique », *D.* 1957, chron. p. 71, spéc. p. 73, qui relevait que connaître d'autres conceptions juridiques, c'est s'affranchir d'un certain « provincialisme » juridique.

³⁵ H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000, p. 503 et s., spéc. p. 518, qui note que l'une des avancées les plus importantes de la pensée comparative contemporaine consiste « précisément en l'attention donnée à cette perception critique de sa propre réalité juridique informée par un regard sur l'autre ». Dans le même sens, voir B. MARKENISIS, « Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », *RIDC* 2001, pp. 807-808 : « (...) l'avantage le plus souvent cité du droit comparé est bien son aptitude à mieux faire comprendre les forces et les faiblesses de son propre système juridique ».

³⁶ VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, Editions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », Paris, 2010 (réimpression de l'édition parue en 1960 aux éditions LGDJ Montchrestien), p. XXIV.

³⁷ Dénoncée par le Doyen Carbonnier. Voir ainsi, CARBONNIER (J.), « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger » in CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2014 (réimpression de la 2^{ème} édition parue en 1995 aux éditions Defrénois), p. 121 : « Car, entre les mains d'un gouvernement – ou de son opposition tout aussi bien – l'invocation à la législation comparée n'est souvent qu'un instrument de propagande. Des statistiques fragmentaires, isolées, ininterprétées ; une sociologie de tourisme, une psychologie par impression – il n'en faut pas davantage pour accréditer les miracles du parangon lointain que l'on désire promouvoir. Et l'opinion publique de suivre ».

³⁸ Entrouvrir seulement. En ce sens, P. LEGRAND, *Le droit comparé, op. cit.*, pp. 13-14 : « L'altérisation de l'identité juridique étant asservie à une appartenance originaire, le façonnement d'un soi comparatiste par le juriste a ses limites. Dût-il s'astreindre à l'insolence de l'exil, 'secousse syncopale', le comparatiste n'est pas libre de penser ce qu'il veut. Obéré, il continue à être inscrit culturellement, mettant en œuvre la comparaison selon un canon marqué par sa première culture juridique : 'on' sera toujours un peu comparatiste français comme 'on' aura été juriste français ». Voir également, les mises en garde du Doyen Carbonnier in *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2004, p. 20 : « Le comparatiste est, d'avance, un étranger sur une moitié au moins du terrain qu'il doit parcourir. Son extranéité pourrait bien le mettre en position sociologiquement favorable d'objectivité. Mais, en sens inverse, on peut craindre que, faute d'un minimum de communion, de complicité historique avec le droit qu'il observe, il ne soit amené à la traiter comme un amas documentaire, non comme un système vivant ».

³⁹ Après tout, l'histoire du droit et le droit comparé pourraient bien n'être que les deux faces, l'une diachronique, l'autre synchronique, d'une même démarche, la comparaison, destinée à rechercher des explications comme des réfutations, de *lege lata* ou de *lege ferenda*, éventuellement causales, aux phénomènes et institutions juridiques. Voir ainsi, CARBONNIER (J.), « Les notions à contenus variables dans le droit français de la famille » in C. PERELMAN et B. VAUDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 99 et s., repris in *Ecrits* (textes rassemblés par R. Verdier), PUF, Paris, 2008, p. 657 : « Pour

Aussi, s'agit-il pour nous de procéder à des « tests comparatifs, qui saisissent les réactions différenciées au droit dans les différents pays »⁴¹, pour finalement chercher, comme y invitait Saleilles, à « définir le type idéal tout relatif qui se dégage de la comparaison des législations, de leur fonctionnement et de leurs résultats »⁴².

4. Intérêt spécifique de la comparaison France-Angleterre. Pourquoi, alors, choisir de comparer, spécifiquement, les systèmes processuels français et anglais ?

Abstraitement, le choix des systèmes juridiques qu'il convient de comparer constitue davantage une question d'opportunité qu'un problème de méthode. Pourtant, ce sont les comparaisons portant sur des ordres juridiques éloignés qui sont les plus fructueuses du point de vue des connaissances scientifiques⁴³. Aussi, le choix de confronter les deux systèmes procéduraux qui ont si longtemps constitué les modèles opposés – les idéaux-types « accusatoire » et « inquisitoire »⁴⁴ – offerts par la dogmatique processualiste pouvait-il

faire saillir des différences, rien de plus primitif que de poser les objets côte à côte. Une précision, toutefois : pour comparer des variabilités, il paraît tout indiqué de se situer successivement dans les deux plans, de temps et d'espace, où des variations sont concevables ». Du même auteur, « L'apport du droit comparé à la sociologie juridique » in *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, Livre du centenaire de la Société de législation comparée, LGDJ, Paris, 1969, p. 75 et s., repris in *Ecrits, op. cit.*, p. 1179 et s., spéc. p. 1180 : « L'application de la méthode comparative au droit est l'essence de la sociologie juridique ; elle prend la forme de l'histoire du droit quand la comparaison s'exerce dans le temps, la forme du droit comparé quand la comparaison s'exerce dans l'espace ». Voir également, LEVY-BRUHL (H.), *Aspects sociologiques du droit*, éd. Rivière, Paris, 1955, p. 23 et s., qui voyait dans l'histoire du droit et le droit comparé les deux faces d'une « jurisitique » ou science globale du droit.

⁴⁰ Sur la falsifiabilité, voir POPPER (K.), *La logique de la découverte scientifique*, Payot, Paris, 1973, pp. 36-37 : « (...) l'on doit pouvoir décider de manière définitive de la vérité et de la fausseté de la science empirique (ou encore de tous les énoncés 'pourvus de sens') ; nous dirons qu'il doit être 'possible de décider de leur vérité ou de leur fausseté de manière concluante'. Ceci signifie que leur forme doit être telle qu'il soit logiquement possible tant de les vérifier que de les falsifier » (...) j'admettrai certainement qu'un système n'est empirique ou scientifique que s'il est susceptible d'être soumis à des tests expérimentaux. Ces considérations suggèrent que c'est la falsifiabilité et non la vérifiabilité d'un système, qu'il faut prendre en compte comme critère de démarcation ». Du même auteur, *La connaissance objective*, Flammarion, coll. « Champs essais », Paris, 1998, n° 23, pp. 146-147 : « (...) la méthode scientifique, c'est la méthode des conjectures audacieuses et des tentatives ingénieuses et rigoureuses pour les réfuter », même si « [j]amais nous ne pouvons acquérir l'absolue certitude que notre théorie n'a pas perdu », que « [t]out ce que nous pouvons faire, c'est rechercher le contenu de fausseté de notre meilleure théorie » et que nous ne pourrions qu'espérer que « des raisons objectives de conjecturer que la nouvelle théorie constitue une meilleure approximation de la vérité que l'ancienne ». Voir également, A. BOYER, « Réfutabilité » in D. LECOMTE (dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2003, p. 822 : « Les théories doivent pour être scientifiques avoir un rapport à l'expérience possible. Une hypothèse peut être vérifiée ou réfutée par l'expérience ».

⁴¹ CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique, op. cit.*, p. 166. Même si ce même auteur met en garde le comparatiste : « Il serait néanmoins présomptueux d'attendre de ce procédé des différences, appliqué au droit comparé, des résultats aussi décisifs que d'une expérimentation ». Voir ainsi, CARBONNIER (J.), « L'apport du droit comparé à la sociologie juridique », art. préc., *loc. cit.*, p. 1187/

⁴² SALEILLES (R.), « Conception et objet de la science du droit comparé », Rapport présenté au Congrès international de droit comparé, *Bulletin de la société de législation comparée*, vol. 29, 1900, n° 4, p. 389.

⁴³ En ce sens, CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé*, tome 2 : *La méthode comparative, op. cit.*, n° 10, p. 40. Voir également, DAVID (R.), *Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, LGDJ, Paris, 1950, p. 7.

⁴⁴ Même si la pertinence de ces idéaux-types a été largement remise en cause. Voir ainsi, « Inquisitoire-

paraître opportun. Dans l'introduction de son *Histoire de l'Angleterre*, Bernard Cottret relevait d'ailleurs que la comparaison entre la France et l'Angleterre offre un « 'formidable terrain' pour l'avenir de l'Europe » car elle permet « de dépasser, et mieux encore de déplacer les clivages territoriaux qui obsèdent des histoires nationales plus soucieuses de continuités que de ruptures »⁴⁵. Le juriste pourrait ajouter au constat de l'historien que les oppositions ne se manifestent désormais plus entre les systèmes juridiques mais plutôt au sein des systèmes juridiques, les fractures étant désormais communes aux procédures pénales d'Europe⁴⁶. Et même si le juriste peut toujours, comme l'historien, préférer insister sur les particularismes⁴⁷, doivent-ils tous deux convenir que les antagonismes, lorsque l'on s'efforce de dépasser la surface des institutions, pourraient bien n'être que relatifs : à l'image de la société qu'il régit, aucun droit ne saurait véritablement souffrir d'une complète

accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? », Actes du colloque international, Aix-en-Provence, 9-10 juin 1997, RIDP n° 1 et 2, vol. 68, 1997, spéc. l'article de G. DI MARINO, « L'implantation et la remise en cause des dogmes accusatoire et inquisitoire », p. 17 et s. ; M. LANGER, « La portée des catégories accusatoire et inquisitoire », RSC 2014, p. 707 et s., qui relève qu'« [à] certains moments, ces catégories ont contribué à l'aveuglement des chercheurs » en raison notamment de ce que différentes conceptions théoriques, que les auteurs n'ont pas toujours exprimés comme telles, sont susceptibles d'être adoptées de ces notions. L'auteur en recense cinq, les concepts d'accusatoire et d'inquisitoire pouvant être conçus ou utilisés « comme des 'idéaux-types' descriptifs », « des systèmes socio-historiques ayant existé dans le passé ou existant toujours aujourd'hui dans la procédure pénale contemporaine », « pour faire référence aux intérêts et valeurs opposés au sein de la procédure pénale », « pour décrire les fonctions assurées par les procédures pénales », « comme des modèles normatifs » incluant « un éventail de principes et caractéristiques négatifs ou positifs qui peuvent servir à évaluer les procédures pénales existantes, à rendre des décisions dans des affaires concrètes, et à proposer des réformes de la procédure pénale » ; S. AMRANI-MEKKI, « Les catégories de *common law* et de *civil law* à l'épreuve de l'office du juge et des parties » in *Justices et procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, p. 157 et s. ; H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World : Sustainable Diversity in Law*, OUP, Oxford, 2007, p. 242 et s. ; L. PRIMOT, *Le concept d'inquisitoire en procédure pénale. Représentations, fondements et définition*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 47, Paris, 2010, n° 719, p. 423, qui s'est efforcé de déconstruire l'opposition traditionnelle accusatoire-inquisitoire, pour en tirer la seule définition de l'inquisitoire qui soit, selon lui, scientifiquement admissible : « un concept juridique caractérisant une procédure dans laquelle la direction des investigations, considérées comme l'ensemble des moyens mis en œuvre pour rechercher ou admettre des éléments d'information ou de preuve, est confiée à une autorité indépendante des parties, considérées en tant qu'elles sont les protagonistes directs de l'acte ou du fait juridique à l'égard duquel une enquête est diligentée ». Voir également, pour l'analyse de l'instruction préparatoire française, C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, Thèse, Bordeaux IV, 2000.

⁴⁵ B. COTTRET, *Histoire de l'Angleterre*, éditions Tallandier, coll. « Texto », Paris, 2007, p. 10.

⁴⁶ Sur les fractures communes aux procédures pénales en Europe, voir G. GIUDICELLI-DELAGE, « Conclusions » in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées*, SLC, coll. « UMR de droit comparé de Paris », vol. 12, Paris, 2006, p. 327 et s., spéc. p. 342.

⁴⁷ Les historiens ont particulièrement bien étudié les antagonismes des sociétés française et anglaise. Voir par exemple, dans le domaine culinaire, M. FERRO, *Histoire de France*, Odile Jacob, coll. « Poches », Paris, 2003, p. 688, qui relève qu'au mariage de Richard II, « les usages de table commencent à distinguer les deux peuples – de la bière ou du vin, des viandes bouillies ou rôties, etc. – (...) ». Pour une étude des traditionnelles francophobie britannique et anglophobie française, voir P. CHASSAIGNE, « L'Angleterre, ennemie héréditaire ? », *Revue historique des armées* [en ligne], 264/2011, 16 sept. 2011, <http://rha.revues.org/7313>. Toutefois, l'on peut relever, au travers de ces oppositions, un point commun : les deux sociétés seraient... hétérophobes.

insularité. Le droit anglais comme les autres, puisque, faut-il le rappeler, l'Angleterre ne fut jamais une île mais la partie d'une île et, si elle ne fut voisine d'aucun pays du continent par la terre, elle le fut toutefois par la mer⁴⁸.

Concrètement, l'institution du ministère public semble bien, au sein de chaque système, toujours pouvoir puiser, dans la logique supposée fondatrice de l'autre, les motifs d'un renforcement de ses pouvoirs et être le continuel bénéficiaire à la fois des traditions et des hésitations nationales. En Angleterre, c'est largement parce que le système processuel ne connaissait historiquement pas d'institution chargée de poursuivre les infractions que l'idée que le procès pénal ne se distinguait pas d'un procès civil a pu s'acclimater. C'est parce que la police professionnelle naissante au début du XIX^{ème} siècle ne disposait légalement ni du pouvoir de poursuivre, ni du pouvoir d'investiguer, que la « *litigious theory* » a pu perdurer. C'est parce que le procès pénal ne se distingue pas intrinsèquement du procès civil que la possibilité d'amputer le procès de la phase de détermination de la culpabilité fut progressivement admise. C'est parce que le juge pénal, comme le juge civil, doit être impartial qu'il appartient à chaque partie de recueillir et de présenter les preuves nécessaires à la démonstration du bien-fondé de sa prétention et qu'il ne saurait être question que le juge se livre à la moindre investigation. Et c'est parce que le policier pouvait être considéré comme un citoyen en uniforme que pouvait lui être conféré, par analogie, le pouvoir de poursuivre reconnu à tout citoyen. Mais, à l'inverse, c'est bien parce qu'il est une autorité publique que purent progressivement lui être octroyés certains pouvoirs d'investigation coercitifs refusés au citoyen. En France, c'est parce que le procureur est partie que lui fut refusée, sous l'empire du code d'instruction criminelle, la faculté de procéder à l'instruction. Mais c'est parce qu'il est partie qu'il a pu se reconnaître la faculté d'apprécier, comme tout plaideur, l'opportunité de l'exercice des poursuites. Et c'est parce que l'exercice de cette faculté nécessitait qu'il dispose de quelques éléments d'information sur les faits qu'il lui fut nécessaire de se livrer à des enquêtes officieuses. En outre, c'est parce que le procureur de la République est un magistrat, membre de l'autorité judiciaire, que certains pouvoirs coercitifs lui sont reconnus. Aussi, comme le relève Geneviève Giudicelli-Delage,

⁴⁸ Voir toutefois, CARBONNIER (J.), *Instruction criminelle et liberté individuelle*, éd. de Boccard, Paris, 1939, fasc. 1, 112, repris in *Ecrits, op. cit.*, p. 764 et s., spéc. p. 784, qui, manifestant sa méfiance envers le mythe de l'*Habeas Corpus* et doutant de la garantie que celui-ci offrait effectivement dans l'encadrement du recours à la détention provisoire, rappelait, « suivant le mot fameux, que l'Angleterre est une île – une île d'où il n'est pas facile de sortir sans passer sous les yeux vigilants de la police des ports, et que les anglais peuvent ainsi envisager le risque de la fuite des inculpés avec plus de détachement que les français ».

« [i]nquisitoire et accusatoire s'entrechoquent mais aussi s'enchevêtrent dans des logiques sous-jacentes »⁴⁹, au profit d'une extension des pouvoirs du ministère public.

C'est là, nous semble-t-il, que réside l'attrait essentiel de la comparaison des systèmes anglais et français : prémunir l'observateur de la distraction des réalités procédurales que favorise la manipulation des images nationales, et mieux mettre en lumière l'artifice qui consiste à légitimer la concentration des fonctions qui s'opère entre les mains du ministère public, en couvrant celle-ci des vertus de l'accusatoire puisque pèse sur l'inquisitoire la malédiction des mots. Car, s'il est aisé de fabriquer de l'odieux avec un mot – « qui voudrait être fasciste, raciste, inquisitorial ? » écrivaient deux éminents processualistes français⁵⁰ –, il est tout aussi facile de construire du vertueux en drapant une concentration de pouvoirs sous les traits plus agréables de l'accusatoire, de recouvrir la réponse donnée à des difficultés d'ordre matériel d'une générosité psychologique, de déguiser une saturation processuelle sous les traits plus sympathiques du contractualisme pour rejeter « la fatigue, physique ou morale, du corps social ou de l'un de ses organes » qu'évoquait le Doyen Carbonnier, cette « fatigue d'avoir trop puni ou de devoir toujours punir », cette fatigue de la punition qui « creuse les sommeils du droit pénal »⁵¹.

5. Les limites et les termes de la comparaison. Pour être menée à bien, l'entreprise comparatiste nécessite toutefois d'être délimitée matériellement et que soient prises certaines précautions terminologiques car, non sans paradoxe, il est nécessaire de tracer des frontières si l'on veut mieux les dépasser.

Sur le plan matériel, l'étude des interactions entre la juridictionnalisation de la répression pénale et l'institution du ministère public et, à travers elle, de l'épreuve subie par la première nous invite naturellement à écarter spécifiquement du champ de notre recherche les domaines où la juridictionnalisation demeure relativement préservée, à savoir, en France, la matière criminelle. En ce domaine en effet, le législateur n'a pas remis en cause – pour combien de temps ? – les caractéristiques traditionnelles de la juridictionnalisation,

⁴⁹ G. GIUDICELLI-DELAGE, « La figure du juge de l'avant-procès. Entre symboles et pratiques », art. préc., *loc. cit.*, p. 342.

⁵⁰ FOYER (J.) et CORNU (G.), « Préface » in MOTUSLKY (H.), *Écrits, études et notes de procédure civile*, *op. cit.*, p. VI.

⁵¹ CARBONNIER (J.), « Le double visage du droit pénal, aux lueurs de sa triple genèse » in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Études offertes à Claude Lombois*, PULIM, Limoges, 2004, p. 17 et s., repris in *Écrits*, *op. cit.*, p. 923 et s. Sur l'apport du Doyen Carbonnier au droit pénal et à la procédure pénale, voir L. CADIET, « Carbonnier processualiste », et C. LAZERGES, « Carbonnier... pénaliste » in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, *op. cit.*, p. 189 et s. et p. 1017 et s. Voir également, D. TERRE, « Jean Carbonnier et la procédure pénale », *L'Année sociologique* 2007/2, vol. 57, p. 455 et s.

c'est-à-dire la compétence du juge d'instruction dans la mise en état de l'affaire et l'exclusion de toute forme de juridiction non-contentieuse au stade du jugement. Nous concentrerons, en outre, notre étude sur la répression pénale *stricto sensu*, sans nous interdire toutefois certaines mentions s'agissant des formes de répression parapénales – fiscales, douanières, boursières, commerciales, disciplinaires – que peut connaître chacun des deux droits et qui, elles, à l'inverse de la répression spécifiquement pénale, ont pu bénéficier d'une certaine attraction vers la juridictionnalisation.

Sur le plan terminologique, notre étude, comme toute comparaison, se trouve subordonnée à un préalable logique : la comparabilité des notions. « La comparaison », relevait ainsi le Doyen Carbonnier, « serait un non-sens entre deux phénomènes radicalement hétérogènes. A l'inverse, la comparaison de deux phénomènes absolument identiques ne présenterait aucune utilité »⁵². Et, plus les ordres juridiques qui font l'objet de la comparaison sont différents, moins le parallélisme institutionnel des termes à comparer est assuré. En outre, l'unité formelle, qui pourrait résulter de l'existence d'une institution juridique commune, peut être annulée par une disparité de fonctions. Aussi, si le rapprochement des versions différentes d'une même institution, baignant dans des milieux juridiques étrangers l'un à l'autre, contribue à une meilleure compréhension de sa réalité profonde, la difficulté réside-t-elle précisément, une fois que le *comparatum* et le *comparandum* ont été définis⁵³, dans la détermination du *tertium comparationis*⁵⁴. Or, notre étude ne peut s'appuyer, ni diachroniquement, ni synchroniquement⁵⁵, sur une parfaite identité des institutions qui nous permettrait de comparer le procureur de la République français et le

⁵² CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 163. Dans le même sens, voir CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé*, tome 2 : *La méthode comparative*, *op. cit.*, n° 16, p. 60 : « (...) il ne faut comparer que des choses comparables ».

⁵³ Sur ces notions, voir ZLATESCU (V. D.), « Quelques aspects méthodologiques de la comparaison des droits », *RIDC* 1983, p. 559 et s. Sur les problèmes de méthode de la comparaison, parmi une littérature considérable, voir B. JALOUZOT, « Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective », *RIDC* 2005, p. 29 et s.

⁵⁴ Voir G. LANGROD, « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique », *RIDC* 1957, pp. 365-366 : « Qu'est-ce qui est comparable ? Or, du point de vue de la méthode, il s'agit de l'existence nécessaire d'un élément d'identité, d'un dénominateur commun aux objets comparés ou – autrement dit – d'un degré minimum d'homogénéité, d'un *tertium comparationis* sans lequel la comparaison risque de devenir fantaisiste et ses enseignements nuls ».

⁵⁵ Voir DE SAUSSURE (F.), *Cours de linguistique générale*, Grande bibliothèque Payot, Editions Payot et Rivages, Paris, 1993, p. 117 : « Est synchronique tout ce qui se rapporte à l'aspect statique de notre science, diachronique tout ce qui a trait aux évolutions ». Sur la double dimension de la comparaison, voir M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « Approches épistémologiques de la comparaison des droits » in P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits résolument*, PUF, coll. « Les voies du droit », Paris, 2009, p. 138 : « La comparaison pouvant s'opérer aussi bien dans l'espace à un moment donné (comparaison synchronique) que dans le temps (comparaison diachronique), il convient de souligner, même si c'est l'évidence, que l'antériorité d'un phénomène par rapport à un autre n'est pas non plus à elle seule le signe d'une causalité » ; A. MANSOURI, « Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé », *RIDC* 2006, p. 184 : c'est au travers d'un « retour sur l'histoire du droit que le comparatiste puise toute sa matière scientifique ».

Crown Prosecutor anglais. Diachroniquement, parce que la création d'un organe public chargé spécifiquement de poursuivre les infractions est ancienne en France et, même si son origine a pu être discutée⁵⁶, elle est aujourd'hui parfaitement identifiable en la personne du magistrat du parquet. A l'inverse, en Angleterre, une telle institution n'a été officiellement consacrée que partiellement et tardivement. Le *Director of Public Prosecution (DPP)* ne fut créé qu'en 1879 et n'avait qu'une compétence résiduelle. Le *Crown Prosecution Service (CPS)* fut, quant à lui, créé en 1985 et ne décidait initialement que de la continuation des poursuites déjà intentées par la police⁵⁷. Synchroniquement, parce que l'organe public qui décide des poursuites et qui les exerce devant la juridiction demeure encore aujourd'hui dual : c'est toujours la police qui décide de déclencher les poursuites en notifiant l'accusation pour les infractions de faible gravité, même après l'entrée en vigueur du *Criminal Justice Act 2003*. La fonction de déclenchement des poursuites – de ministère public – est donc organiquement partagée en Angleterre entre la police, pour les infractions de faible gravité, et le *CPS*, pour les autres infractions.

6. *Omnis definitio in jure periculosa est*⁵⁸. La pluralité des visages que revêt la fonction de ministère public conduit à recourir à une définition stipulative, c'est-à-dire une définition qui « ne sera ni vraie ni fausse, mais seulement opératoire pour un problème spécifique »⁵⁹. La confrontation avec la juridictionnalisation y oblige et, après tout, « les définitions n'expriment aucune nature des choses mais seulement des conventions de langage »⁶⁰. Aussi, puisque l'« on ne doit procéder à la comparaison que là où les termes, qu'on veut comparer, sont reliés par un élément commun, par un parallélisme ou par une équivalence »⁶¹, il nous faut dépasser l'hétérogénéité des institutions pour retenir du ministère public une acception qui englobe les organes déclenchant les poursuites pénales et, par conséquent, la police. Une telle approche, qui pourrait sembler bien hétérodoxe au

⁵⁶ Sur cette discussion, voir M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, op. cit., n° 10-44, pp. 7-34, et E. MATHIAS, *Les Procureurs du droit : de l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, op. cit., pp. 14-22.

⁵⁷ J. PRADEL et L. H. LEIGH, « Le ministère public. Examen des droits anglais et français », *Revue de droit pénal et de criminologie* 1989, p. 223 : « Même lorsqu'une institution se retrouve dans les deux pays, son esprit est rarement tout à fait le même. Il y a fort à parier qu'il en est ainsi du ministère public ».

⁵⁸ Sur cet adage, voir F. TERRE, « *Omnis definitio periculosa est* ? L'exigence des définitions et le bon choix des mots », *JCP G* 2010, doctr. 204.

⁵⁹ M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 101. L'auteur ajoute qu'« [u]ne définition stipulative est une décision que l'on prend au début d'une recherche, de constituer une classe d'objets présentant tous un certain caractère ».

⁶⁰ L. HUSSON, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, Paris, 1974, p. 255. Sur le pluralisme de définitions en droit, voir CARBONNIER (J.), « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 5 et s.

⁶¹ CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé*, tome 2 : *La méthode comparative*, op. cit., n° 20, p. 68.

juriste continental, pourrait cependant à l'avenir devenir en France fort banale, la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales ayant récemment – autre manifestation de l'épreuve subie par la juridictionnalisation de la répression ? – conféré aux officiers de police judiciaire le pouvoir de transiger (art. 41-1-1 CPP).

7. Construction de la problématique de l'étude. Le cadre de l'étude étant tracé, reste à en préciser la problématique.

Toute comparaison permet de faire surgir une problématique en s'attachant, non pas seulement aux notions elles-mêmes, mais aux relations qu'elles entretiennent⁶². Aussi, notre étude doit-elle mettre en lumière les entrelacs et les interstices qui se dégagent des interactions entre la juridictionnalisation et le ministère public. Toutefois, le jeu de ces interactions ne saurait être parfaitement appréhendé en fonction des conceptions reçues par les seuls droits positifs, sans que ne soit restituée toute leur épaisseur historique. Comme l'avait relevé le Doyen Carbonnier, « l'histoire mieux comprise » ruine les théories reposant sur « l'histoire mal comprise », et elle peut s'intégrer « dans l'élément expérimental du Droit »⁶³, en complément de l'analyse comparative.

Or, le ministère public est traditionnellement appréhendé comme l'instrument de l'étatisation des poursuites⁶⁴. La collectivité, forte du constat de la faiblesse d'un système de poursuites confiées à l'initiative citoyenne ou à la victime, aurait ainsi souhaité garantir une répression plus effective, moins tributaire des contingences et des aléas qui sont inhérents à toute initiative privée, et c'est dans l'institution d'un ministère public qu'elle aurait trouvé le principe d'une solution⁶⁵. Exacte, une telle analyse n'en procède pas moins par ellipse car

⁶² En ce sens, M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *RIDC* 2000, n° 7-8, p. 292.

⁶³ CARBONNIER (J.), *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de sociétés et d'association*, Thèse, Bordeaux, 1932, repris in *Ecrits, op. cit.*, p. 55.

⁶⁴ En ce sens, A. PERRODET, « Le statut du ministère public » in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, coll. « Thémis Droit Privé », Paris, 1995, p. 352, qui relève qu'« en tant que titulaire de l'action publique, le ministère public est la résultante institutionnelle de la prise en charge par l'Etat de l'exercice des poursuites pénales » ; A. BINET-GROSCLAUDE, *L'avant-procès pénal : étude comparée Angleterre-France*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 110 et s., qui insiste sur la publicisation de la poursuite dans les systèmes français et anglais ; B. KRIEGL, « Le parquet dans la construction de l'Etat », *Crises*, 4/1994, p. 45, repris in *Le parquet dans la République. Vers un nouveau ministère public*, colloque organisé par la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Le Monde et l'Ecole Nationale de la Magistrature les 29 et 30 mai, Bordeaux, mai 1995, p. 23 : « (...) les procureurs s'introduisirent dans l'institution judiciaire existante pour la démanteler et la réorganiser au profit de l'Etat royal en s'insinuant par l'ouverture que leur ménageait la procédure *per inquisitionem* du droit canonique ».

⁶⁵ L'institution d'un ministère public serait ainsi le fruit de ce que Bobbio appelait « une maxime d'expérience », dérivant de l'observation prolongée d'un rapport de cause à effet – la faiblesse de la poursuite privée conduisant nécessairement à un affaiblissement de la répression ou à une dégradation de la figure du

elle concentre la réflexion sur la publicisation de la fonction de poursuivre qu'a entraînée l'institution d'un ministère public, sans envisager les contraintes de système qui ont pu présider à l'émergence de celle-ci. Une confrontation de l'institution du ministère public avec la juridictionnalisation de la répression pénale s'avère donc nécessaire : plus riche, elle permettra de mettre en lumière une éclatante complémentarité entre le ministère public et la juridictionnalisation (I), mais aussi de révéler que se profile, dans la pénombre de ce premier éclat, une autonomisation continue du premier par rapport aux contraintes de la seconde et, partant, une concurrence (II).

I. L'ECLAT D'UNE COMPLEMENTARITE

8. La création d'un ministère public fut un vecteur essentiel de la juridictionnalisation de la répression pénale : à défaut de ministère public, l'histoire comparée des procédures pénales française et anglaise nous offre le spectacle d'une figure dégradée du juge, d'une juridictionnalisation fragmentaire. A l'inverse, la juridictionnalisation de la répression pénale, que permet l'institution du ministère public, constitue la limite des fonctions traditionnellement attribuées à celle-ci. Aussi, la juridictionnalisation de la répression pénale semble-t-elle bien constituer la *ratio* de l'institution : sa raison d'être (A), mais aussi, et surtout, la limite posée à ses prérogatives⁶⁶ (B).

A. La juridictionnalisation de la répression pénale, raison d'être de l'institution du ministère public

9. Il est vraisemblable qu'historiquement le développement de la prise en charge par un organe public de la poursuite des infractions a, tant en France qu'en Angleterre, coïncidé avec le constat de la faiblesse d'un système de poursuites initiées uniquement par la victime de l'infraction ou par un citoyen. Toutefois, l'Histoire nous enseigne que l'étatisation de la poursuite a pu transiter par la figure d'un juge – *Justice of the peace (JP)* en Angleterre, lieutenant criminel puis juge de paix en France – qui s'autosaisissait. Aussi, l'institution du

juge –, et permettant de déduire une règle technique « dont la formulation est 'Si tu veux x, tu dois y' » et qui « substitue le rapport moyen-fin au rapport cause à effet – où la cause est le moyen de la fin ». BOBBIO (N.), *Essais de théorie du droit*, Bruylant LGDJ, coll. « La pensée juridique », Paris, 1998, p. 108.

⁶⁶ Voir VIRALLY (M.), « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale » in *La Communauté internationale, Mélanges Rousseau*, Pedone, Paris, 1974, p. 291, qui relève que « [l]a fonction d'une organisation internationale constitue sa justification et celle de toute son activité, sa *ratio*, aux deux sens du terme : raison d'être et limitation ».

ministère public revêt-elle une signification qui va au-delà de l'étatisation des poursuites : la restauration d'une juridictionnalisation jusque-là dégradée, en Angleterre (1) comme en France (2).

1. *Le ministère public et la construction de la juridictionnalisation de la répression en Angleterre*

10. L'étude de la procédure pénale anglaise permet de valider l'approche du physiologiste ou du sociologue : pour percevoir la fonction d'un organe, sa correspondance à quelque besoin de l'organisme, il n'est certainement rien de mieux que d'en faire l'ablation⁶⁷. Sans ministère public, la juridictionnalisation de la répression ne peut être toujours garantie : le besoin de répression qu'éprouve la collectivité emporte les formes qui caractérisent et qui légitiment celle-ci. Tout scrupule semble disparaître face à la nécessité de la répression. Aussi, la juridictionnalisation historiquement dégradée (a) se trouve-t-elle restaurée grâce à l'émergence d'un ministère public (b).

a. **La dégradation historique de la figure du juge anglais**

11. Historiquement, la procédure pénale anglaise ne connaît pas de ministère public – d'autorité spécialement chargée de la poursuite des infractions – selon l'acception que nous avons retenue. Aussi, était-ce la juridictionnalisation de la répression qui s'en trouvait dégradée, au travers de l'ambiguïté des fonctions du *Justice of the peace*.

⁶⁷ En ce sens, BERNARD (C.), *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Flammarion, coll. « Champs classiques », Paris, 2008, pp. 44-45, à propos des expériences par destruction : « Cette manière d'expérimenter, qui remonte à Galien, est la plus simple, et elle devait se présenter à l'esprit des anatomistes désireux de connaître sur le vivant l'usage des parties qu'ils avaient isolées par la dissection sur le cadavre. Pour cela, on supprime un organe sur le vivant par la section ou par l'ablation, et l'on juge, d'après le trouble produit dans l'organisme entier ou dans une fonction spéciale, de l'usage de l'organe enlevé » ; DURKHEIM (E.), *La division du travail social*, PUF, coll. « Quadrige », 7^{ème} édition, Paris, 2007, pp. 11-12, qui relevait, à propos de la « fonction » de la division du travail, que « le mot de fonction est employé de deux manières assez différentes. Tantôt il désigne un système de mouvements vitaux, abstraction faite de leurs conséquences, tantôt il exprime le rapport de correspondance qui existe entre ces mouvements et quelques besoins de l'organisme. C'est ainsi qu'on parle de fonction de digestion, de respiration, etc. ; mais on dit aussi que la digestion a pour fonction de présider à l'incorporation dans l'organisme des substances liquides ou solides destinées à réparer ses pertes ; que la respiration a pour fonction d'introduire dans les tissus de l'animal les gaz nécessaires à l'entretien de la vie, etc. C'est dans cette seconde acception que nous entendons le mot. Se demander quelle est la fonction de la division du travail, c'est donc chercher à quel besoin elle correspond ». Voir également, ARON (R.), *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, coll. « Tel », Paris, 1967, p. 319 et s., et « Division du travail » in BOUDON (R.) et F. BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, PUF, coll. « Quadrige », 2^{ème} éd., Paris, 2002, p. 188.

12. *Naissance du Justice of the peace et consécration de ses pouvoirs d'investigation.*

Afin de préserver les intérêts de la couronne, un *statute* d'Edward III avait décidé, en 1327, de l'institution, dans chaque comté, de « conservateurs de la paix »⁶⁸, organisés au cours du XIV^{ème} siècle comme un rouage de l'administration du royaume. Par un *statute* de Westminster de 1360, il fut confié à ces *Justices of the peace*, réunis en session, le pouvoir de juger « toutes sortes de *felonies* ou de *trespasses* », mais également de s'occuper des vagabonds et voleurs c'est-à-dire d' « appréhender et d'arrêter tous ceux qui peuvent être trouvés à la suite d'une accusation ou d'une suspicion et les mettre ainsi en prison »⁶⁹. Ces *JPs* devaient ainsi se réunir quatre fois par an pour constituer un tribunal – les *Quarter-Sessions* (sessions trimestrielles) –, où ils présidaient, avec un jury, au *trial on indictment* des infractions de gravité moyenne, les infractions les plus graves étant réservées aux *Assizes*, où présidait un juge professionnel envoyé de Londres par le roi. Une multitude de *statutes* vinrent, par la suite, consacrer le pouvoir de ces *JPs* de juger sommairement, au fond, un certain nombre d'infractions de faible gravité – les *misdemeanours* – et, pour ce faire, leur reconnaître la faculté de se livrer à des interrogatoires des suspects et des témoins⁷⁰.

Cependant, l'efficacité répressive du système anglais demeurait bien relative, puisqu'en dehors du jugement de ces *misdemeanours*, c'est-à-dire dans le cadre de la procédure par jury applicable aux *felonies* et aux *manslaughters*, aucun *statute* n'octroyait aux *JPs* la possibilité de récolter des renseignements sur les circonstances de la commission de l'infraction⁷¹, ni

⁶⁸ 1 Edw. 3, c. 16. Sur l'origine du *Justice of the peace*, voir HOLDSWORTH (W. S.), *A History of English Law*, vol. 1, Little, Brown and Company, 3^{ème} éd., Boston, 1922, p. 285. Sur l'institution des *custodes pacis*, ancêtres des *Justices of the Peace*, voir DU BOYS (A.), *Histoire du droit criminel des peuples modernes depuis la chute de l'empire romain jusqu'au XIX^{ème} siècle*, tome 3, Auguste Durand, Paris, 1860, p. 76 et s. ; MEYER (J. D.), *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, tome 2, Partie moderne - Angleterre, l'Imprimerie Belgique, La Haye, 1819, p. 112 et s. ; BLACKSTONE (W.), *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1 : « Rights of Persons », Clarendon Press, 1^{ère} éd., Oxford, 1765, p. 338 et s. ; SEITZ (E.-E.), *Les principes directeurs de la Procédure criminelle de l'Angleterre*, Collection d'Etudes théoriques et pratique de Droit étranger, de Droit comparé et de Droit international, Rousseau et Cie, Paris, 1928, p. 78 et s.

⁶⁹ 34 Edw. 3, c. 1.

⁷⁰ J. H. LANGBEIN, *Prosecuting crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1974, p. 66 et s. L'auteur ne recense pas moins de trente et un *statutes* conférant aux *Justices of the Peace* des pouvoirs de se livrer à des investigations avant l'adoption des *Marian Statutes*.

⁷¹ Comme le note Stephen, « l'autorité générale des *Justices* dans toutes les matières présentant un lien avec la criminalité et aussi dans la totalité du gouvernement du comté était fermement établie par un grand nombre de *statutes*, et il était naturel que leurs instructions soient sollicitées lorsqu'une infraction a été commise. Il était également plus naturel pour le *Justice* d'autoriser le *constable* à entreprendre l'actuelle arrestation du délinquant plutôt que celui-ci ne le fasse lui-même, et il pouvait être souvent commode, si une personne suspectée devait être recherchée dans plus d'une seule direction, d'accorder des autorisations à plusieurs personnes à cette fin ». Voir STEPHEN (J. F.), *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, Macmillan and Co, Londres, 1883, p. 190, repris in « Criminal Procedure, from the Thirteenth to the Eighteenth Century » in Association of American Law Schools, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. 2, Little, Brown and Company, Boston, 1908, p. 449. Voir également, HOLDSWORTH (W. S.), *A History of English Law*, vol. 1, *op. cit.*, p. 294 et HOSTETTLER (J.), *A History of Criminal Justice in England and Wales*, Waterside Press, Londres, 2009, p. 62.

aucun autre pouvoir pour appréhender les suspects que ceux reconnus à tout *constable*⁷² ou à toute personne par le *common law*⁷³. Aussi, la pratique s'installa-t-elle progressivement de solliciter le *JP* afin qu'il délivre des mandats de recherche et d'arrestation⁷⁴. Parallèlement à leur pouvoir de juridiction sommaire à l'égard des *misdeemeanours*, se développait ainsi une juridiction préparatoire des *JPs* qui leur permettait, en cas de dénonciation qu'une personne a commis une *felony* ou un *manslaughter*, de délivrer un mandat de comparution ou, s'ils l'estimaient nécessaire et que les charges présentées l'étaient sous serment et par écrit, un mandat d'arrêt. Comme le relève John Langbein, « les *JPs* supervisaient habituellement l'avant-procès rudimentaire de la fin du Moyen-Age »⁷⁵.

Deux *statutes* de 1554 et 1555, connus sous le nom de *Marian statutes* ou *statutes* de Phillip et Mary, vinrent renforcer l'office du *JP* dans le cadre du procès par jury, afin de compenser la perte du pouvoir d'instruction reconnu jusque-là au jury⁷⁶ et la faiblesse d'une poursuite citoyenne qui obligeait le juge de jugement à intervenir activement lors de l'audience⁷⁷. Si le premier, le « *Bail statute* », s'efforçait de prévenir la pratique de certains *JPs* qui abusaient de la libération sous caution⁷⁸, le second, le « *Committal statute* », obligeait quant à lui le *JP* à

⁷² Le *constable* était un citoyen effectuant un service non rémunéré de maintien de l'ordre au sein de la localité.

⁷³ Nous emploierons tout au long de cette étude le masculin, même si l'usage du féminin a longtemps prévalu en France. Sur les discussions relatives à la sexuation de l'expression *common law*, voir, en faveur de l'usage du masculin, P. LEGRAND et G. SAMUEL, *Introduction au common law*, La Découverte, coll. « Repères », Paris, 2008, p. 12, qui relèvent que l'usage du masculin « rend plus aisée au juriste français l'appréhension de la différence primordiale qui distingue les traditions romaniste et de *common law* dans la constitution de leurs identités juridiques (...) : la tradition de *common law* n'est pas, elle, un univers de la loi ». A l'inverse, en faveur de l'usage du féminin, même s'il reconnaît que l'on peut recourir indifféremment aux deux genres en raison de l'expression utilisée par Pollock « *our lady the common law* », voir LEVY-ULLMANN (H.), *Le système juridique de l'Angleterre*, *op. cit.*, p. 28 ; A. J. BULLIER, *La common law*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », Paris, 2002.

⁷⁴ STEPHEN (J. F.), *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 190, 449 et 450. Dans le même sens, s'appuyant sur Coke et Lambard, HOLDSWORTH (W. S.), *A History of English Law*, vol. 1, *op. cit.*, p. 295.

⁷⁵ J. H. LANGBEIN, *Prosecuting Crime in the Renaissance. England, Germany, France*, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁶ En ce sens, DEVLIN (P.), *The Criminal Prosecution in England*, Yale University Press, New Haven, 1958, pp. 3-9.

⁷⁷ Sur cette question, voir J. H. LANGBEIN, « The Historical Origins of the Privilege against Self Incrimination at Common Law », (1994) 92 *Michigan Law Review* 1051, qui note qu'en conséquence, « [c]'était la tâche du juge d'aider l'accusateur à présenter le dossier de l'accusation ainsi que d'être l'avocat du défendeur ».

⁷⁸ Un *statute* de 1487 (3 Hen. VII, c. 3.) avait dénoncé la pratique de certains *Justices* peu scrupuleux qui, en collusion avec les personnes suspectées d'une *felony*, usaient abusivement de la libération sous caution. Il tenta de prévenir de telles collusions, en exigeant désormais qu'au moins deux *Justices of the Peace* – au lieu d'un seul – décident de la libération sous caution des individus suspectés d'une *felony*, et autorisa les juges des *Assizes* à imposer des amendes aux *Justices* qui auraient décidé de manière inadéquate d'une telle libération. Dans son préambule, le « *Bail Statute* » (1 et 2 Phil. et Mary, c. 13), « [u]n acte donnant ordre aux *Justices of the Peace* pour la mise en liberté sous caution des détenus (*An Act appointing an Order to Justices of the Peace for the Bailement of Prisoners*) », s'efforce d'assurer l'efficacité du système mis en place par le *statute* de 1487 en prévoyant que, lorsqu'une personne suspectée d'avoir commis un *manslaughter* ou une *felony* susceptible d'entraîner dudit libération sous caution est amenée devant le *Justice of the peace*, celui-ci doit « se livrer à l'interrogatoire dudit prisonnier et prendre des renseignements sur les personnes qui lui imputent les faits et sur les circonstances de ceux-ci, et tout élément matériel recueilli pour prouver la *felony* doit être consigné par écrit avant la mise en détention ». Le procès-verbal de l'interrogatoire devait être transmis aux juges des *Assizes*, afin que ceux-ci

interroger le suspect⁷⁹ et à recueillir les témoignages dans toute affaire ayant trait à un *manslaughter* ou à une *felony*⁸⁰. En requérant du JP qu'il enquête sur les allégations de commission d'un crime sérieux afin qu'il oblige les témoins, dont la déposition serait nécessaire à l'obtention d'une condamnation, à comparaître au procès⁸¹, le *Committal statute* visait ainsi à ce que le JP soit lui-même instruit de l'affaire afin qu'il fut capable de suppléer, au procès, le récit nécessaire des faits et donner de la cohérence à la poursuite et, dans les affaires complexes, à ce que le travail du juge des assises qui conduisait le procès fut facilité, en fournissant à celui-ci, à l'avance, un résumé de l'affaire⁸².

13. Ambiguïtés des fonctions du JP : investigation à charge et absence de juridiction préliminaire. Cette juridictionnalisation fragmentaire de la répression pénale et les fonctions historiques du JP firent l'objet de plusieurs interprétations en doctrine. Certains auteurs avaient relevé une similitude des pouvoirs du JP avec ceux reconnus au juge dans le procès continental⁸³. Beaucoup établirent, *a posteriori*, un parallèle avec le juge d'instruction français⁸⁴. Certains allèrent même jusqu'à affirmer que le JP agissait comme un poursuivant. Stephen considérait ainsi que, dans la procédure issue des *Marian statutes*, le magistrat exerçait une partie des fonctions d'un poursuivant public, puisque l'accusé devait être interrogé⁸⁵. De même, John Langbein estime-t-il que, puisqu'un poursuivant privé ne se manifestait pas nécessairement à la suite de la commission d'un crime grave, le *Marian committal statute* visait à pousser le JP à assumer le rôle que l'on associerait aujourd'hui à un ministère public : « (...) le *Marian statute* représente le pas décisif dans la cristallisation de la

aient à leur disposition les moyens d'apprécier la légalité et le caractère raisonnable de la libération sous caution.

⁷⁹ « Un acte destiné à ce que soient interrogés les détenus suspectés de *manslaughter* et de *felony* (*An Act to take the examination of Prisoners suspected of Manslaughter and Felony*) », 2 et 3 Phil. et Mary, c. 10.

⁸⁰ J. H. LANGBEIN, « The Origins of Public Prosecution at Common Law », (1973) 17 *American Journal of Legal History* 321.

⁸¹ Cette obligation transitait par l'infliction d'une amende en cas de non-comparution. Voir ainsi, J. H. LANGBEIN, « Albion's Fatal Flaws », (1983) 98 *Past and Present* 103.

⁸² J. H. LANGBEIN, *Prosecuting crime in Renaissance. England, Germany, France*, *op. cit.*, p. 24.

⁸³ En ce sens, HOLDSWORTH (W. S.), *A History of English Law*, vol. 1, *op. cit.*, p. 296 : « En réalité, au XVII^{ème} siècle, l'interrogatoire conduit par les magistrats était d'une nature inquisitoriale ».

⁸⁴ En ce sens, J. R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, PUF, coll. « Que sais-je », Paris, 1998, n° 4, p. 9 : « Le JP était en même temps une sorte d'enquêteur et de juge d'instruction non professionnel » ; WILLIAMS (G.), « Les tendances du droit britannique en matière de procédure criminelle et de preuves » in ANCEL (M.) et RADZINOWICZ (L.) (dir.), *Introduction au droit criminel de l'Angleterre*, Les éditions de l'épargne, coll. « Les grands systèmes de droit pénal contemporains », Paris, 1959, p. 184 : « (...) à vrai dire, il se comportait d'une manière étonnamment semblable à celle du juge d'instruction français d'aujourd'hui ».

⁸⁵ STEPHEN (J. F.), *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, *op. cit.*, p. 221. Stephen ajoute : « Je ne pense pas qu'aucun domaine de la vieille procédure fonctionnât plus sévèrement sur les prisonniers que la façon sommaire et secrète par laquelle les *Justices of the Peace*, agissant fréquemment comme des détectives, se livraient à des interrogatoires et renvoyaient les suspects en procès ». *Ibid.*, p. 225.

fonction de poursuivant public pour les affaires traitant de crimes sérieux et son attribution aux *Justices of the peace* »⁸⁶.

Si l'assimilation du *JP* à un poursuivant est techniquement discutable⁸⁷, puisque le *JP* ne prenait pas en charge les poursuites, la dégradation de la juridictionnalisation de la répression était toutefois véritable en raison, d'une part, de l'orientation des investigations qui étaient attendues du *JP* et, d'autre part, de l'absence de véritables pouvoirs juridictionnels reconnus à ce juge.

La juridiction préparatoire du *JP* était en effet uniquement orientée vers le recueil des preuves à charge. Le *Committal statute* ne requérait pas du *JP* qu'il se livre à une investigation approfondie, notamment qu'il recherche des témoins autres que ceux visés par la victime, mais seulement que celui-ci recueille les preuves « contre le prisonnier »⁸⁸. La recherche de preuves à décharge aurait d'ailleurs été considérée comme « faite contre le roi », selon la

⁸⁶ J. H. LANGBEIN, *Prosecuting crime in Renaissance. England, Germany, France, op. cit.*, p. 34. Dans le même sens, MAXWELL (J.), « The English Police System : General Development and Outstanding Features » in RADZINOWICZ (L.) et TURNER (J. W. C.) (dir.), *Penal Reform in England*, Department of Criminal Science, Faculty of Law, University of Cambridge, English Studies in Criminal Science, vol. 1, Macmillan and Co, Londres, 1946, p. 63 : « A l'origine désignés pour des responsabilités exécutives prises au nom du roi, les *Justices* furent rapidement investis de fonctions judiciaires qui furent étendues et augmentées peu à peu. Il doit être noté qu'il fut attribué aux *Justices of the Peace* un pouvoir exécutif avant qu'il ne leur soit reconnu des responsabilités judiciaires ; en d'autres termes, ils furent d'abord des policiers pour devenir ensuite des juges ». Une telle assimilation de la fonction d'instruction à la fonction de poursuite se retrouve également dans la présentation de la procédure pénale britannique que fait, en 1981, la Commission Philips. Celle-ci considère, en effet, qu'« avant l'établissement de forces de police régulières, il était du devoir des magistrats de poursuivre et d'arrêter les délinquants et c'étaient les magistrats qui pouvaient être considérés comme des 'déTECTIVES et des poursuivants' ». Voir ainsi, ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, *The Investigative and Prosecution of Criminal Offences in England and Wales : The Law and Procedure*, Cmnd. 8092-1, Report, HMSO, Londres, 1981, pp. 67-68.

⁸⁷ En ce sens, J. G. BELLAMY, *Criminal Law and Society in Late Medieval and Tudor England*, St Martin's Press, New York, 1984, p. 53, *ad notam*. Selon cet auteur, la position de Langbein, selon laquelle le *Justice of the peace* qui renvoie en jugement le suspect était l'agent de poursuite principal du gouvernement, est « exagérée ». « Je doute », écrit-il, « que les *Justices of the Peace* aient été prêts à assumer lorsque cela était nécessaire le rôle d'un procureur plaidant au procès ». Dans le même sens, B. P. SMITH, « The Emergence of Public Prosecution in London, 1790-1850 », [2006] *Yale J. L. & Human.* 39 : « même si les *magistrates* et les agents de police remplissaient, à la fin du XVIII^{ème} siècle, les rôles principaux dans les investigations antérieures au procès, ils ne supplantaient pas les victimes dans la charge processuelle consistant à présenter les preuves au procès » ; D. HAY et F. SNYDER, « Using the Criminal Law, 1750-1850 : Policing, Private Prosecution, and the State » in D. HAY et F. SNYDER (dir.), *Policing and Prosecution in Britain 1750-1850*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 23, qui relèvent, quant à eux, que les *Justices of the Peace* « qui agissaient ne prenaient apparemment pas en charge les poursuites dans les phases suivantes. Dans seulement la moitié des affaires examinées en province, le magistrat était présent à l'audience du grand jury (il ne l'était jamais à Londres), et il semble clair que préparer et conduire l'affaire jusqu'au procès lui-même était presque entièrement laissé à la victime de l'infraction ou à son avocat ». En 1819, Chitty relevait que « l'instruction a été considérée plutôt comme un privilège en faveur de la partie accusée, offert par la loi au bénéfice d'un homme innocent qui, peut-être, à l'occasion de celle-ci, s'expliquera sur les soupçons et regagnera ensuite immédiatement sa liberté, plutôt que comme un péril additionnel ». Voir ainsi, CHITTY (J.), *A practical Treatise on the Criminal Law*, vol. 1, Edward Earle, Philadelphie, 1819, p. 57. L'idée de John Langbein, selon laquelle le *statute* aurait influencé l'éventuelle création du procureur américain, a également été remise en cause par J. M. KRESS, « Progress and Prosecution », (1976) 403 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 101-102.

⁸⁸ 2 & 3 Phil. & Mar., c. 10, § 2 (1555).

formule de Dalton⁸⁹. Ainsi que le relève John Beattie, « l'interrogatoire de l'accusé tendait manifestement en 1554 et 1555 à une énergique recherche des preuves qui conduiraient à une condamnation, non à une enquête complète et équilibrée des circonstances de l'affaire », et « le magistrat était plus un policier qu'un juge : il était chargé de constituer un dossier de poursuite qui affermirait et compléterait l'affaire présentée oralement par la victime poursuivante devant la cour »⁹⁰. Aussi, le *statute* instilla-t-il dans l'avant-procès anglais une forte inclinaison vers l'accusation qui « façonna puissamment la conception anglo-américaine du rôle de l'Etat dans les investigations pénales »⁹¹, et les *JPs* « ne deviendront des magistrats examinant les preuves de façon impartiale qu'au XIX^{ème} siècle »⁹².

Surtout, le *JP* ne bénéficiait pas d'un pouvoir de juridiction préliminaire⁹³. En effet, à l'issue de son instruction, le *JP* ne pouvait pas mettre hors de cause la personne initialement soupçonnée d'une *felony*. Dans une telle hypothèse, il devait nécessairement renvoyer en jugement⁹⁴. L'objectif des *Marian statutes* était ainsi à l'origine de suppléer la faiblesse de

⁸⁹ « *As maketh against the king* ». Voir DALTON (M.), *The country justice : containing the practice of the Justices of the Peace out of their sessions, gathered for the better help of such Justices of the Peace as have not been much conversant in the study of the laws of this realm*, Printed for the Society of Stationers, Londres, 1618, p. 265. En ce sens, voir également BARLOW (T.), *The Justice of the peace. A Treatise Containing the Power and Duty of that Magistrate*, Londres, 1795, p. 190, où l'auteur explique que, si le *Justice of the peace* ne devait pas supprimer les preuves favorables au mis en cause lorsque de telles preuves résultaient des déclarations des témoins de la poursuite, il ne devait pas, pour autant, « interroger les témoins qui se présentent afin de prouver l'innocence du délinquant ».

⁹⁰ J. M. BEATTIE, *Crime and the Courts in England 1660-1800*, OUP, Oxford, 1986, p. 271. La pratique demeura bien ancrée, même après que les avocats aient pris part au procès. Langbein rapporte ainsi un procès tenu devant le *Old Bailey* en 1787 : lorsque le juge demanda à un témoin de la défense s'il avait fourni le même témoignage lors de l'interrogatoire devant le *Justice of the peace*, l'avocat de la défense s'écria « [I]es *Magistrates*, à *Bow Street*, ne reçoivent jamais les preuves en faveur du prisonnier, mais seulement celles qui sont en faveur des poursuivants ». Voir J. H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, OUP, coll. « Oxford study in modern legal history », Oxford, 2003, p. 43.

⁹¹ J. H. LANGBEIN, *ibid.*, *loc. cit.*. Dans le même sens, W. J. STUNTZ, « The substantive origins of criminal procedure », (1995-1996) 105, *Yale L. J.* 417, pour qui « l'interrogatoire par le juge fonctionnait comme fonctionne aujourd'hui l'interrogatoire policier ; il offrait au gouvernement une opportunité pour obtenir n'importe quelle information d'un défendeur non assisté d'un avocat et souvent effrayé et confus ».

⁹² J. H. LANGBEIN, *Prosecuting Crime in the Renaissance. England, Germany, France, op. cit.*, p. 6.

⁹³ *Contra*, STEPHEN (J. F.), *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, *op. cit.*, p. 233, et « Criminal Procedure from the Thirteen to the Eighteenth Century » in Association of American Law Schools, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. 2, Little, Brown and Company, Boston, 1908, p. 472, pour qui « il est évident que, dès que les *Justices of the Peace* furent érigés en juges intermédiaires, chargés de la question de décider s'il y avait ou non des motifs justifiant la détention de la personne suspectée, ils durent acquérir, d'un côté, le pouvoir de mettre hors de cause, et d'un autre côté, le pouvoir d'incarcérer ». Les sources confirment cependant que les *Justices of the Peace* ne disposaient pas du pouvoir de mettre hors de cause. Voir en ce sens, la critique de John Langbein in J. H. LANGBEIN, *Prosecuting Crime in the Renaissance. England, Germany, France, op. cit.*, p. 7 : « En fait, Stephen se trompait. Le pouvoir des *JPs* de mettre hors de cause ne fut pas acquis simultanément avec son pouvoir de mettre en détention, mais des siècles plus tard ».

⁹⁴ J. M. BEATTIE, *Crime and the Courts in England 1660-1800, op. cit.*, pp. 271-272 : « Il n'était pas demandé aux magistrats de la période Tudor d'agir de façon impartiale ou judiciairement, d'enquêter et de disposer de l'affaire conformément à ce qu'ils considéraient que les faits justifiaient, renvoyant certains accusés en jugement et déchargeant d'autres. En effet, il leur était clairement interdit de décharger quiconque accusé de *felony* qui était présenté devant eux. Tous les suspects devaient être renvoyés en jugement, et la tâche du

l'administration locale et de s'assurer que le *JP* ne serait pas intimidé et détourné de son devoir par des intérêts locaux : si le magistrat est obligé de renvoyer en jugement tous les cas de *felony*, plus d'affaires seront poursuivies et donc jugées⁹⁵. Ce refus d'octroyer au *JP* un véritable pouvoir de juridiction préliminaire fut d'ailleurs maintenu tout au long du XVII^{ème} siècle, ce malgré la disparition des conditions politiques qui avait fait craindre une intimidation de celui-ci par des puissances locales. Les éditions successives de l'ouvrage de Dalton contenaient ainsi les mêmes directives : « même s'il apparaît au *Justice* que le détenu n'est pas coupable », la voie la plus sûre est de le renvoyer en jugement « car il n'est pas convenable qu'un homme une fois arrêté et accusé de *felony* (ou suspecté d'un tel fait) soit délivré par la seule discrétion d'un homme, sans plus de procès »⁹⁶. On trouvait également de telles directives chez Coke⁹⁷, Hale⁹⁸ et Bond⁹⁹. Le *JP* devait donc réunir les preuves en faveur de l'accusation et renvoyer en jugement, quand bien même les preuves recueillies n'apparaissaient pas suffisantes pour obtenir une décision de condamnation.

b. La naissance d'un ministère public et la restauration de la posture du juge anglais

14. Deux phénomènes combinés vont, de manière originale, en Angleterre, permettre l'instauration d'un ministère public et ainsi d'une juridictionnalisation véritable de la

magistrat était de s'assurer de leur personne que les preuves les plus fortes de leur culpabilité seraient contenues dans les dépositions et les interrogatoires qu'ils devaient transmettre à la cour ».

⁹⁵ Voir J. M. BEATTIE, *ibid.*, p. 272.

⁹⁶ DALTON (M.), *The country justice : containing the practice of the Justices of the Peace out of their sessions, gathered for the better help of such Justices of the Peace as have not been much conversant in the study of the laws of this realm, op. cit.*, p. 260. L'opinion sera maintenue au début du XVII^{ème} siècle. Voir ainsi, l'édition de 1727 de l'ouvrage, NELSON (W.), *ibid.*, E. et R. Nutt, R. Gosling, Londres 1727, p. 540.

⁹⁷ COKE (E.), *The fourth part of the Institutes of the Laws of England concerning the Jurisdiction of Courts*, Printed at London by M. Flesher for W. Lee and D. Pakeman, Londres, 1644, p. 168, pour qui seule une personne exerçant une « *commission of a goal delivery* », typiquement un juge des *Assizes*, pouvait mettre hors de cause une personne accusée de *felony*. Les *Justices of goal delivery* « peuvent libérer les suspects de *felony*, contre lesquels il n'existe pas de preuves suffisantes pour les accuser, ce que les *Justices of Oier and Terminer*, ou les *Justices of the Peace*, ne peuvent faire ».

⁹⁸ Voir HALE (M.), *Pleas of the Crown or a Methodical Summary of the Principal Matters Relating to the Subject*, Printed by the Assigns of Richard and Edward Atkins, Londres, 1696, p. 98 : « Si une personne est conduite devant un *Justice* et qu'il apparaît qu'aucune *felony* n'a été commise, celui-ci doit la mettre hors de cause ; mais si une *felony* a été commise et qu'il n'apparaît pas que la partie accusée soit coupable, celui-ci ne peut la mettre hors de cause et doit la renvoyer en jugement ou la libérer sous caution ».

⁹⁹ BOND (J.), « Felonies » in *A Complete Guide for Justices of the Peace*, Printed by the Assigns of Richard and Edward Atkins, Londres, 3^{ème} éd., 1696, pp. 96-97 : « Si un homme a été arrêté parce que suspecté d'avoir commis une *felony* et que ceux qui l'ont arrêté reçoivent des informations par lesquelles il apparaît qu'aucune *felony* n'a été commise, ils peuvent alors mettre celui-ci hors de cause, et cela ne constituerait pas une *felony* (...). Mais si une *felony* a été commise et qu'une personne a été arrêtée parce qu'elle en est suspectée, même s'il apparaît que celle-ci est innocente, ceux qui l'ont arrêtée ne peuvent la mettre hors de cause, et s'ils le font, cela constituerait une *felony* ».

répression pénale : d'une part, la « *lawyerisation* »¹⁰⁰ de l'office du juge, d'autre part, la création d'une police professionnelle.

15. *Le dynamisme du barreau anglais : la « lawyerisation » de l'office du juge.* Le changement qui s'opère au cours du XVIII^{ème} siècle fut encouragé par un accroissement progressif des droits de la personne mise en cause, notamment son droit d'être assistée par un avocat lors de son interrogatoire par le juge. A partir des années 1720-1730 en effet, les *JPs* commencèrent à interroger les témoins, si ce n'est en public, du moins dans un cadre moins secret qu'auparavant¹⁰¹. De ce fait, des avocats commencèrent à assister aux interrogatoires conduits par le *Justice*, à conseiller les poursuivants et les suspects et à prendre des notes sur les preuves ayant été présentées. L'évolution fut telle qu'en 1822, Cottu décrira l'interrogatoire conduit par le *JP* comme se déroulant dans une salle ouverte au public¹⁰². Les investigations préparatoires prirent ainsi, progressivement, selon l'expression anglaise, « *a judicial character* »¹⁰³.

A l'audience de jugement, la procédure devint également plus favorable à la personne poursuivie. A Londres, depuis au moins 1740, l'interrogatoire devint public. A partir de la même période, se développa la pratique du recours à un avocat lors de l'audience de jugement pour la poursuite des *felonies*¹⁰⁴. Des incitations en faveur de cette pratique dans la poursuite des *felonies* furent d'ailleurs données par des *statutes* en 1752 et en 1788¹⁰⁵, lesquels autorisaient les juridictions à attribuer, dans ces affaires, les dépens aux poursuivants.

¹⁰⁰ E. GRANDE, « Dances of Criminal Justice : Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth » in J. JACKSON, M. LANGER and P. TILLERS (ed.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska*, Hart publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2008, p. 151 : « (...) la lawyerisation de la procédure, qui est l'avènement d'une ère dans laquelle les avocats de la poursuite et de la défense sont devenus les principaux acteurs de la procédure pénale de droit commun, peut être considérée comme la cause de l'émergence du nouveau style ».

¹⁰¹ Voir ainsi, les témoignages rapportés de S. De Veil et H. Fielding, cités par J. M. BEATTIE, *Crime and the Courts in England 1660-1800*, *op. cit.*, pp. 278-279.

¹⁰² COTTU (C.), *De l'administration de la justice criminelle en Angleterre et de l'esprit du gouvernement anglais*, Librairie Charles Gosselin, 2^{ème} éd., Paris, 1822, pp. 34-35 : en vertu d'un *warrant* délivré par le juge de paix et obtenu à la suite d'une plainte d'un citoyen, « le *constable* se transporte au domicile du prévenu, l'arrête s'il peut s'assurer de sa personne, et le conduit avec le plaignant et les témoins devant le magistrat. Celui-ci les entend d'abord tous isolément, et, suivant la circonstance, il laisse le prévenu en liberté ou le fait conduire en prison. Il remet ensuite l'information au jour le plus prochain, et cette information se fait contradictoirement entre le plaignant et les témoins d'une part, et le prévenu de l'autre. A l'époque fixée, les témoins, et le plaignant accompagné de son *attorney*, se rendent chez le juge de paix ; le prévenu y est conduit de son côté, et se fait assister aussi d'un *attorney*, s'il en a les moyens ; le juge de paix consigne par écrit les aveux du prisonnier, ainsi que les déclarations des témoins et du plaignant, telles qu'elles résultent de leurs dépositions et des questions qui leur sont successivement adressées par l'*attorney* du poursuivant, ou par celui du prévenu ».

¹⁰³ J. M. BEATTIE, *Crime and the Courts in England 1660-1800*, *op. cit.*, p. 319.

¹⁰⁴ Sur ce développement, voir l'étude des sources du *Old Bailey* réalisée par J. H. LANGBEIN, « The Criminal Trial Before the Lawyer », (1978) 50(1) *U Chicago LR* 311, spéc. 311-312.

¹⁰⁵ 25 Geo II, c. 36 et Geo III c. 19, cités par D. BENTLEY, *English Criminal Justice in the Nineteenth Century*, The Hambledon Press, Londres, 1998, p. 71.

Cependant, malgré la réforme, le nombre d'avocats intervenant en faveur de la poursuite demeurait faible et, au début du XIX^{ème} siècle, les juges « poursuivaient » toujours la majorité des *indictments*, selon l'expression de David Bentley¹⁰⁶.

16. La création d'une police professionnelle. Le changement fut ensuite favorisé par la création d'une police professionnelle.

L'inefficacité du système de police britannique avait été mise en lumière par Fielding¹⁰⁷ et, après une tentative avortée de création d'une police professionnelle en 1785, le gouvernement reprit le projet au début du XIX^{ème} siècle qui aboutit, avec l'adoption du *Metropolitan Police Act*, à la création d'un nouvel office de police, la *Metropolitan Police*, placé sous l'autorité du *Home Office*¹⁰⁸. La réforme fut complétée par le *Municipal and Corporation Act* 1835¹⁰⁹ et étendue aux campagnes anglaises par le *County Police Act* 1839¹¹⁰ et le *County and Borough Police Act* 1856¹¹¹. Toutefois, l'organisation de la police anglaise fut le reflet des craintes exprimées lors des discussions parlementaires, tant d'un point de vue statutaire que

¹⁰⁶ D. BENTLEY, *ibid.*, p. 71. Plusieurs raisons expliquent cette faiblesse. Selon l'auteur, beaucoup de poursuivants étaient pauvres et rechignaient à prendre les services d'un avocat pour les représenter dans les poursuites qu'elles avaient intentées. L'inclination des avocats dans la défense plutôt que dans l'accusation en serait une autre.

¹⁰⁷ Sur l'influence de Henry Fielding sur la réforme de la police en Grande Bretagne, voir RADZINOWICZ (L.), *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, vol. 3 : « Cross-Currents in the Movement for the Reform of the Police », Stevens and Sons Limited, Londres, 1956, p. 11 et s. Voir également, MAXWELL (J.), « The English Police System : General Development and Outstanding Features », art. préc., *loc. cit.*, p. 68 ; E. A. REYNOLDS, *Before the Bobbies : The Night Watch and Police Reform in Metropolitan London, 1720-1830*, Stanford University Press, Stanford, Californie, 1998, p. 45 et s. Henry Fielding et son frère publièrent de nombreux pamphlets sur les questions de police et réussirent à attirer l'attention publique sur l'état du droit criminel anglais, lequel se développait dans le sens d'une plus grande sévérité des peines, mais ne fit pas diminuer le nombre de délinquants. Ils employèrent des détectives privés et réussirent par ce biais à rendre les rues de Londres plus sûres. Ils obtinrent ainsi la permission, à titre d'expérimentation, d'établir une petite force de police, la « *Bow Street Foot Patrol* », chargée de patrouiller dans les rues de la ville. Quelques années plus tard, l'utilité d'un tel système fut accrue par la création d'une patrouille équine, chargée de patrouiller sur les principales routes du pays.

¹⁰⁸ 10. Geo. IV, c. 44 : « Loi tendant à l'amélioration de la police dans et près de la métropole ». Sur la réforme du système policier britannique, voir C. EMSLEY (ed.), *Policing in its Context 1750-1870*, The Macmillan Press, Londres, 1983, p. 59 et s. ; R. PALEY, « An Imperfect, Inadequate and Wretched System ? Policing London Before Peel », (1989) 10 *Criminal Justice History* 95, qui relève qu'« après près d'un siècle et demi d'une adhésion aveugle à un ensemble de principes constitutionnels désuets et hors sujet, couplée d'une peur toute aussi aveugle de l'introduction de pratiques étrangères despotiques, les anglais ont finalement reconnu les vertus d'une police préventive non-armée ». On peut relever que les citoyens britanniques rendront un hommage posthume à Robert Peel en nommant les hommes de la nouvelle force à l'aide du diminutif de leur fondateur, les Hommes de Bob : les *bobbies*.

¹⁰⁹ 5 & 6 Wm. IV., c. 76. L'Act venait créer un certain nombre d'arrondissements et, parallèlement, imposer l'instauration en leur sein d'une force de police.

¹¹⁰ 2 & 3 Vict c. 93. L'Act permettait à une majorité de *Justices*, au sein des *Quarter Sessions*, de décider de la création d'une police professionnelle pour la protection des comtés et de désigner à leur tête un *Chief Constable*.

¹¹¹ 19 & 20 Vict c. 69. L'Act rendait désormais obligatoire la création d'une force de police.

d'un point de vue fonctionnel¹¹². Statutairement d'abord, l'exemple de la police française nourrit chez les opposants à la réforme la peur d'une atteinte à la liberté politique et à l'exercice arbitraire du pouvoir. Ces craintes conduisirent à l'adoption d'une organisation décentralisée des forces de police anglaises, relevant des comtés et non du gouvernement – à l'exception de la *Metropolitan police*. Fonctionnellement ensuite, il ne fut pas proposé lors des débats au Parlement de faire de la nouvelle police une autorité de poursuite ou d'investigation. La seule fonction de la police était la prévention des infractions par des patrouilles de rues¹¹³, et l'entière conduite de la procédure judiciaire, depuis le dépôt de la plainte devant un *JP* jusqu'à la condamnation et la détermination de la peine, demeurait donc juridiquement identique au système antérieur et laissée à l'initiative d'un poursuivant privé¹¹⁴.

Toutefois, face à l'accroissement considérable de la population britannique, à l'urbanisation et à l'augmentation de la délinquance¹¹⁵, les poursuites privées, de même que

¹¹² En ce sens, D. HAY, « Controlling the English Prosecutor », (1983) 21 *Osgoode Hall L. J.* 173, qui rappelle que les promoteurs de la réforme n'avaient pas envisagé de confier à la police les fonctions de poursuivre et qui relève que « la police était considérée d'abord par les classes moyennes et aisées, mais aussi par le prolétariat, comme une innovation potentiellement dangereuse – la création pour la première fois depuis le dix-septième siècle d'une force exécutive qui pourrait être utilisée pour bouleverser la liberté politique par l'espionnage, le harcèlement et l'exercice arbitraire de certains pouvoirs ». Dans le même sens, voir C. EMSLEY, « La légitimité de la police anglaise : une perspective historique comparée », *Déviance et société*, 1989, vol. 13, n° 1, p. 23 : « Au XVIII^{ème} siècle, la plupart des anglais considéraient avec horreur le concept d'une force de police : la police était une chose étrangère ; elle n'était que l'outil des monarques absolus pour opprimer leurs sujets ; les agents de police étaient considérés soit comme des mouchards, soit comme des soldats, tous deux ennemis des libertés anglaises ». Sur les craintes britanniques résultant notamment des expériences françaises, voir P. LAWRENCE, « They have an admirable police at Paris, but they pay for it dear enough? Attitudes towards continental policing in nineteenth-century England » in C. DENYS (dir.), *Circulations policières, 1750-1914*, Presses Universitaires du Septentrion, Lille, 2012, p. 103 et s.

¹¹³ En ce sens, J. STYLES, « The Emergence of the Police - Explaining Police Reform in Eighteenth and Nineteenth Century England », (1987) 27 *Brit. J. Criminol.* 17, qui relève que, pour les promoteurs de la réforme, la nouvelle police devait être « proactive plutôt que réactive. Elle devait prévenir les infractions, principalement par le biais d'un système de surveillance par des patrouilles, plutôt que de se charger d'un travail d'enquête *a posteriori* ».

¹¹³ *Metropolitan Police Instructions Orders*, sept. 1829, pp. 1-2, citées par L. T. ROACH, « Detecting Crime : Part I - detection and the police », [2002] *Crim LR* 380.

¹¹⁴ En ce sens, D. HAY et F. SNYDER, « Using the Criminal Law, 1750-1850 : Policing, Private Prosecution, and the State », art. préc., *loc. cit.*, p. 35, qui relèvent que « dans ces circonstances, il était impensable que la nouvelle police fut désignée comme poursuivant public ». Voir également, G. DINGWALL et C. HARDING, *Diversion in the Criminal Process*, Sweet and Maxwell, Londres, 1998, pp. 32-33 : l'émergence de la nouvelle police ne fut pas associée « dans l'esprit des contemporains à un changement des responsabilités dans la prise en charge des poursuites ». Les instructions délivrées en septembre 1829 à la nouvelle force par Rowan et Mayne, qui furent les premiers *joint Commissioners* de la *Metropolitan Police*, le confirment d'ailleurs : « Il doit d'entrée de jeu être compris que le principal objectif à atteindre est la prévention du crime ». Selon eux, la sécurité des personnes et des biens, la préservation de la tranquillité publique « seront ainsi mieux assurées que par la détection et la punition du délinquant après qu'il ait réussi à commettre son crime ». Voir ainsi, *Metropolitan Police Instructions Orders*, sept. 1829, pp. 1-2, citées par L. T. ROACH, « Detecting Crime : Part I - detection and the police », [2002] *Crim LR* 380.

¹¹⁵ La population anglaise tripla entre 1550 et 1815, passant de 3 à 10 millions de personnes. Elle doubla entre 1801 et 1851, passant de 8,3 millions à 16,9 millions d'âmes, et s'éleva à 30,8 millions en 1901. Voir ainsi, sur l'évolution démographique et sur l'urbanisation de l'Angleterre, P. CHASSAIGNE, *Histoire de l'Angleterre*,

le recours à des associations de défense¹¹⁶, apparurent comme insuffisamment efficaces. Aussi, en marge de la loi, la police britannique se reconnut-elle rapidement, au-delà du rôle préventif que les promoteurs de la réforme lui avaient assigné, la fonction de poursuivre les infractions¹¹⁷. Pour ce faire, deux voies furent suivies. La première consistait à conduire devant le *magistrate* la victime d'une infraction qui n'avait pas véritablement l'intention de déposer plainte afin que celle-ci soit obligée de poursuivre. Beaucoup de victimes d'infractions qui ne souhaitaient pas poursuivre se trouvaient en conséquence contraintes de le faire et apparaissaient dans les registres de la juridiction comme des poursuivants, alors que l'officier de police, qui, lui, figurait dans le registre en qualité de témoin, était en fait la principale partie. La seconde se fondait sur une fiction : malgré sa qualité d'agent de la force publique, tout policier pouvait agir en qualité de citoyen et être *de jure* le poursuivant désigné, la victime ou le citoyen se contentant d'être témoin. Un policier patrouillant, faisant cesser une bagarre ou appréhendant sur le fait un petit voleur, avait ainsi théoriquement autant le droit que la victime, et d'ailleurs que tout citoyen, de porter une accusation et de poursuivre les infractions. Finalement, en usant des ces deux méthodes, la police put prendre en charge les poursuites et, par l'intermédiaire d'un avocat, soutenir à l'audience l'accusation. Un tel expédient, rarement utilisé au XVIII^{ème} siècle, devint très habituel au XIX^{ème} siècle¹¹⁸. Dans une telle hypothèse, le policier était, juridiquement, un autre poursuivant privé : le port de l'uniforme était censé n'avoir aucune incidence sur la nature juridique de la poursuite.

Flammarion, coll. « Champs Histoire », Paris, 2008, p. 175 et s. et p. 252 et s. ; F. BEDARIDA, *La société anglaise du milieu du XIX^{ème} siècle à nos jours*, éditions du Seuil, coll. « Points Histoire », Paris, 1990, p. 29 et s. ; B. COTTRET, *Histoire de l'Angleterre*, éditions Tallandier, coll. « Texto », Paris, 2007, p. 350, qui qualifie les îles britanniques de « pouponnières de l'Empire ».

¹¹⁶ D. PHILIPS, « Good Men to Associate and Bad Men to Conspire : Associations for the Prosecution of Felons in England, 1760-1860 » in D. HAY et F. SNYDER (dir.), *Policing and Prosecution in Britain 1750-1850*, *op. cit.*, p. 113 et s. ; P. J. R. KING, « Prosecution Associations and Their Impact in Eighteenth Century Essex », *ibid.*, p. 171 et s.

¹¹⁷ En ce sens, D. HAY et F. SNYDER, « Using the Criminal Law, 1750-1850 : Policing, Private Prosecution, and the State », art. préc., *loc. cit.*, p. 38 : « (...) une fois que la nouvelle police fut formée, cependant, il est clair qu'elle prit de façon croissante un rôle prépondérant dans la poursuite ».

¹¹⁸ Il semble qu'il n'y ait eu que peu d'oppositions au mouvement. Voir toutefois, les critiques formulées par Henry Turner Waddy, *stipendiary magistrate* à Londres, in WADDY (H. T.), *The police and its Work*, Butterworth and Co, Londres, 1925, pp. 58-59, cité par B. GODFREY, « Changing prosecution practices and their impact on crime figures, 1857-1940 », [2008] *Brit. J. Criminol.* 175 : « Le fait qu'un agent de police ait appréhendé un prisonnier, ou soit l'informateur mentionné dans le *summons*, ne devrait pas conduire celui-ci à être autorisé à revêtir le rôle d'un poursuivant lors de l'audience sur les charges. Sa fonction propre est celle d'un témoin et pas plus (...). Deux impressions malheureuses se dégagent de la juridiction dans l'esprit des classes ouvrières. L'une, que le policier est à la fois témoin et poursuivant, et l'autre que le *magistrate* est la créature de la police » ; *ibid.*, 179 : « Je n'ai jamais rencontré un agent de police qui, agissant comme un avocat, fut ou compétent ou impartial. Il ne peut être compétent, car il n'a aucune connaissance juridique, et n'a disposé d'aucune formation lui permettant de l'être. Et il ne devrait pas être attendu de lui qu'il soit impartial. Il considère qu'une condamnation est un hommage rendu à son talent et lorsqu'une accusation est rejetée, il prend pour une réflexion faite à son encontre et à l'encontre de 'la force' ».

17. La restauration corrélatrice de la figure du juge : le *John Jervis's Act 1848*.

Sous l'influence de ces mutations, le JP s'émancipe des contraintes initiales qui s'imposaient à lui en vertu des *Marian Statutes* pour devenir une autorité plus impartiale, abandonnant peu à peu l'investigation pour se reconnaître un pouvoir de juridiction préliminaire. Puisque le poursuivant pouvait être représenté par un avocat¹¹⁹, l'interrogatoire conduit par le magistrat cessa d'être seulement un moyen de réunir des éléments de preuve contre le mis en cause et revêtit progressivement les caractéristiques d'une audience préliminaire, les magistrats commençant à ressentir l'obligation d'évaluer les preuves et à se reconnaître le droit de mettre hors de cause l'individu contre lequel les charges étaient trop faibles pour justifier un procès¹²⁰. Fielding avait plaidé en ce sens¹²¹. Blackstone également¹²². La seule limite qui perdurait au début du XIX^{ème} siècle était que le JP ne pouvait mettre hors de cause un individu lorsque les charges avaient été formulées par un poursuivant respectable ayant prêté serment¹²³.

¹¹⁹ Voir J. H. LANGBEIN, « The Prosecutorial Origins of Defence Counsel in the Eighteenth Century : The Appearance of Solicitors », [1999] *Cambridge Law Journal* 317. Voir également, STEPHEN (J. F.), *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, *op. cit.*, p. 414. Selon ce dernier auteur, l'introduction de l'avocat dans l'enquête et la possibilité qui fut reconnue à celui-ci de contre-interroger les témoins constitue « le changement le plus remarquable » qui s'opéra dans la procédure pénale anglaise.

¹²⁰ Les archives du *Old Bailey* confirment ainsi qu'à Londres, dans les années 1730, et dans le Middlesex, dans les années 1750, certains JPs commencèrent à exercer des pouvoirs de mise hors de cause, d'abord pour des petits vols, puis pour des infractions plus graves. Voir ainsi, LANGBEIN (J. H.), *The Origins of Adversary Criminal Trial*, *op. cit.*, p. 47.

¹²¹ Voir la critique de l'opinion de Hale formulée par FIELDING (H.) in *Covent-Garden Journal*, 25 févr. 1752, citée par J. M. BEATTIE, *Crime and the Courts in England 1660-1800*, *op. cit.*, p. 274 : « (...) d'après le droit anglais tel qu'il se présente désormais, si un *larceny* a été vraiment commis, et malgré l'insignifiance des soupçons existant contre l'accusé, le *Justice* (...) est rigoureusement obligé de renvoyer la partie, spécialement lorsqu'il ne dispose d'aucune garantie quant à sa comparution (...). Ni l'insignifiante valeur de la chose volée, ni aucune circonstance atténuante ne justifie la mise hors de cause du détenu. Dalton considère plutôt que, lorsqu'il a été prouvé qu'une *felony* a été commise, la partie devrait comparaître pour démontrer son innocence, le *Justice* (...) doit la renvoyer en jugement ou la libérer sous caution. Et aussi absurde qu'apparaisse cette opinion, Lord Hale a cru convenable de l'épouser et de la transcrire dans son *Pleas of the Crown* ». Fielding lui-même, suivi en cela par d'autres magistrats, prit l'habitude de mettre hors de cause les suspects contre lesquels aucune preuve sérieuse ne pouvait être recueillie et dont l'innocence apparaissait évidente. Sur la pratique de Fielding en tant que magistrat, voir également LANGBEIN (J. H.), « Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial : A View From the Ryder Sources », (1983) 1 50 *U. Chi. L. Rev.* 60.

¹²² BLACKSTONE (W.), *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4 : « Of Public Wrongs », Clarendon Press, 1^{ère} éd., Oxford, 1769, p. 293. Blackstone reconnaît au JP ce pouvoir de mettre hors de cause lorsque les soupçons nourris à l'encontre du prisonnier sont sans aucun fondement : « Si, lors de cette enquête, il apparaît manifestement, soit qu'aucun crime n'a été commis, soit que les soupçons nourris à l'encontre du prisonnier étaient totalement infondés, dans ces cas seulement, il est totalement légitime de le mettre hors de cause. Dans les autres cas, il doit soit être placé en détention, soit libéré sous caution ; cela, pour s'assurer de sa comparution et afin qu'il réponde ».

¹²³ En ce sens, CHITTY (J.), *A practical Treatise on The Criminal Law*, vol. 1, *op.cit.*, n° 89, p. 60 : s'il apparaît au magistrat que les soupçons sont totalement infondés, « il est légitime que [celui-ci] le mette totalement hors de cause, sans même le placer en liberté provisoire. Mais s'il y a une accusation de *felony*, sous serment, à l'encontre du prisonnier, et même si la culpabilité de celui-ci apparaît douteuse, le *Justice* ne peut le mettre totalement hors de cause, mais doit le placer en liberté provisoire et le renvoyer ».

La création de la police, et la prise en charge par celle-ci de la poursuite, amplifia le mouvement initié, si bien que le législateur, en adoptant le *John Jervis's Act* 1848¹²⁴, vint consacrer légalement la structure de l'avant-procès qui se développait à partir du milieu du XVIII^{ème} siècle¹²⁵. Désormais, le *JP* se trouve légalement exclu des investigations préparatoires et doit se contenter de déterminer s'il existe une *prima facie case* à l'issue d'une audience préliminaire où les preuves lui sont présentées par la poursuite et la défense. Les témoins doivent être interrogés en présence de l'accusé et celui-ci doit avoir la possibilité de les contre-interroger. Après l'interrogatoire de tous les témoins, le *Justice* doit avertir l'accusé de son droit de se taire et des conséquences attachées aux déclarations qu'il serait susceptible de faire¹²⁶. Les éventuelles déclarations de celui-ci sont consignées par écrit. Il doit ensuite lui être demandé s'il souhaite appeler des témoins et, le cas échéant, ceux-ci doivent être interrogés, puis contre-interrogés, leurs dépositions devant être consignées de la même manière que celles des témoins de la poursuite¹²⁷. Si les *Justices* estiment que les preuves ne sont pas suffisantes pour renvoyer l'accusé en jugement, ils le déchargent. S'ils considèrent que ces preuves soulèvent une forte ou très probable présomption de culpabilité, ils doivent renvoyer celui-ci en jugement en le plaçant en détention ou en le libérant sous caution¹²⁸.

18. Cette mise en perspective historique confirme ainsi la justesse de l'approche du physiologiste : à défaut de ministère public, le système anglais fut obligé de sacrifier la juridictionnalisation pour pouvoir réprimer efficacement. Aussi, même si elle est, à bien des égards, originale, la naissance du ministère public anglais a permis de retirer au *JP* son rôle d'investigateur à charge et de lui reconnaître le pouvoir de juger préliminairement. Et, bien que se présentant selon des modalités différentes, une telle corrélation s'est également manifestée en procédure pénale française.

¹²⁴ *Act* « visant à faciliter la performance et les devoirs des juges de paix hors des sessions en Angleterre et au Pays de Galles en ce qui concerne les personnes accusées d'actes criminels ».

¹²⁵ Sur les *Jervis Acts*, voir D. FREESTONE et J. C. RICHARDSON, « The Making of English Criminal Law (7) Sir John Jervis and his Acts », [1980] *CLR* 5, spéc. 11 : « l'*Act* requiert que le *Justice* n'agisse plus, au cours de l'audience préliminaire, comme un poursuivant, mais comme un juge préliminaire, en déterminant seulement s'il existe une *prima facie case* ». Voir également, OSBORNE (B.), *Justices of the Peace 1361-1848. A History of the Justices of the Peace for the Counties of England*, The Sedgehill Press, Shaftesbury, 1960, p. 223 et s.

¹²⁶ 11 et 12 Vic., c. 42, s. 18.

¹²⁷ 30 et 31 Vic., c. 35, s. 3.

¹²⁸ 30 et 31 Vic., c. 35, s. 25.

2. *Le ministère public et la construction de la juridictionnalisation de la répression en France*

19. Historiquement, la France connaissait aussi une forme de juridictionnalisation dégradée en raison de la faiblesse du ministère public d'Ancien Régime et de la faculté d'autosaisine du juge, dégradation qui se prolongera sous la Révolution lorsque la fonction de poursuite fut confiée au juge de paix (a). La restauration de la figure du juge est, comme en Angleterre, corrélative de la restauration du ministère public (b).

a. **La dégradation historique des figures du juge français**

20. La procédure pénale française connaît l'institution du ministère public depuis le XIV^{ème} siècle. Aussi, se distingue-t-elle de son homologue anglaise. Pourtant, l'Ancien Régime, comme la Révolution, n'octroyait au ministère public qu'un rôle très secondaire comparé à celui reconnu au juge.

21. Le ministère public d'Ancien Régime ne disposait en effet d'aucune initiative dans la poursuite criminelle. Son rôle était bien plutôt, selon la formule de Michèle-Laure Rassat, « celui d'un dénonciateur que celui d'un accusateur »¹²⁹. Le pouvoir était concentré entre les mains du juge qui pouvait s'autosaisir en raison de la consécration de la maxime « Tout juge est procureur général »¹³⁰. Sous l'empire de l'ordonnance criminelle de 1670, le procès pouvait ainsi débiter sous l'impulsion du juge dans l'hypothèse du « présent méfait »,

¹²⁹ M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, op. cit., n° 36, p. 27. Voir également, ESMEIN (A.), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 2010 (réimpression de l'édition parue en 1882 aux éditions L. Larose et Forcel), p. 103 : « Aux yeux des contemporains, c'est le juge qui autorise le procureur du roi à agir, non ce dernier qui met le juge en mouvement ».

¹³⁰ Voir ainsi, l'article 1^{er} du chapitre 2 de l'ordonnance du 30 août 1536, l'article 145 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539 « sur le fait de la justice », l'article 164 de l'ordonnance d'Orléans de janvier 1560. Sur la possibilité pour le juge de poursuivre sans plainte du procureur sous l'empire de l'ordonnance de Villers-Cotterêts, voir AYRAULT (P.), *L'ordre, formalité et instruction judiciaire, dont les grecs et romains ont usé es accusations publiques*, J. Caffin et F. Plaignard, Paris, 1643, p. 125. L'auteur approuve ainsi une telle règle : « Il s'ensuit donc que quant à semblable le juge serait accusateur, qu'il n'y aurait rien de si absurde ; surtout si nous disons en passant la raison qui en peut être. C'est qu'en la personne publique on considère un intérêt qui le concerne comme bail et garde, tuteur et protecteur de la chose publique, non pas comme particulier, de sorte que quelque poursuite qu'il fasse à cause de son état, il est estimé le faire en la cause d'autrui, non en la sienne ». Sur la procédure de l'ordonnance de Villers-Cotterêts, voir ESMEIN (A.), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, op. cit., p. 140 et s. ; Y. BONGERT, *Histoire du droit pénal. Cours de Doctorat*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 2012, n° 295 et s., p. 379 et s. ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^{ème} éd., Paris, 2014, n° 105, p. 218.

ancêtre de la procédure de flagrance¹³¹. Le juge informait ainsi sur le fait délictueux, à charge et à décharge, en se rendant sur les lieux lorsqu'il s'agissait d'un crime dont il restait des traces, en dressant procès-verbal, en recueillant les pièces à conviction. Ce n'est qu'une fois achevée que l'information était communiquée au procureur du roi qui devait, dans les trois jours, rendre les pièces avec ses conclusions tendant soit à la remise en liberté soit au renvoi à l'audience si le délit n'était passible que d'une peine pécuniaire, soit à la délivrance d'un décret. Si l'infraction était considérée par le magistrat instructeur comme revêtant un certain degré de gravité, était enclenché le règlement à l'extraordinaire, qui comprenait d'abord les récolements¹³², puis les confrontations¹³³ et, éventuellement, l'affrontation¹³⁴. L'instruction et le rôle du lieutenant criminel devaient en principe s'arrêter là. Le juge remettait alors le sac du procès, contenant les divers procès-verbaux et interrogatoires, au procureur du roi pour qu'il prenne ses réquisitions. Le sac était ensuite transmis au juge rapporteur, qui devait dépouiller la procédure et en exposer les résultats au siège assemblé, après que le greffier ait fait la visite du procès, c'est-à-dire ait lu l'intégralité des pièces de la procédure. L'ordonnance de 1670 paraissait supposer que le juge rapporteur était un magistrat nouveau, mais elle ne l'imposait pas formellement¹³⁵. Pour cette raison, c'était bien souvent le même juge qui était à la fois instructeur et rapporteur¹³⁶. Personne d'autre

¹³¹ Sur la possibilité pour le juge de poursuivre sans réquisitions du ministère public sous l'empire de l'ordonnance criminelle, voir JOUSSE (D.), *Traité de la justice criminelle en France*, tome III, Debure père, Libraire, 1771, p. 66. L'auteur note que « c'est une maxime qui ne souffre aucune difficulté, que les fonctions du ministère public, quant à la poursuite des crimes, résident éminemment dans les juges ; et que par une conséquence nécessaire, les juges peuvent poursuivre la punition d'un crime, et en informer indépendamment des procureurs du roi, ou fiscaux (...). Il n'est même pas nécessaire que cette information soit précédée d'une plainte de la partie publique ; et dès qu'un délit est notoire, ou qu'il y en a une dénonciation faite au juge, ce dernier est en droit d'en informer par lui-même ».

¹³² Devant le magistrat instructeur, un huissier lisait à chaque témoin, à huis clos, sa déposition, et lui demandait sous serment s'il entendait la confirmer. Il s'agissait de donner à chaque témoignage la certitude la plus parfaite, puisque c'est sur les procès-verbaux – à l'exclusion des témoignages oraux – que les juges du siège se faisaient une opinion.

¹³³ L'inculpé se voyait ainsi confronté avec chacun des témoins, ce qui lui permettait de formuler des reproches, c'est-à-dire d'indiquer pourquoi il soupçonnait tel ou tel témoin d'avoir porté contre lui un témoignage irrecevable (parce que mensonger ou en raison des liens de parenté existant avec les victimes).

¹³⁴ L'affrontation consistait à mettre en présence des inculpés ayant donné des versions contradictoires.

¹³⁵ En ce sens, POTHIER (R.-J.), *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, tome 9, *Traité de la procédure criminelle*, Pichont-Béchet, Paris, 1827, p. 428 : « (...) lorsque le procès a reçu son entière instruction, et que le procureur du roi, ou fiscal, après en avoir pris communication, l'a remis au greffé avec ses conclusions cachetées, le procès doit être remis à l'un des juges, qui en fait le rapport au siège assemblé ». *Contra*, SERPILLON (F.), *Code criminel ou commentaire sur l'ordonnance de 1670*, Périsse, Lyon, 1767, p. 1030 : dans les bailliages, les lieutenants criminels « ont droit de rapporter tous les procès de leur juridiction, ce droit est fondé sur un édit de 1553 ».

¹³⁶ En ce sens, J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, n° 107, p. 220 ; ESMEIN (A.), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, *op. cit.*, p. 238, qui s'étonne du silence de l'ordonnance sur ce point et, tout en condamnant la pratique, relève que, si l'ordonnance de Blois (art. 130) avait voulu supprimer la pratique, puisque, le rapporteur opinant le premier lors du délibéré, elle laisse le procès à l'entière discrétion du lieutenant criminel, celle-ci ne visait cependant que les Parlements.

que les juges n'assistait à la visite du procès et au rapport. Les gens du roi eux-mêmes en étaient exclus¹³⁷.

22. Ce rôle déjà très secondaire du ministère public d'Ancien Régime dans la répression pénale fut encore amoindri sous la Révolution. Séduits par un procès pénal anglais dont ils ne voulaient pas voir toutes les faiblesses, les révolutionnaires supprimèrent en effet l'institution elle-même en lui substituant un commissaire du roi, nommé par le roi, chargé de veiller à l'exécution de la loi, et un accusateur public élu chargé de poursuivre sur les actes d'accusation admis par les premiers jurés¹³⁸.

Dans la procédure criminelle, le commissaire du gouvernement n'intervenait pas au stade préparatoire. La loi des 16-29 septembre 1791 « sur la police de sûreté, la justice criminelle et l'institution des jurés »¹³⁹ avait en effet confié les fonctions de police de sûreté¹⁴⁰ aux officiers de police – composés des officiers de gendarmerie nommés par le roi et du juge de paix élu qui pouvait se saisir d'office –, sous le contrôle du directeur du jury. Le commissaire du roi n'intervenait, pour rendre ses conclusions, qu'au stade de la mise en accusation et, en cas de verdict de culpabilité, au stade décisoire pour requérir l'application de la peine devant le tribunal criminel. L'accusateur n'intervenait quant à lui qu'au stade décisoire, devant le jury, pour produire les témoins à charge, exposer l'affaire et parler pour

¹³⁷ Titre XXIV, art. 3.

¹³⁸ En ce sens, L. DRUGEON, « Les sources du droit procédural révolutionnaire : une voie française ? » in J. HAUTEBERT et S. SOLEIL, *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, tome 2, « Le code de 1808 et la procédure criminelle en Europe. Législation procédurale et enjeux politiques », Actes du colloque organisé à Angers les 18 et 19 oct. 2007 par le Centre d'histoire du droit de Rennes 1, Paris, éditions juridiques et techniques, 2008, p. 13 et s., spéc. n° 15, p. 17 : « (...) il s'agissait de ne conserver de l'exemple anglais que ce que l'on percevait, ou ce que l'on voulait percevoir ». Sur les réformes révolutionnaires, voir F. GIGOT, *Les doctrines de l'Assemblée constituante relatives à l'organisation judiciaire (1789-1791)*, Thèse, Paris, 1952 ; E. BERGER, *La justice pénale sous la Révolution. Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, PUR, 2008 ; J.-J. CLERE, « Les constituants et l'organisation de la procédure pénale » in M. VOVELLE (dir.), *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?*, tome 2, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 sept. 1986, CNRS-Université d'Orléans, Paris, PUF, 1988, p. 451, qui relève que « la séparation fondamentale, de l'action (accusateur public) et de la réquisition (commissaire du roi), permettait aux constituants d'atténuer deux antinomies : la sûreté individuelle et l'ordre social » ; J.-L. HALPERIN, « Continuités et ruptures dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 » in X. ROUSSEAU, M. S. DUPONT-BOUCHAT et C. VAEL, *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèle Français et traditions nationales (1780-1830)*, L'Harmattan, Paris, 1999, p. 109 et s.

¹³⁹ L'intégralité des dispositions de la loi des 16-29 septembre 1791 est rapportée lors de la séance de l'Assemblée nationale du 16 septembre 1791. Voir MADIVAL (J.) et LAURENT (E.) (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1799*, première série, tome XXX, Société d'imprimerie et librairie administratives et des chemins de fer Paul Dupont, Paris, 1888, pp. 695-712. L'instruction sur la procédure criminelle est, quant à elle, rapportée lors de la séance du 29 septembre 1791 in MADIVAL (J.) et LAURENT (E.) (dir.), *ibid.*, pp. 642-668.

¹⁴⁰ L'instruction du 21 octobre 1791 définissait ainsi les pouvoirs de police judiciaire : ils consistent « 1° A recevoir les plaintes ou dénonciations qui leur sont portées. 2° A constater par des procès-verbaux les traces des délits qui en laissent quelques-uns après eux, et à recueillir les indications sur les individus qui s'en sont rendus coupables. 3° A entendre les individus inculpés de délits, et à s'assurer, s'il est possible, de leur personne ». Voir ainsi, *Instruction sur la procédure criminelle* préc., *loc. cit.*, p. 643.

l'accusation. Ainsi, c'était le juge de paix qui était chargé de poursuivre et disposait en même temps de pouvoirs d'instruction, tandis que le directeur du jury complétait l'instruction et le président du tribunal criminel dirigeait l'audience.

Dans la procédure correctionnelle, régie par la loi du 19-22 juillet 1791¹⁴¹, le juge de paix pouvait aussi s'autosaisir en cas de flagrant délit et, si la partie lésée et le procureur de la commune pouvait saisir le juge de paix, seul le juge de paix pouvait renvoyer le prévenu à l'audience du tribunal correctionnel. Or, le tribunal était composé dans les petites villes du juge de paix ayant décidé du renvoi, assisté d'un certain nombre d'assesseurs¹⁴².

23. Aussi, comme en Angleterre, la faiblesse du ministère public entraînait-elle la dégradation de la juridictionnalisation de la répression. A l'autosaisine du juge s'ajoutait, sous l'Ancien Régime, son rôle essentiel d'investigateur et de rapporteur. A l'autosaisine en matière criminelle s'ajoutait, sous la Révolution, sa participation au jugement en matière correctionnelle.

b. La renaissance du ministère public et la restauration de la posture du juge français

24. La restauration de la posture du juge s'opère progressivement, sous l'Ancien Régime, par des restrictions à l'adage « Tout juge est procureur général » et, sous le Consulat, avec la loi du 7 pluviôse an IX.

25. Une tentative de restauration fut en effet entamée sous l'Ancien Régime par la restriction progressive de la portée de l'adage « Tout juge est procureur général ». Si l'émergence du ministère public, au milieu du XIV^{ème} siècle, ne remit pas immédiatement en cause la faculté d'autosaisine du juge, la doctrine et la jurisprudence étaient venues progressivement limiter l'application de la règle¹⁴³. Pour empêcher les abus de la poursuite

¹⁴¹ L'intégralité des dispositions de la loi des 19-22 juillet 1791 est rapportée lors de la séance de l'Assemblée nationale du 19 juillet 1791. Voir MADIVAL (J.) et LAURENT (E.) (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1799*, première série, tome XXVIII, Société d'imprimerie et librairie administratives et des chemins de fer Paul Dupont, Paris, 1887, pp. 425-433.

¹⁴² Loi des 19-22 juillet 1791, art. 46. Comme le relève Jean-Jacques Clère, « les juges de paix à qui le législateur avait déjà confié la police de sûreté se voient attribuer le jugement des infractions à la police correctionnelle ». Voir J.-J. CLÈRE, « Les constituants et l'organisation de la procédure pénale », art. préc., *loc. cit.*, p. 453.

¹⁴³ Sur cette question, voir M.-Y. CREPIN, « Le rôle pénal du ministère public » in J.-M. CARBASSE (dir.), *Histoire du Parquet*, PUF, Paris, 2000, p. 82.

d'office par le juge, la pratique avait édicté des règles restrictives. L'information d'office n'avait lieu qu'à l'égard des crimes publics et non des délits privés, lesquels n'exigeaient pas la poursuite du ministère public. De plus, le juge ne pouvait informer arbitrairement et sans cause : il fallait que l'existence du crime fut, sinon prouvée, du moins rendue vraisemblable par des indices sérieux tels que la dénonciation, la clameur publique, la notoriété¹⁴⁴. Surtout, si la maxime « Tout juge est procureur général » impliquait la possibilité pour le juge de s'autosaisir en cas d'abstention du ministère public, elle ne remettait toutefois pas en cause l'indépendance de celui-ci dans l'exercice de ses fonctions¹⁴⁵.

26. La restauration n'aboutit toutefois que sous le Consulat. Le 17 nivôse an IX, le conseiller d'Etat Boulay présenta devant le corps législatif un projet de loi relatif « à la poursuite des délits dont la connaissance appartient aux tribunaux de police correctionnelle et aux tribunaux criminels », projet qui s'inscrivait dans la volonté de renforcer les prérogatives du gouvernement dans la répression des infractions. Antérieurement, l'article 63 de la Constitution du 22 frimaire an VIII avait supprimé l'accusateur public et confié ses fonctions au commissaire. L'idée principale de ce projet, précisait Boulay, « est de distinguer la poursuite d'avec le jugement, de confier tout ce qui tient à l'une à des agents du gouvernement, et tout ce qui tient à l'autre à des hommes qui en soient indépendants »¹⁴⁶. Or, constatait-il, la poursuite est confiée dans le système actuel aux juges

¹⁴⁴ MARIOTTE (H.), *Le principe inquisitoire, ses origines, sa nature, son évolution dans le droit français (Essai d'introduction aux projets de réforme du code d'instruction criminelle)*, Thèse, Paris, 1902, p. 101.

¹⁴⁵ L'incompatibilité des fonctions de poursuite et d'instruction, qui a pour corollaire l'indépendance des officiers du ministère public et des juges, fut ainsi connue de l'ancien droit. Elle ne fut cependant perçue que positivement, dans l'exercice des fonctions de chacune de ces autorités, par le corollaire qu'elle implique, c'est-à-dire l'indépendance de chacune d'elles, et non négativement, dans l'abstention de celles-ci. Une lettre du 11 mars 1730 du chancelier d'Aguesseau le confirme. Par cette lettre, d'Aguesseau transmettait au Parlement de Rouen un arrêt du conseil du roi qui annulait un arrêt de ce Parlement, rendu, les chambres assemblées, sur les réquisitions d'un conseiller qui, se transformant en procureur général, avait fait ordonner une nouvelle audition de témoins dans une affaire criminelle, quoique le procureur général eût déclaré que cette mesure était inutile, et même contraire à l'ordonnance. Il y examine ainsi la portée de l'adage « Tout juge est procureur général » et lui donne une portée restrictive. Il démontre qu'un tel adage ne se vérifie que de deux manières seulement : d'une part, les juges ne sont aucunement obligés de suivre le sens des conclusions développées par les gens du roi ; d'autre part, dans l'hypothèse rare où les gens du roi refusaient de donner des conclusions dans une affaire, la cour, après les avoir avertis et averti le roi, pouvait commettre un conseiller pour les remplacer. Voir ainsi, D'AGUESSEAU (H.-F.), « Lettre LXXVIII » in *Œuvres choisies de d'Aguesseau, Chancelier de France*, tome VI, Elibron classics, 2006 (réimpression de l'édition parue en 1819 aux éditions Lefèvre), p. 333. Sur la lettre de d'Aguesseau, voir MANGIN (M.), *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle, op. cit.*, n° 98. Voir également, GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome I, Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1907, n° 146-147, pour qui la règle de l'incompatibilité ne fut connue que « par rapport au mode d'exercice des fonctions du ministère public, mais non par rapport à l'abstention de ces mêmes fonctions ».

¹⁴⁶ Séance du Corps législatif du 17 nivôse an IX in MADIVAL (J.) et LAURENT (E.) (dir.), *Archives parlementaires de 1800 à 1860*, tome II, Consulat : du 29 frimaire an IX au 8 frimaire an X, Librairie administrative de P. Dupont, Paris, 1863, p. 76.

de paix et aux directeurs du jury, organes qui sont indépendants du gouvernement. Surtout, « le défaut le plus sensible dans ce système, c'est qu'au premier, comme au second degré de l'instruction, le même homme est tout à la fois chargé de poursuivre et de décider, de présenter les preuves, et de les constater ; c'est qu'en un mot il réunit deux caractères que toute bonne législation a regardé comme incompatibles dans la même personne, celui de partie et celui de juge ». La restauration de la posture du juge, qui transitait dans la loi par la séparation de la poursuite et de l'instruction, fut unanimement approuvée et le projet adopté¹⁴⁷.

La loi du 7 pluviôse an IX créait ainsi dans chaque arrondissement des substituts du commissaire du gouvernement, nommés par le premier consul et révocables à volonté, chargés de la recherche et de la poursuite de tous les délits et de tous les crimes (art. 1 et 24). Ils recevaient les dénonciations et les plaintes (art. 3) et étaient destinataires des procès-verbaux dressés par les juges de paix et les officiers de gendarmerie. Ces derniers, qui pouvaient également recevoir les plaintes et les dénonciations, se voyaient attribuer la charge de dénoncer les infractions aux substituts, de dresser les procès-verbaux et même de faire saisir les prévenus en cas de flagrant délit et de clameur publique (art. 5). Le suspect appréhendé devait être conduit dans le plus bref délai devant le substitut, qui décernait un mandat de dépôt permettant l'incarcération de celui-ci dans la maison d'arrêt (art. 6 et 7). Passé un délai de vingt-quatre heures, le directeur du jury devait être averti, et les pièces de la procédure devaient lui être transmises (art. 7). L'instruction se déroulait ensuite sous la direction du directeur du jury et les réquisitions du substitut qui agissait de concert : le premier décidait de tout acte de procédure et d'instruction après avoir obligatoirement entendu le second en ses réquisitions (art. 12). Le directeur interrogeait le prévenu, se transportait sur les lieux, soit en personne, soit en commettant les juges de paix ou les officiers de gendarmerie, entendait les témoins indiqués par le substitut ou par la partie plaignante (art. 13 et 14). Le directeur pouvait, en toute hypothèse, recommencer, quand il

¹⁴⁷ Costé considère ainsi que le projet « établit une distinction nécessaire, et qui n'existe point dans l'ordre des choses actuels, entre le juge et la partie publique » et que le juge de paix « ne cumulera plus ces embarrassantes et incohérentes fonctions de poursuivre et de concourir à la punition, s'il s'agit d'une affaire de police correctionnelle, ou de décerner le mandat d'arrêt, s'il est question d'un procès criminel. Il sera naturellement plus dégagé de préventions, lorsqu'il statuera sur des preuves que lui-même n'aura point rassemblées ; et plus libre de préjugés, lorsqu'il prononcera sur une plainte qui ne sera point son ouvrage ». Voir ainsi la séance du Tribunal du 1^{er} pluviôse an IX, *ibid.*, p. 119. Callemet vient également appuyer le projet : « La législation du 3 brumaire an IV, me semble en quelque sorte avoir négligé cette salutaire précaution, en rendant le magistrat chargé de la recherche et de la poursuite le premier juge du prévenu, en lui confiant la puissance du mandat d'arrêt ». Voir ainsi, la séance du Tribunal du 2 pluviôse an IX, *ibid.*, p. 138. Dans le même sens, Chabrol applaudit « à la distinction qu'il établit entre l'action de la police et l'action de la justice qui, jusqu'à présent, avaient été presque entièrement confondues ». Voir ainsi la séance du Tribunal du 3 pluviôse an IX, *ibid.*, p. 144 et s.

le jugeait convenable, tout acte de procédure et d'instruction déjà effectué (art. 8). Une fois l'affaire suffisamment instruite, le directeur en ordonnait communication au substitut qui formulait, dans les trois jours, ses réquisitions écrites, puis rendait une ordonnance de mise en liberté ou de renvoi devant le tribunal de simple police, le tribunal de police correctionnelle ou le tribunal criminel, le renvoi devant cette dernière juridiction portant toujours mandat d'arrêt contre le prévenu (art. 15). L'acte d'accusation était alors dressé par le substitut et le directeur du jury faisait, en sa présence, lecture des pièces au jury d'accusation (art. 20).

La loi retranchait ainsi la police judiciaire de l'emprise du directeur du jury, pour la placer sous les ordres du substitut du commissaire du gouvernement¹⁴⁸, et s'appuyait sur la séparation de la poursuite et de l'instruction, pour rétablir l'autorité du gouvernement tout en restaurant la figure du juge¹⁴⁹.

27. Conclusion : la vocation libérale du ministère public. Cette comparaison historique a permis de mettre en lumière les entrelacs du ministère public et de la juridictionnalisation de la répression pénale.

La naissance en Angleterre et la renaissance en France d'une autorité spécifiquement en charge des poursuites a permis de restaurer la juridictionnalisation de la répression pénale : à défaut de ministère public, la faiblesse de tout système de poursuites citoyennes impose au juge de dégrader son office par l'autosaisine¹⁵⁰. Le ministère public peut dès lors

¹⁴⁸ Sur cette question, voir E. BERGER, « Les origines du juge d'instruction sous la Révolution, le Consulat et l'Empire » in J. J. CLERE et J.-C. FARCY (dir.), *Le juge d'instruction, Approches historiques*, Editions universitaires de Dijon, coll. « Institutions », Dijon, 2010, pp. 22-23. Voir également, J.-H. ROBERT, « Le code des délits et des peines du 3 brumaire an IV et sa marque dans le droit pénal actuel » in Université Panthéon-Assas (Paris II), *Code pénal et code criminel. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris, 2010, p. 37 et s., spéc. p. 50 et s.

¹⁴⁹ En ce sens, J.-L. HALPERIN, « Continuités et ruptures dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 » in X. ROUSSEAU, M. S. DUPONT-BOUCHAT et C. VAEL, *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèle Français et traditions nationales (1780-1830)*, op. cit., p. 123 : « La répartition des compétences entre le magistrat de sûreté et le directeur du jury pouvait être présentée comme une séparation bienvenue de la poursuite et de l'instruction ». Voir également, J.-J. CLERE, « L'instruction préparatoire depuis les réformes du Consulat et de l'Empire jusqu'à la promulgation du code de procédure pénale (1799-1958) » in J. J. CLERE et J.-C. FARCY (dir.), *Le juge d'instruction, Approches historiques*, op. cit., p. 193, pour qui les auteurs de la loi du 7 Pluviôse an IX expriment « la volonté de reprendre l'action publique » et invoquent, pour ce faire, « l'ancien principe selon lequel le pouvoir de poursuivre et celui d'informer ne doivent pas être réunis dans une même main. Mais le contexte a changé. L'ancien droit opposait ce principe au ministère public afin de limiter ses pouvoirs. En l'an IX, c'est l'inverse : le principe est opposé au juge chargé de l'instruction pour lui enlever l'action publique et la confier au commissaire du gouvernement près le tribunal criminel et à ses substituts » ; ESMEIN (A.), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, op. cit., p. 453, qui relevait, à propos des pouvoirs reconnus par la loi au substitut, que « la barrière qu'on déclarait vouloir élever entre l'instruction et la poursuite s'abaissait devant lui ; toutes les pièces se concentraient entre ses mains et il ordonnait la détention préventive ».

¹⁵⁰ Sur la saisine d'office, voir MARTIN (R.), « La saisine d'office du juge (Essai sur sa signification) », *JCP G* 1973, IV, 6136, p. 231 et s., spéc. p. 235, qui insiste sur ce que l'office juridictionnel du juge civil est

apparaître dans l'histoire comme un instrument de technique juridique suscité tout à la fois par l'organisation des formes juridictionnelles et pour la préservation de ces formes¹⁵¹. Aussi, si l'institution du ministère public, traduite comme l'institution du juge, l'étatisation de la répression, permet-elle, à la différence d'une répression confiée au seul juge – et malgré l'apparent paradoxe –, la juridictionnalisation véritable de la répression.

On perçoit donc le rôle fondamental qu'a joué l'institution d'un poursuivant public dans le processus de juridictionnalisation : garantir l'efficacité de la répression – par l'étatisation des poursuites –, mais dans la juridictionnalisation – puisque la poursuite est la condition de cette juridictionnalisation¹⁵². Aussi, l'étatisation des poursuites n'est-elle pas tant la

incompatible avec toute saisine d'office – *ne judex procedat ex officio* – et qu'en conséquence, dans une telle hypothèse, « [u]ne fonction administrative a été confiée au juge, qui la remplit selon les formes et les moyens de l'administration, au lieu et place d'un fonctionnaire d'exécution » ; G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, p. 575 et s., spéc. p. 582, pour qui la fonction du juge suppose l'extériorité : « Ce qu'il y a d'essentiel dans la fonction de juger, c'est que le juge est complètement extérieur au litige. Le juge n'intervient qu'à titre de juge. Sa seule relation avec l'affaire en cause, c'est précisément qu'il en est le juge (...). C'est ainsi qu'on doit comprendre la règle qui interdit au juge de se saisir lui-même car l'autosaisine démontrerait qu'il se sent concerné par l'affaire » ; ROLLAND (B.), « Réflexions sur la saisine d'office » in *De code en code. Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, Paris, 2009, p. 685 et s., spéc. n° 17, p. 694, qui relève que la saisine d'office met en cause l'impartialité du juge civil et que « le remède est à rechercher dans le développement du rôle du ministère public en matière civile (...) ; cette nette séparation des fonctions permettrait d'assurer que l'impartialité existe objectivement et contribuerait sans conteste possible, à la sérénité de la justice ». Sur les manifestations du pouvoir du juge civil de se saisir d'office, voir C. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil » in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 810-811.

¹⁵¹ Sur la technique juridique, voir GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, tome 3 : *Elaboration technique du droit positif*, Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1921, n° 182, pp. 17-18, pour qui la technique juridique se définit comme une forme par laquelle le juriste doit « s'efforcer de modeler ce que lui offre le monde, eu vue de réaliser, pratiquement et par le menu, les exigences, un peu théoriques et générales, issues du donné. A cela tend précisément la technique, affaire de volonté plus que d'intelligence, qui se spécifie par son caractère constructif, visant à choisir ou organiser, comme des sortes de 'trucs', les moyens les plus aptes à atteindre les fins suprêmes du droit » ; ROUBIER, (P.), *Théorie générale du droit (Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales)*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, 2005 (réimpression de la 2^{ème} édition parue en 1951 aux éditions Sirey), p. 88, qui envisage la technique juridique comme l'ensemble des moyens par lesquels est traduit, à l'état de règle, le but qui a été entrevu par la politique juridique, « l'art des moyens juridiques, qui doivent permettre d'atteindre le but recherché par la politique juridique » ; DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, La mémoire du droit, Paris, 2001 (réimpression de l'édition parue en 1911 à la Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence), p. 53, qui parle de « l'habileté à adopter les moyens à des fins déterminées ». Voir également, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social », *D.* 2004 p. 711 et s., qui distingue une conception instrumentale et une conception constructive de la technique : si la première envisage « le rapport entre les fins et les moyens et tend à dissimuler son existence », la seconde s'intéresse à l'aptitude de la technique « à produire une réalité sociale, ce qui permet de garder conscience de son intervention ».

¹⁵² En ce sens, J.-H. ROBERT, « De la nécessité d'un ministère public » in O. CAYLA et M.-F. RENOUX-ZAGAME, *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2001, p. 228 : « Un parquet partie demanderesse, distinct du juge est, dans l'abstrait, une nécessité qui découle de la notion même de procès : à la différence du scientifique, le juge ne découvre pas la vérité par l'observation et par les mesures, mais par la confrontation de thèses contradictoires ; il suppose que les erreurs et mensonges d'un plaideur seront corrigés par les réfutations de son adversaire, de sorte que les seules affirmations qui sortent intactes d'un procès expriment le vrai. L'institution du parquet présente aussi un avantage inspiré par l'équilibre des pouvoirs cher à Montesquieu et à la Cour européenne des droits de l'Homme : elle évite que les tribunaux ne se saisissent eux-mêmes et ne perdent ainsi leur impartialité ». Voir également, DINTILHAC (J.-

conséquence de l'institution d'un ministère public que la conséquence de la juridictionnalisation de la répression, et la signification profonde de l'institution du ministère public réside-t-elle, d'une part, dans la soumission au principe même de la juridictionnalisation de la répression pénale – le pouvoir de punir est entre les mains du juge – et, d'autre part, dans l'instauration des conditions même de la juridictionnalisation – pour être juge, il faut être tiers et ne pas avoir été partie, donc avoir déclenché les poursuites. L'institution présente ainsi, théoriquement et historiquement, un indiscutable visage libéral puisque, par son entremise, le souverain fait allégeance à la juridictionnalisation de la répression tout en permettant, finalement, la manifestation véritable¹⁵³.

La juridictionnalisation de la répression constitue donc bien la raison d'être de l'institution. Et cette *ratio* limite en retour les prérogatives du ministère public.

B. La juridictionnalisation de la répression pénale, limite aux fonctions du ministère public

28. Admettre que la juridictionnalisation constitue la seule voie qui permette la réalisation du *jus puniendi*, c'est, pour le souverain, consentir à s'autolimiter, refuser tout privilège du préalable coercitif ou rétributif à ses représentants et obliger ceux-ci à emprunter « le chemin le plus long »¹⁵⁴. Aussi, la juridictionnalisation de la répression, que garantit processuellement l'institution du ministère public, limite-t-elle en retour les prérogatives de cette dernière, par les corollaires qu'elle implique : au fond, parce qu'il n'existe pas de réalisation spontanée du droit de punir (1), en la forme, parce que celle-ci emprunte traditionnellement, en France comme en Angleterre, la voie du contentieux obligatoire qui contraint le ministère public à se constituer partie (2).

P.), « Juges et procureurs » in S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale. Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, op. cit., p. 108, pour qui le rôle et la place du ministère public « sont non seulement éminents mais indispensables puisque le juge ne peut en aucun cas se saisir, que ce soit au civil ou dans le domaine pénal ».

¹⁵³ Voir déjà, ORTOLAN (J.-L.-E.), *Éléments de droit pénal : pénalité - juridictions - procédure, suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence avec les données de nos statistiques criminelles*, tome 2, E. Plon et Cie, 5^{ème} éd. rev. complétée et mise au courant de la législation française et étrangère par Albert Desjardins, Paris, 1886, n° 1749, p. 821 : « Aucune juridiction pénale n'est complète sans son ministère public, et ne peut tenir valablement audience sans la présence du ministère public » ; GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome I, op. cit., n° 86, pp. 175-176.

¹⁵⁴ En ce sens, D. SALAS, « Etat et droit pénal. Le droit pénal entre 'Themis' et 'Diké' », *Droits* 1992, n° 15, p. 78, pour qui le droit pénal « cherche à imposer à l'Etat qui veut immédiatement punir le plus long détour, soit le débat contradictoire, le doute, l'individualisation, ou, plus généralement, les droits de la personne (...) ».

1. L'absence de réalisation spontanée du droit de punir

29. Si la juridictionnalisation de la répression est tributaire de la présence d'un ministère public qui fait face au mis en cause, le ministère public est, lui, esclave de la juridictionnalisation. Le *jus puniendi* ne se réalise en effet que par la voie – la voix¹⁵⁵ – du juge, et donc par la voie de la juridiction¹⁵⁶. Cette absence de réalisation spontanée a pour

¹⁵⁵ Sur l'acte de punir comme acte de langage, voir M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, vol. 101, Bruxelles, 2005.

¹⁵⁶ En ce sens, pour la doctrine anglaise, voir WILLIAMS (G.), « The definition of crime », (1955) 8 (1) *Current Legal Problems* 107, qui considérerait qu'il ne pouvait y avoir de définition substantielle de l'infraction : « Une infraction est un acte susceptible d'entraîner des poursuites ayant un résultat répressif. On pourrait dire de cette façon que, tout comme un projecteur de film jette une image sur l'écran, l'activité de la justice pénale produit le fantôme de l'infraction » ; également, A. ASHWORTH et L. ZEDNER, « Defending the Criminal Law : Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure and Sanctions », (2008) 2 *Crim. Law and Philos.* 22, qui relèvent « le lien étroit entre le droit pénal et la procédure pénale ». Pour la doctrine française, voir GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome I, *op. cit.*, n° 1, p. 3 : « Dans le domaine de la pénalité, les lois de forme sont inséparables des lois de fond, car toute répression, c'est-à-dire toute mise en œuvre des lois pénales, implique un procès et un jugement préalables » ; DUGUIT (L.), *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, 2003 (réimpression de l'édition parue en 1901 aux éditions Fontemoing), p. 218 : « Un délit infraction est accompli ; il naît seulement un pouvoir objectif de répression, non une situation subjective. S'il y en avait une, on devrait, d'après une expression commode, considérer l'auteur du délit comme débiteur de la peine, dès que l'infraction a été commise. Or, il n'en est point ainsi » ; ROUBIER (P.), *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, 2008 (réimpression de la 2^{de} édition parue en 1960 aux éditions Dalloz et Sirey), n° 90 II, p. 465 : « Le droit pénal ne connaît pas de droits subjectifs, mais seulement des situations juridiques objectives. Or, pour mesurer l'application d'une loi nouvelle dans le temps aux situations juridiques, il faut savoir, en premier lieu, comment elles s'établissent. A cet égard, pour que la situation qui donne à l'Etat le pouvoir de faire exécuter une peine et qui crée pour le condamné le devoir de la subir, un double élément est nécessaire : il faut : 1° une infraction, 2° un jugement » ; M. BANDRAC in S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., Paris, 2003, n° 748, p. 1083 : « Il n'y a pas de réalisation spontanée du droit pénal : sans jugement de condamnation il n'est pas de peine qui soit due et qui puisse être volontairement subie » ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Lexisnexis, 10^{ème} éd., Paris, 2014, n° 9, p. 9 : « La particularité de la procédure pénale par rapport à la procédure civile, c'est déjà qu'elle constitue l'application obligatoire du droit pénal, lequel se conçoit mal sans procès, donc sans procédure. La procédure pénale est la suite inéluctable de la commission d'une infraction (tout au moins de sa révélation), de l'application des incriminations pénales, alors que la procédure civile est un accident dans une société civile qui ne doit pas se confondre avec le procès. Le droit pénal suppose un procès ; le droit civil comme le droit commercial peuvent s'en passer » ; VIZIOZ (H.), « Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de droit public », paru dans la *Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'Etranger* en 1931, repris in *Etudes de procédure*, Dalloz, coll. « Bibliothèque », Paris, 2011, p. 61, *ad notam* : « L'exécution de la loi pénale présuppose toujours un jugement de condamnation, c'est-à-dire un acte juridictionnel, alors même que ni le fait punissable, ni la portée de la loi pénale ne pourraient être mis en doute et ne seraient contestés par l'inculpé » ; P. CONTE, « 'Effectivité', 'Inefficacité', 'Sous-effectivité', 'Surefficacité'... : variations pour droit pénal » in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle. Etudes offertes à P. Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 125 et s., spéc. n° 14, p. 131 : « (...) le droit pénal, s'il est considéré comme le droit de la sanction par excellence, n'a de signification véritable qu'avec la peine effective, ce qui explique le lien étroit qui l'unit à la procédure pénale : sous ce rapport du moins, le droit pénal ne se réalise que par le contentieux » ; E. VERGES, « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007, p. 1441 et s., qui relève ce particularisme mais constate sa relativité en raison de l'émergence en droit français de la méditation-réparation et de la composition pénale ; J. DANET, « La procéduralisation en droit pénal : quels enjeux pour la défense ? » in C. PIGACHE (textes réunis par), *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, Publications de l'université de Rouen, Rouen, 2004, p. 200, qui relève que le droit pénal est « un droit contentieux par essence et on pourrait penser qu'il a donc dû

conséquence deux corollaires qui viennent traditionnellement cantonner le ministère public dans un rôle de plaideur. D'une part, quant à la modification de l'ordonnancement juridique, l'effet substantiel de la répression relève du monopole de l'acte juridictionnel (a). D'autre part, quant à la méthode de réalisation du *jus puniendi*, la structure de la règle de droit répressive présente un particularisme marqué (b).

a. L'effet substantiel de la répression : un monopole de l'acte juridictionnel

30. *L'effet substantiel de la règle répressive, résultat de la décision du juge.*

Comparées à la majorité des règles substantielles civiles, les règles de droit pénal substantiel présentent une « anomalie », pour reprendre l'expression du Doyen Héron¹⁵⁷ : celle de ne pas connaître d'autre réalisation que juridictionnelle.

La réalisation du droit privé est en effet majoritairement spontanée, comme le montrent les règles de la responsabilité civile délictuelle. La réunion des conditions posées par l'article 1382 du code civil – la faute, le préjudice et le lien de causalité entre la faute et le préjudice – ou déterminées par le *tort law* constitue la condition à la fois nécessaire et suffisante de la création de l'effet de droit, c'est-à-dire la naissance d'un droit à réparation, et les parties peuvent elles-mêmes valablement tirer les conséquences de la réunion de ces éléments. Le paiement effectué spontanément par le débiteur de la dette de réparation verrait sa validité reconnue par l'ordre juridique : aucune action en répétition ne serait fondée, la créance de réparation serait cessible et l'action du créancier préalablement désintéressé se verrait déclarée irrecevable, faute d'intérêt à agir. Aussi, comprend-t-on que la victime n'ait besoin de solliciter l'intervention du juge qu'en cas de contestation du débiteur des conditions requises par la règle pour que se produise l'effet de droit – par exemple, de l'existence de l'un des éléments générateurs de la responsabilité – ou des conséquences résultant de l'effet produit par la règle – par exemple, le montant de la dette de réparation¹⁵⁸.

A l'inverse, lorsque le délit ou le quasi-délit civil, le *tort* anglais, présente cette particularité de constituer une infraction pénale, la création de l'effet juridique proprement

s'attacher depuis longtemps les services de la procédure, nouer avec elle des relations étroitement tissées mais du coup équilibrées, stabilisées, qu'il est donc déjà parfaitement processualisé ».

¹⁵⁷ HERON (J.), « Eléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif* 1992 - 4, *Cahier de méthodologie juridique*, n° 7, *Modes de réalisation du droit*, n° 6, p. 964.

¹⁵⁸ On pourrait multiplier les exemples : tel est également le cas de la conclusion du contrat, laquelle s'opère, sauf formalisme requis *ad validitatem* (donation par exemple), *solo consensu*.

répressif est, en raison de la juridictionnalisation de la répression, subordonnée à une condition supplémentaire : une décision du juge¹⁵⁹. La survenance du fait répondant à la description dressée par la règle d'incrimination ne produit spontanément aucun effet substantiel. Elle ne modifie pas, sous l'angle répressif, l'ordonnement juridique : la personne demeure dans la même situation juridique, c'est-à-dire présumée innocente, et ne saurait se voir infliger une peine. Elle peut, certes, produire des effets procéduraux¹⁶⁰, mais l'effet substantiel demeure toujours subordonné à l'intervention du juge. En conséquence, les protagonistes, et particulièrement le ministère public, ne peuvent eux-mêmes valablement tirer les conséquences de la réunion des éléments décrits par la règle. L'amende éventuellement réglée serait sans cause, et la peine d'emprisonnement spontanément exécutée constituerait une détention arbitraire¹⁶¹.

31. *Le particularisme de la structure de la règle de droit répressif substantiel.*

Cette absence de réalisation spontanée du droit pénal a une incidence sur la méthode de réalisation du *jus puniendi*, parfaitement mise en lumière lorsque l'on recourt à une analyse de la structure de la norme. Selon cette méthode empruntée à Stammler et diffusée en France par Motulsky, la règle comporte une structure logique, indépendante de sa rédaction¹⁶² et de l'auteur de la règle – juge ou législateur. Cette structure laisse en effet apparaître une présupposition suivie d'un effet juridique¹⁶³.

¹⁵⁹ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Thémis Droit privé », 6^{ème} éd., Paris, 2005, p. 187 : « Les dispositions de la loi pénale ne peuvent développer leurs effets qu'à travers des décisions judiciaires. Cette caractéristique distingue radicalement le droit pénal et le droit civil : une obligation de droit privé peut naître, être exécutée et s'éteindre parce que le créancier et le débiteur l'ont voulu et sans qu'ils aient jamais requis le secours d'aucune autorité publique, et c'est même là le mode de réalisation le plus désirable du droit civil. Au contraire, les citoyens n'ont pas le pouvoir d'appliquer spontanément le droit pénal en emprisonnant les coupables et en prélevant les amendes, quand bien même les faits criminels seraient évidents et la faute, certaine. Seuls, en principe, les tribunaux mettent en œuvre les règles du droit criminel, en observant une procédure contradictoire qui est une précieuse garantie pour les libertés individuelles ».

¹⁶⁰ Sur la distinction entre effets procéduraux et effets substantiels d'une décision, voir H. PEROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 430, Paris, 2005, n° 71-74, pp. 52-54. Voir également, S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. « Précis », 32^{ème} éd., Paris, 2014, n° 1087-1089, pp. 761-763.

¹⁶¹ Aussi, serait-il possible de considérer que la victime d'un délit civil ne peut agir en justice que parce qu'elle n'a pas été indemnisée, alors que la victime d'un délit pénal ne peut trouver satisfaction qu'en agissant en justice. En un sens, comme le relevait Kelsen, « le délit civil consiste en la non réparation du dommage ». Voir ainsi, KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'Etat*, LGDJ et Bruylant, Paris, 1997 (réimpression de l'édition parue en 1945 à New-York aux éditions Russell and Russell Publishers), p. 106.

¹⁶² MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Dalloz, Paris, 1991 (réimpression de l'édition parue en 1948 à la Librairie du Recueil Sirey), n° 16, p. 18. Sur l'analyse structurale, voir également, C. GRIMALDI, « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.* 2007, p. 1448.

¹⁶³ D'autres termes peuvent être employés. Voir ainsi, P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, coll. « Bibliothèque de droit international privé », vol. XVII, Paris, 1973, n° 59, p. 43, et DABIN (J.), *Théorie générale du Droit*, Dalloz, 3^{ème} éd., Paris, 1969, n° 60, qui parlent de l'« hypothèse » et de

La règle substantielle de droit privé ordinaire décrit une présupposition comportant des conditions substantielles dont la réunion génère l'effet juridique décrit. Il est cependant possible que l'effet juridique généré rencontre des obstacles à sa réalisation concrète : négation du droit lui-même ou des conséquences patrimoniales attachées à ce droit par le débiteur, par exemple. L'effet juridique ne s'en déclenche pas moins spontanément dès que sont réunis les éléments générateurs décrits par le présupposé de la règle de droit. En conséquence, l'effet juridique joue théoriquement au jour de la naissance des éléments générateurs et le créancier peut ainsi valablement, sans recours au juge, réclamer à son débiteur le bénéfice de l'impératif de la règle.¹⁶⁴ En d'autres termes, l'homogénéité du présupposé – puisqu'uniquement composé d'éléments d'ordre substantiel – permet que la relation d'imputation prévue par la norme entre le présupposé et l'effet juridique s'opère dès la réunion des éléments décrits par ce présupposé. Ainsi, la cause produit-elle l'effet, *ipso jure*. Et la cause peut donc être légitimement assimilée à la source de l'effet juridique.

La règle de droit répressif substantiel, quant à elle, épouse en apparence la même structure logique que la règle de droit privé substantiel : une présupposition décrivant les éléments caractérisant une infraction – élément matériel et élément moral, *actus reus* et *mens rea* selon la terminologie en usage en Angleterre –, suivie d'un effet juridique – la peine encourue. Il existe cependant un particularisme marqué de la structure du présupposé, résultant de la juridictionnalisation de la répression. Ce particularisme réside dans son « hétérogénéité »¹⁶⁵, pour reprendre la formule du Doyen Héron. Comme le relevait cet auteur, la règle répressive « comprend des éléments de droit substantiel (les éléments constitutifs de l'infraction), auxquels s'ajoute l'intervention nécessaire du juge pour que se déclenche l'effet juridique de la règle d'incrimination : le délinquant pris de remords peut certes se livrer aux autorités publiques, mais il ne peut, juridiquement, s'infliger à lui-même la peine qu'il estime mériter »¹⁶⁶. En d'autres termes, la réunion des éléments décrits par le

l'« effet juridique » ; ROGUIN (E.), *La science juridique pure*, tome 1, LGDJ, Paris-Lausanne, 1923, n° 58, qui parle du « fait initial » et de la « prestation » ; DU PASQUIER (C.), *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Delachaux et Niestlé SA, 3^{ème} éd., Neuchâtel, 1948, n° 112, qui parle du « fait juridique » et du « dispositif » ; KORKOUNNOV (N. M.), *General Theory of Law*, The Macmillan Company, 2nd éd., New York, 1922, section 24, p. 176, qui parle, d'une part, d'« hypothèse ou supposition (*hypothesis or supposition*) » et, d'autre part, de « dispositif ou prescription (*disposition or order*) » ; C. GRIMALDI, « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », art. préc., n° 2, qui évoque, quant à lui, la « présupposition » et la « prescription ».

¹⁶⁴ Motulsky définissait ainsi le droit subjectif : « être habilité par l'ordre juridique positif à faire jouer l'effet juridique d'une règle de droit ». Voir MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, *op. cit.*, n° 27, p. 30.

¹⁶⁵ HERON (J.), *Principes du droit transitoire*, Dalloz, Paris, 1990, n° 171, p. 153.

¹⁶⁶ *Ibid.* Le délinquant pourrait certes songer au suicide, mais même dans une telle hypothèse, il ne pourrait s'agir d'un effet juridique et celui-ci n'en demeurerait pas moins innocent. C'était d'ailleurs l'une des raisons

texte d'incrimination ne génère pas l'effet juridique décrit par celui-ci. Pour que se produise l'effet juridique, un élément supplémentaire, inclus dans le présumé et résultant directement de la juridictionnalisation de la répression pénale, est encore nécessaire : la décision d'un juge. Plus précisément, l'ordre juridique ne peut tenir substantiellement compte des éléments décrits dans le présumé que s'ils ont été constatés par un juge – par une décision de culpabilité –, et l'effet juridique décrit par la règle de droit ne peut être appliqué que par la décision d'un juge – par une décision de condamnation.

Aussi, ne peut-on parler, en matière répressive, d'éléments générateurs comme c'est ordinairement le cas en droit privé, mais seulement d'éléments constitutifs de l'infraction, car l'élément générateur de l'effet juridique contenu dans la règle, celui qui déclenche cet effet, c'est la décision du juge¹⁶⁷. Ainsi, le présumé de la règle de droit répressif est complexe et hétérogène¹⁶⁸ : il faut théoriquement distinguer au sein du présumé, d'une part, les éléments qui composent l'infraction, décrits par le texte d'incrimination, et l'élément qui conditionne l'effet juridique, qui constitue juridiquement l'infraction – la

qui justifiaient, sous l'Ancien Régime, le procès fait au cadavre. Voir ainsi, MUYART DE VOUGLANS (P. F.), *Institutes au Droit Criminel*, Lebreton, Paris, 1757, p. 73 et p. 95 et s.

¹⁶⁷ Voir, *a contrario*, en matière civile, MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, *op. cit.*, n° 77, p. 75, qui considérerait que les faits, les circonstances matérielles décrits par la règle substantielle, ne composent pas le droit subjectif, ils ne font que le déclencher : « Ces faits, en un mot, ne sont pas les éléments de la composition, ce sont les éléments de la naissance du droit subjectif ». C'est la raison pour laquelle il parle d'éléments générateurs des droits subjectifs, et non d'éléments constitutifs des droits subjectifs.

¹⁶⁸ Il convient immédiatement de relever que la structure de la norme est indifférente aux pouvoirs du juge quant à la création de la règle répressive ou quant à la détermination du quantum ou des modalités d'exécution de la peine. Ainsi, même si, historiquement, la source principale du droit pénal était, en Angleterre, la jurisprudence et que certaines incriminations demeurent définies par le *common law*, le présumé de la règle de droit répressif demeure hétérogène : les éléments substantiels du présumé – l'*actus reus* et la *mens rea* – ont, certes, une définition d'origine jurisprudentielle, mais la décision du juge demeure nécessaire pour que se produise l'imputation. Sur l'origine jurisprudentielle du droit pénal anglais, voir A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, OUP, 4^{ème} éd., Oxford, 2003, chap. 1.3, p. 6 et s. ; A. T. H. SMITH, « Judicial Lawmaking in the Criminal Law », (1984) 100 *LQR* 46. Sur la *Stare decisis*, voir M. ZANDER, *The Law-Making Process*, Cambridge University Press, 6^{ème} éd., Cambridge, 2004, chap. 4, p. 215 et s. ; P. HARRIS, *An Introduction to Law*, Cambridge University Press, 7^{ème} éd., Cambridge, 2006, p. 199. Voir également, C. JAUFFRET-SPINOSI, « Comment juge le juge anglais ? », *Droits* 1989, n° 9, p. 57 et s. ; H. A. SCHWARTZ-LIBERMANN VON WHALENDORF, « Le juge 'législateur'. L'approche anglaise », *RIDC* 1999, p. 1110 et s. ; J.-L. HALPERIN, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Flammarion, coll. « Champs », Paris, 2006, pp. 23 et 184. De même, dans un système fondé sur la fixité des peines, où le texte d'incrimination déduit un effet juridique qui s'impose au juge ayant constaté la réunion des éléments qu'il décrit, comme le système révolutionnaire français, la réunion des éléments contenus dans le présumé de la règle répressive substantielle ne génère pas automatiquement l'effet juridique qu'elle décrit. L'effet juridique est toujours produit par la décision du juge. Simplement, cette décision ne peut prononcer d'autre effet que l'effet décrit par le texte d'incrimination. Il en va de même dans l'hypothèse de peines automatiques. L'automatisme de telles peines est, en ce cas, attaché à la constatation de l'infraction opérée par le juge, non à la commission de celle-ci ; c'est toutefois, dans ce cas, la décision de culpabilité, elle-même, qui produit l'effet juridique, non une décision distincte. En ce sens, ROUBIER (P.), *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, *op. cit.*, p. 466 : « Même si les pouvoirs du juge sont réduits au minimum, il n'en reste pas moins vrai que son rôle, en matière pénale, ne peut être assimilé à celui du juge de droit privé, chargé de reconnaître et de déclarer les droits existants. Il ne faut pas oublier que la peine n'existe pas, et ne peut pas exister, sans un jugement qui la prononce ».

décision de culpabilité par le renversement de la présomption d'innocence –, et, d'autre part, l'élément qui génère cet effet – la décision de condamnation qui inflige la peine. Et l'hétérogénéité du présupposé – puisque celui-ci est composé à la fois d'éléments d'ordre substantiel et d'ordre processuel – empêche que la relation d'imputation prévue par la norme s'opère dès la réunion des éléments décrits par ce présupposé. Ainsi, la cause ne produit pas l'effet, *ipso jure*. La cause ne peut donc être légitimement assimilée à la source de l'effet juridique. La source de l'effet juridique repose certes sur une cause – la réunion des éléments constitutifs de l'infraction décrits par le présupposé – mais elle résulte de la décision du juge qui, seule, produit la relation d'imputation. C'est la raison pour laquelle le jugement répressif présente une nature constitutive.

b. La nature nécessairement constitutive du jugement de condamnation

32. Ce monopole répressif de la juridiction entraîne une conséquence sur la nature de la juridiction pénale. Le juge se voit chargé de créer une situation juridique, il ne se contente pas de déclarer un droit préexistant. Ainsi, le jugement répressif condamnant une personne ne saurait être déclaratif¹⁶⁹. Il ne peut qu'être constitutif¹⁷⁰. La survenance d'un fait correspondant aux éléments constitutifs d'une infraction n'emporte aucune modification de l'ordonnement juridique : aucun droit subjectif substantiel ne naît, aucune situation juridique n'est modifiée. C'est seulement la décision du juge – décision de culpabilité – qui vient modifier la situation de la personne mise en cause – qui d'innocente se trouve constituée coupable¹⁷¹. Comme l'a relevé un auteur, « le fait dont le juge est saisi est un fait

¹⁶⁹ Sur cette distinction, voir MAZEAUD (L.), « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.* 1929, p. 17 et ., spéc. p 31 : « le rôle du jugement déclaratif est comparable à celui d'un révélateur qui, sur une plaque photographique obscure, fait apparaître l'image invisible, mais déjà imprimée » ; PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, LGDJ, 8^{ème} éd., Paris, 1920, n° 446-449, pp. 162-163 : « Certains jugements, au lieu d'avoir un caractère purement déclaratif, sont en réalité constitutifs de l'état, c'est-à-dire qu'ils donnent aux parties une situation juridique nouvelle. Il y a une bonne raison pour que le principe de l'autorité relative de la chose jugée ne s'applique pas à ces jugements : ils ne sont pas des actes de pure juridiction, destinés à mettre fin à un litige. Le juge ne se borne pas à déclarer la vérité, discutée entre les parties : il crée un état nouveau. Ces jugements sont donc des actes d'autorité, que les magistrats accomplissent en vertu d'un pouvoir spécial, analogue à l'*imperium* des Romains. Ce sont de véritables actes juridiques, créateurs de droits, et il faut les traiter comme tels en leur donnant une autorité absolue. Puisqu'ils confèrent une qualité nouvelle, ils la donnent nécessairement à l'égard de tout le monde, comme pourrait le faire un décret de naturalisation ou un acte d'émancipation ».

¹⁷⁰ En ce sens, voir MAZEAUD (L.), « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », art. préc., p. 24 : si le divorce naît du jugement, « la situation est la même qu'en matière pénale, où la peine, l'amende par exemple, naît du jugement et non du délit qui n'en est que la cause ».

¹⁷¹ Aussi, malgré l'usage, pourrait-on parler de constitution de culpabilité et non de déclaration de culpabilité. De même, si, en raison du principe de légalité, l'on considère légitimement que le juge n'est pas une source du droit pénal, c'est uniquement dans une optique purement substantielle, sous l'angle de la détermination des

matériel prédélictueux dont le caractère délictueux est à prouver »¹⁷². Aucune conséquence substantielle n'est générée par ce fait dans l'ordre répressif : il ne deviendra un fait juridique substantiel qu'après constatation du juge¹⁷³. *A contrario*, s'agissant des décisions statuant en matière de contentieux de la responsabilité civile, il est désormais admis par la doctrine¹⁷⁴ et la jurisprudence françaises¹⁷⁵ que ces décisions sont déclaratives de droit : la créance de réparation naît du jour de la réunion des éléments décrits par le présupposé de la règle de droit.

éléments substantiels du présupposé de la règle de droit répressif. En revanche, si l'on adopte une démarche processualiste, il faut considérer que le juge est l'unique source de la répression. En d'autres termes, si la jurisprudence ne peut être la source du présupposé de la norme répressive, elle est l'unique source de l'effet juridique décrit par ce même présupposé. Voir ainsi, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^{ème} éd., Paris, 2013, n° 114-115, p. 135, pour qui la mission du juge consiste à déclarer le droit, c'est-à-dire en révéler le contenu : « Son action ne saurait aller au-delà des textes, par des initiatives qui reviendraient, non plus à dire le droit, mais à le construire. Son pouvoir est déclaratif et non constitutif, n'étant pas de créer l'interdit, de définir les infractions, ou de suppléer à leurs lacunes, mais de se soumettre aux prévisions de la loi, par une parfaite restitution de ses termes ». C'est parce que la répression est légalisée que les comportements prohibés sont définis par la loi d'incrimination, que le juge ne saurait créer l'interdit, définir les infractions ou suppléer à leurs lacunes. Mais c'est parce que la répression est juridictionnalisée que le jugement répressif ne saurait être déclaratif : il est forcément constitutif. Aussi, la déclarativité du jugement résulte-t-elle de la légalisation de la répression, sa constitutivité résultant, quant à elle, de la juridictionnalisation de celle-ci. Plus précisément, en matière pénale, le jurisprudentiel ne saurait qu'être déclaratif, le juridictionnel ne saurait qu'être constitutif. Sur la distinction entre le jurisprudentiel et le juridictionnel, voir Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2014 (réimpression de la thèse parue en 1972 aux éditions LDGJ), p. 11.

¹⁷² E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, Thèse, Paris, 1969, p. 276.

¹⁷³ En ce sens, voir Kelsen (H.), *Théorie générale du droit et de l'Etat*, *op. cit.*, p. 190 : « Dans l'univers du droit, il n'existe pas de fait 'en soi', de fait 'absolu', il n'y a que des faits établis par un organe compétent au terme d'une procédure prescrite par le droit (...). Les faits n'entrent dans la sphère du droit – leur existence dans cette sphère commence – qu'une fois établis par une procédure juridique. En usant d'une expression quelque peu paradoxale, on dira que l'organe compétent qui établit les faits conditionnant la sanction 'crée' ces faits du point de vue du droit, de sorte que la fonction consistant à établir les faits au terme d'une procédure juridique a toujours un caractère constitutif » ; du même auteur, *Théorie pure du droit*, LGDJ et Bruylant, Paris, 1999 (réimpression de l'édition parue en 1962 aux éditions Dalloz), p. 241 : « Dans la pensée juridique, le fait établi suivant la procédure prévue prend la place du fait en soi qui, dans la pensée non-juridique, conditionne l'acte de contrainte. Seule cette constatation est elle-même un 'fait' ». On voit ainsi la différence fondamentale entre le droit privé et le droit pénal : alors qu'au sein du premier, l'ordre juridique prévoit que les faits peuvent faire jaillir – générer – du droit, puisque le droit leur reconnaît une existence et un effet sans qu'il soit besoin de recourir au juge, au sein du second, les faits ne produisent effet – substantiel – qu'après avoir été constatés – constitués même – par le juge. Voir également, O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, Thèse, Bordeaux, Dalloz, coll. « Bibliothèque des thèses », 2008, n° 85, pp. 55-56, qui relève que le jugement répressif « ferait naître une situation juridique nouvelle, l'infraction ».

¹⁷⁴ P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *LPA* 2004, n° 224, p. 49 et s. Dans le même sens, F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., Paris, 2013, n° 882, p. 939, pour qui, « jusqu'au jugement, la traduction monétaire d'un droit à réparation d'ores et déjà existant n'est pas encore assez précisée. Il n'empêche que le droit à réparation, sans présenter nécessairement la forme d'une créance liquide, a cependant, dès ce moment, la consistance d'un droit subjectif appelant en tant que tel protection et susceptible d'être transmis ou cédé ». Voir également, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, Sirey, coll. « Université », 14^{ème} éd., Paris, 2011, n° 383, p. 495, pour qui, « [e]n tant qu'il consacre le principe du droit à réparation, c'est-à-dire en ce qu'il reconnaît la responsabilité du défendeur et l'existence du dommage, le jugement ne fait que constater les éléments préexistants : à ce titre, il est déclaratif ».

¹⁷⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 11 janv. 1979, *Bull. civ.* II n° 18 ; Cass. soc., 7 déc. 1993, n° pourvoi 90-45.036.

33. Ce particularisme de la répression pénale prive le ministère public de toutes prérogatives répressives substantielles. La juridictionnalisation de la répression l'oblige ainsi, théoriquement, à obtenir du juge la constatation de la réunion des éléments du présumé décrits par la règle par une décision de culpabilité, décision à laquelle est subordonnée l'imputation des effets décrits par la règle, c'est-à-dire l'infliction d'une peine.

2. Un ministère public nécessairement partie

34. Ce monopole de l'acte juridictionnel oblige le ministère public à se constituer partie pour que l'individu qu'il soupçonne soit puni, puisque la juridiction répressive s'est progressivement construite, grâce à lui, sur le principe du contentieux obligatoire de la culpabilité (a) et de la pénalité (b).

a. Le contentieux de la culpabilité : un contentieux traditionnellement obligatoire en France

35. L'une des oppositions souvent mises en avant entre les systèmes français et anglais réside dans le fondement différent sur lequel chacun appuierait sa théorie de la juridiction.

La tradition de *common law*, issue des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles, époque à laquelle se construit l'*adversarial trial*, dessine en effet progressivement l'image d'un procès pénal destiné à résoudre un litige qui ne se différencie pas véritablement du procès civil¹⁷⁶. Le rayonnement de ce que l'historien du droit Stephen appelait au XIX^{ème} siècle la « *litigious theory* », à une époque où la police ne disposait pas de pouvoirs d'investigation, demeure encore aujourd'hui important en doctrine : le procès pénal anglais se déroule comme un procès civil, où la matière pénale est considérée comme une matière litigieuse et où il appartient aux parties de réunir les preuves nécessaires pour démontrer le bien-fondé de leur accusation¹⁷⁷. Aussi, comme le relève Mirjan Damaska, lorsque les juristes de *common*

¹⁷⁶ GOLDSTEIN (A.), « Reflections on Two Models : Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure » (1974) 26 *Stan. L. Rev.* 1009, spéc. 1016-1018, qui relève que le mot « *'adversary'* vise une méthode de résolution des litiges et épouse la forme d'un procès contentieux » et que le terme « *accusatorial* » est aussi une reminiscence d'une affaire civile, où la juridiction laisse les questions largement entre les mains des parties » ; J. THIBAUT et L. WALKER, « A Theory of Procedure », (1978) 66 *Cal. L. Rev.* 541, spéc. 544 : « Le contentieux pénal implique également un conflit d'intérêts, parce que le procureur (qui représente la société) et le défendeur poursuivent des objectifs incompatibles ».

¹⁷⁷ STEPHEN (J. F.), *A General View of the Criminal Law of England*, Macmillan and Co, Londres, 1863, p. 154 : « Le système anglais de procédure pénale est presque exclusivement litigieux ». Le droit anglais ne contient

law s'efforcent de distinguer les finalités du procès civil de celles du procès pénal, reconnaissent-ils seulement que le procès pénal « est habituellement destiné à protéger les droits des individus en conflit avec ceux de l'Etat, et le jugement civil, à la réalisation de la justice » et que « rarement la distinction élémentaire des objectifs procéduraux associée à l'opposition entre droit privé et droit public est-elle faite »¹⁷⁸.

A l'inverse, la tradition française excluait majoritairement du fondement de la juridictionnalisation de la répression l'idée de résolution d'un litige. Dans la conception française, l'application de la loi – relevant du pouvoir judiciaire – doit être détachée de la mise à exécution de celle-ci – relevant de l'exécutif – et ressortit à deux domaines : soit la résolution des contestations qui peuvent s'élever entre les particuliers, soit la répression des infractions¹⁷⁹. Et, si la justice civile a pour but de trancher les contestations entre particuliers, la fonction de la justice pénale est, quant à elle, d'appliquer la loi répressive, indépendamment de la résolution d'une éventuelle contestation. Dès lors, l'absence de contestation du mis en cause n'a aucune incidence sur la nécessaire juridictionnalisation de la répression. Esmein, dans ses *Eléments de droit constitutionnel*, l'avait déjà relevé avec emphase¹⁸⁰. Les processualistes, quant à eux, dans leur tentative d'élaboration d'une théorie

aucune disposition particulière « soit pour détecter soit pour appréhender les criminels. Il autorise quiconque à se charger de cette fonction ».

¹⁷⁸ M. R. DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven et Londres, 1997, p. 111. Dans le même sens, voir M. DELMAS-MARTY, « Vers un modèle européen de procès pénal » in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procès pénal et droits de l'Homme. Vers une conscience européenne*, PUF, coll. « Les voies du droit », Paris, 1992, p. 292, qui constate que le modèle « accusatoire » de procès pénal est « faiblement différencié du procès civil, car la partie qui poursuit est théoriquement à égalité « d'armes » avec la défense et elles mènent l'une et l'autre parallèlement l'enquête, sous le contrôle d'un juge qui intervient peu et se contente d'arbitrer ».

¹⁷⁹ Sur la problématique de la définition et de la délimitation du pouvoir judiciaire sous la Révolution, voir M. TROPER, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution » in M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », Paris, 2001, p. 101 et s. ; du même auteur, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? » in M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », Paris, 1994, p. 95 et s. ; J. CHEVALLIER, « La séparation des pouvoirs » in Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1958*, Journées d'études des 16-17 mars 1989, Economica, PUAM, coll. « Droit public positif », Paris et Marseille, 1990, p. 114 et s., spéc. pp. 140-141 ; FOYER (J.), « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs* 1981, n° 16 : « La justice », p. 17 et s.

¹⁸⁰ ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2001 (réimpression de la 6^{ème} édition, revue par J. Barthélémy, parue en 1914 aux éditions Sirey), p. 499 : « Dans les principes de la liberté moderne, [le pouvoir judiciaire] est souvent et forcément appelé à intervenir, alors même que l'individu visé n'oppose aucune protestation et ne conteste aucunement l'application de la loi en ce qui le concerne. Il en est toujours ainsi en matière de justice répressive : le droit public moderne n'admet pas, ni en cas de flagrant délit, ni en cas d'aveu, que la peine portée par la loi, fût-elle fixe et immuable, puisse jamais être appliquée sans qu'un jugement soit tout d'abord intervenu. Le bourreau ne peut agir que là où le juge a passé. Qu'on s'imagine un seul instant le pouvoir exécutif faisant directement appliquer les peines, exerçant ainsi 'cette puissance de juger si terrible parmi les hommes', comme disait Montesquieu ; et à la protestation violente qui s'élèvera dans l'esprit, on sentira bien nettement qu'en matière répressive l'intervention du pouvoir judiciaire a la valeur d'un acte propre et n'est pas une dépendance du pouvoir exécutif : elle le domine et le commande au contraire. En matière de droit privé, il est vrai, le juge n'intervient en général que lorsqu'il y a litige, toutes les fois du moins qu'il s'agissait d'intérêts pécuniaires auxquels les particuliers peuvent renoncer ; mais cela ne saurait changer la nature de cette intervention ». Dans le même

de la juridiction, n'avaient pas manqué de souligner ce particularisme de la matière répressive, pour montrer les insuffisances des constructions qui caractérisaient la fonction juridictionnelle par l'existence d'un litige. Vizioz notamment, pour critiquer la théorie élaborée jadis par Hauriou – dont la conception de la juridiction était fondée sur l'idée de contestation –, avait mis en avant l'artifice résultant d'une telle présentation, même en assouplissant la notion de contestation¹⁸¹. Duguit également, face à la contradiction apparente entre, d'un côté, sa définition d'une fonction juridictionnelle destinée à résoudre un litige et, de l'autre, une juridictionnalisation de la répression pénale qui ne se fondait pas sur un litige, fut initialement contraint de considérer que la répression pénale transitait par un acte administratif¹⁸².

sens, voir M. R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, *op. cit.*, p. 87 : « Alors que l'administration de la justice dans un véritable Etat actif peut impliquer un litige officiel ou privé, celle-ci est en réalité indépendante d'une résolution d'un litige *per se*. Le véritable objectif procédural est d'appliquer la loi dans le contexte de circonstances contingentes ».

¹⁸¹ VIZIOZ (H.), « Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de droit public », art. préc., *loc. cit.*, p. 109 : « On peut, en effet, soutenir que dans le contentieux pénal il y a bien deux prétentions rivales en opposition, celle du ministère public qui poursuit la répression d'un acte qu'il affirme par-là tomber sous le coup de la loi pénale, et celle de l'inculpé qui vient contester soit la matérialité de l'acte, soit le caractère de l'inculpation, soit sa responsabilité (...). Mais cette façon d'envisager les choses est-elle pleinement satisfaisante ? ». Vizioz relevait que l'acte juridictionnel, primitivement destiné à résoudre pacifiquement des conflits, a ensuite rempli une autre fonction qui consiste à garantir les individus contre l'arbitraire administratif, réprimer les abus d'autorité par le contrôle de l'application de la loi. *Ibid.*, p. 111. Raymond Martin avait, également, relevé l'absence de fondement litigieux du procès pénal : « Il n'y a pas de litige matériel entre la personne-prévenu et la personne-procureur ; le litige n'est qu'au niveau de la procédure. Le face à face de l'accusateur et de l'accusé est mis en scène selon une procédure contradictoire, pour créer la possibilité d'un débat ». Voir ainsi, R. MARTIN, *Théorie générale du procès (Droit processuel)*, Editions juridiques et techniques, Semur-en-Auxois, 1984, n° 10, p. 7.

¹⁸² Pour Duguit, « par l'acte administratif, le gouvernant crée une situation juridique subjective nouvelle, qu'il veut naturellement voir se réaliser, par l'acte juridictionnel, il constate l'existence d'une situation juridique subjective préexistante et déclare vouloir qu'elle se réalise ». DUGUIT (L.), *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 417. Dès lors, « [l]e jugement de condamnation pénale est au fond un acte administratif et non juridictionnel (...). Le prévenu est présumé innocent jusqu'à la condamnation ; le délit qu'il a commis est un fait non juridique, qui n'a créé aucune situation juridique ; la condamnation seule rend le prévenu, suivant la vieille expression 'débiteur de la peine' ; elle est donc un acte qui crée une situation juridique nouvelle ; elle est et ne peut être au fond des choses qu'un acte administratif (...). Dans une classification logique, on y verra un acte administratif, qui est accompli avec les diverses garanties qui accompagnent habituellement l'acte juridictionnel ». *Ibid.*, p. 420. Cependant, Duguit est revenu sur sa position. Voir ainsi, DUGUIT (L.), « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RD pub.* 1906, p. 413 et s., spéc. p. 460 : « Nous croyons que nous étions dans l'erreur. La mise en œuvre du droit pénal, conçue comme la mise en œuvre du droit subjectif de la victime, était bien une juridiction au sens matériel ; elle l'est restée depuis qu'elle est le jugement de la violation de la loi, qu'elle est juridiction objective ». Voir également, KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'Etat*, *op. cit.*, p. 322, pour qui la fonction judiciaire « est une fonction exécutive au sens propre du terme », puisqu'elle « consiste elle aussi en l'exécution des normes générales ». Il relevait que « [d]u point de vue de la norme générale à exécuter dans le cadre de la fonction judiciaire, le caractère de controverse de la procédure judiciaire ne revêt qu'une importance secondaire » et que « [d]ans la procédure d'une juridiction pénale, en particulier, la controverse n'est qu'une simple formalité ». Voir également, CALAMANDREI (P.), « Lite e giurisdizione », *Riv. dir. proc. civ.* 1928, n° 6 et 8, pp. 16 et 21, cité par VIZIOZ (H.), *Etudes de procédure*, *op. cit.*, p. 109, *ad notam*, qui rappelait, quant à lui, le caractère médiéval de la conception rattachant nécessairement l'idée de juridiction à celle de litige, en observant que le procès pénal « n'a pas pour but de supprimer un désaccord existant entre l'accusation et l'accusé, relativement à l'existence de l'infraction et à la mesure de la peine, de telle sorte que le procès perdrait sa raison d'être si le désaccord était réglé à l'amiable entre les plaideurs. Ce

36. Historiquement pourtant, la juridictionnalisation de la répression pénale apparaissait dans les deux systèmes sous la forme d'un « contentieux obligatoire »¹⁸³, d'un emprunt de litigiosité : malgré la reconnaissance des faits par la personne qui en était soupçonnée, malgré l'évidence des faits, le ministère public se trouvait nécessairement contraint de se constituer partie s'il souhaitait pouvoir mettre à exécution, à l'encontre de celle-ci, la sanction prévue par la loi ou le *common law*. Comme le relevait Hébraud, « la vérification des faits et de la culpabilité est apparue comme une indispensable garantie de la dignité et de la liberté individuelle, étant donnée la gravité de la décision à prendre »¹⁸⁴. Cette nécessité de la constitution de partie, qu'implique l'obligatorité du contentieux, s'explique par la volonté que la situation juridique substantielle – la reconnaissance de la culpabilité et l'infliction d'une peine – ne puisse naître, même en cas d'évidence des faits, même en l'absence de dénégation de la personne suspectée quant à sa culpabilité ou de contestation de celle-ci relativement à la peine encourue, qu'à l'issue de l'adoption d'une situation procédurale impliquant une série de conséquences : la substitution de la situation de plaideur à la situation de suspect qui permet, à la fois, le déploiement des droits de la défense et la mise en place d'un moyen d'investigation garantiste, la discussion

procès a lieu parce que, dans notre organisation juridique, la punition d'un coupable ne peut s'effectuer que moyennant une décision juridictionnelle. Le procès pénal a donc, dans tous les cas, pour atteindre l'effet juridique de la punition de l'inculpé, un caractère de nécessité (*nulla poena sine iudicio*)... Sans doute, dans d'autres civilisations, le procès pénal a pu être limité aux seuls cas où n'était pas intervenu un accord extrajudiciaire entre accusateur et accusé, et cela même dans une organisation juridique où, la confusion primitive entre procès civil et procès pénal ayant été dépassée, la poursuite des infractions avait déjà pris le caractère de fonction publique. Mais dans l'Etat de droit moderne, le procès pénal ne peut être réduit au pur règlement d'une contestation, quand l'on sait que, dans ce procès, l'accord éventuel des parties ne dispense pas le juge de pousser à fond ses recherches et d'appliquer la loi pénale, conformément à sa conviction qui peut ne pas s'accorder avec la demande des deux parties, même d'accord... Il est des cas où la loi interdit (à raison de l'importance sociale des intérêts en jeu) que certaines modifications juridiques se produisent si l'existence de leurs conditions légales n'a pas été préalablement vérifiée et certifiée (*accertata*) ».

¹⁸³ Les auteurs utilisent indifféremment les expressions suivantes : « artificiel », « obligatoire », « forcé » ou « par détermination de la loi ». Sur ce phénomène, voir HEBRAUD (P.), « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil », *D.* 1946, p. 336 ; SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, tome III : *Procédures de première instance*, Sirey, Paris, 1991, n° 480, p. 440 : « (...) le procès pénal obéit à la même règle ; même dans les hypothèses infiniment rares où le prévenu ne conteste ni les faits, ni leur gravité, ni même la peine applicable, la loi, pour offrir toutes les garanties désirables à la personne poursuivie, a organisé le procès répressif comme s'il y avait une véritable contestation ; il n'est donc pas surprenant que, de l'avis unanime, la décision pénale soit considérée comme un acte juridictionnel » ; également MERLE (R.), *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, éditions Rousseau et Cie, Paris, 1948, n° 66, p. 102, qui parle de l'hypothèse où « c'est l'efficacité d'une situation juridique qui est paralysée et subordonnée à une prononciation judiciaire » et intègre ce contentieux par détermination de la loi dans la situation gracieuse, qui est « le procédé technique employé par le législateur pour enlever aux parties la libre appréciation des conditions d'existence de leurs droits et qui se ramène toujours à la stipulation de l'intervention obligatoire du juge, en l'absence de litige », à côté des hypothèses d'autorisation judiciaire et d'homologation judiciaire ; enfin, C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 328, Paris, 2000, n° 61, p. 44.

¹⁸⁴ *Ibid.*, n° 22, p. 180.

contradictoire. Il fallait nécessairement, comme le relevait Motulsky, que « le suspect devienne la personne poursuivie (inculpé, prévenu, accusé) »¹⁸⁵.

b. La contentieux de la pénalité : un contentieux traditionnellement obligatoire en Angleterre

37. Pourtant, l'opposition des traditions conceptuelles nationales pourrait bien avoir été trop exagérée. Certains auteurs anglais n'ont pas manqué, en effet, de remettre en cause la *litigious theory*. Ian Dennis relève ainsi que, si « le jugement est habituellement considéré comme une forme de résolution des litiges, (...) il peut parfois s'intéresser à la réalisation du droit, lorsque le « litige » est une question de forme plus que de substance »¹⁸⁶. A l'inverse, certains auteurs français s'appuient sur la conception litigieuse dans leur théorie de la juridiction, en dépersonnalisant toutefois l'idée de litige ou en se fondant sur l'idée d'une incertitude qu'il y aurait lieu de régler¹⁸⁷. D'ailleurs, l'éviction formelle du litige portant sur

¹⁸⁵ MOTULSKY, (H.), *Droit processuel* (textes recueillis par M.-M. Capel), éd. Montchrestien, Paris, 1973, p. 145.

¹⁸⁶ En ce sens, I. DENNIS, *The Law of Evidence*, Sweet and Maxwell, 4^{ème} éd., Londres, 2010, n° 2.1, p. 27. Dans le même sens, voir D. J. DALLIGAN, *Due Process. A Study of Administrative Procedures*, OUP, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 246 : « L'objet fondamental de la juridiction est de fournir un moyen permettant d'obtenir des résultats adéquats et exacts, non de fournir une lutte fermée sur laquelle des parties garderaient le contrôle. Nous pouvons ainsi voir pourquoi l'absence de litige entre les parties ne supprime pas nécessairement la notion même de juridiction ; car, à nouveau, un litige est une circonstance permettant la mise en œuvre d'un processus juridictionnel, non pas l'élément déterminant celui-ci » ; L. L. FULLER et K. I. WINSTON, « The Forms and limits of Adjudication », (1978) 92 2 *Harvard Law Review* 353, spéc. 368, où les auteurs constatent que la fonction juridictionnelle se distinguerait de la fonction administrative en ce que la première serait chargée de déclarer les droits, et relèvent que « si, par la suite, nous cherchons à définir 'les limites de la juridiction', une réponse tentante serait de dire que le domaine propre des juridictions est limité aux affaires dans lesquelles les droits sont revendiqués. A la réflexion, nous devrions élargir cette approche pour y inclure les affaires où une faute ou une culpabilité est poursuivie (d'une manière générale, 'les procès portant sur des accusations'), car, dans de nombreuses affaires, il est artificiel de considérer que l'accusateur (qui peut être le procureur du district) revendique un droit. Même s'il n'est pas particulièrement artificiel de voir l'infracteur comme ayant violé 'un droit' de l'Etat, dire que, lorsque l'Etat met en accusation l'infracteur, il revendique à l'encontre de ce dernier un droit à réparation, semble refléter une impulsion erronée consistant à établir de force une symétrie entre les réparations civiles et pénales ».

¹⁸⁷ Dans cette perspective, voir M. BANDRAC in S. GUINCHARD et *alii*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, *op. cit.*, n° 749, p. 1083, pour qui « il existe, tout à fait réellement, un contentieux qui tient à la présomption d'innocence, d'où il résulte que la prétention du ministère public ne peut devenir incontestable, même si elle n'est pas actuellement contestée, que par cet acte spécifique, l'acte juridictionnel, qui lui donne force de vérité légale » ; L. CADIET, J. NORMAND ET S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., Paris, 2013, p. 312 et s. Pour ces auteurs, il faut « dépersonnaliser » ou « désobjectiver » la notion de litige : « Certes, ni le contentieux administratif de l'excès de pouvoir, ni la procédure pénale n'expriment un désaccord entre particuliers. Un conflit n'en existe pas moins, même si le litige oppose un particulier à la puissance publique, dans le contentieux administratif de l'excès de pouvoir, ou à la société elle-même dans la procédure pénale. Et ce conflit est bien d'ordre juridique, même s'il ne met pas forcément en cause des intérêts constitués sous forme de droits subjectifs ; la juridicité du différend peut aussi tenir à la violation de la règle de droit, du droit dit objectif (...) ». Ils ajoutent que « ce qui compte, c'est moins l'existence d'un différend opposant des personnes que l'existence d'une situation d'incertitude juridique, s'exprimant à travers une contestation (le contentieux) ou non (le gracieux), justiciable, en toute hypothèse, d'une décision juridictionnelle dont l'objet est de lever l'incertitude sur la situation juridique en cause ». Voir

la culpabilité pénale, lorsque l'individu plaide coupable, ne dispense pas, en Angleterre, d'emprunter la voie de la juridiction contentieuse pour que soit déterminée la peine.

Aussi, la dimension obligatoire du contentieux répressif est-elle, finalement, traditionnellement partagée par les procédures pénales française et anglaise. Simplement, la procédure pénale anglaise limite ce contentieux obligatoire à l'imputation des effets prévus par la norme substantielle, c'est-à-dire à la décision sur la peine, là où la procédure pénale française l'étendait aussi à la constatation des conditions qui autorisent cette imputation, c'est-à-dire à la décision sur la culpabilité.

38. Conclusion. « Dans un pays, un Etat et un ministère public peuvent suffire au bonheur des citoyens »¹⁸⁸. La confrontation historique de l'institution et de la juridictionnalisation restitue toute sa profondeur à cette remarque du Doyen Carbonnier : le ministère public rend toujours possible la juridictionnalisation qui légitime la répression pénale, tandis que la juridictionnalisation toujours requise limite légitimement le champ des possibles offert au ministère public. En France, comme en Angleterre, la répression pénale est affaire de juridiction, et le souverain ne s'autorise pas à punir avant de s'être préalablement constitué plaideur.

Pourtant, derrière ces entrelacs, apparaissent aussi des interstices, et la complémentarité ne doit pas masquer la concurrence.

II. L'OMBRE D'UNE CONCURRENCE

39. Dans sa *Sociologie juridique*, le Doyen Carbonnier avait mis en avant la tendance, qui se manifeste à la marge de tout système juridique, à la constitution d'un droit vulgaire, d'« une sorte de droit inférieur », qui vient concurrencer le droit imposé¹⁸⁹. Aussi, relevait-il qu'« une fois que le pouvoir a institué des organes proprement juridiques, de style technicien, et notamment ces organes juridiques par excellence que sont les organes

également, E. JEULAND, « Droit judiciaire » in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, p. 357, pour qui « le procès a lieu de toute façon, même si celui qui a commis l'infraction ne conteste ni les faits ni la peine. Il paraît néanmoins possible d'affirmer qu'il existe un litige entre le suspect et la société » ; du même auteur, *Droit processuel général*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2^{ème} éd., Paris, 2012, n° 452, p. 423, qui considère qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait litige pour qu'existe un acte juridictionnel : « Il suffit d'une incertitude juridique ou autrement dit un trouble dans une relation juridique ».

¹⁸⁸ CARBONNIER (J.), *Droit civil*, tome 1, PUF, Paris, 1962, p. 281, cité par M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n° 350, p. 259.

¹⁸⁹ CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2004, p. 371. Sur la notion de droit vulgaire, voir également A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit ?*, tome 1, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », Paris, 1981, vol. XXVI, n° 3.2.1.2, p. 400.

judiciaires, chargés d'accomplir le droit par la voie intellectuelle et rituelle du procès et du jugement, le besoin naît spontanément d'avoir d'autres canaux de communication entre le droit et la masse – moins formalistes, plus accessibles, plus expédients et, disons-le, plus grossiers », besoin qui se traduit par le développement d' « une espèce de sous-justice, destinée à rendre effectif au moins un à-peu-près-droit »¹⁹⁰. Le constat demeure d'une parfaite actualité.

Le ministère public s'est progressivement émancipé des contraintes initiales de la juridictionnalisation. Il a ainsi pu déployer son office dans les interstices offerts par les hésitations prétorienne, interstices jusqu'alors limités à l'avant-procès (A). Désormais, favorisé par les législateurs, il déploie son office d'une manière renouvelée, à la place du procès (B).

A. Une concurrence historiquement limitée à l'avant-procès

40. Le processus répressif juridictionnalisé qui devait se trouver conditionné par la poursuite préalable du ministère public s'est rapidement retrouvé retardé par l'activité liminaire de celui-ci. La naissance ou la renaissance d'un organe public en charge de poursuivre les infractions s'est ainsi traduite par la naissance, en Angleterre (1), ou la renaissance, en France (2), d'un avant-procès.

1. La naissance progressive d'un avant-procès en Angleterre

41. La coercition est historiquement, en Angleterre, l'apanage du juge. Toutefois, la police anglaise se reconnut progressivement la possibilité de recourir à des investigations coercitives, à la marge de la compétence du juge, au-delà de la *ratio* traditionnelle de ses fonctions (a), en exploitant continuellement les hésitations prétorienne (b).

a. La mutation progressive de la *ratio* des fonctions de la police

42. *La fiction du citoyen-policier au fondement du développement des pouvoirs d'investigation de la police.* La fiction du citoyen-policier, qui avait permis à la police de

¹⁹⁰ CARBONNIER (J.), *ibid.*, p. 372. Au sein du système répressif français, le Doyen Carbonnier identifiait « l'enquête officieuse de la police par-dessous l'instruction réservée au juge », pour conclure à l'existence d'une loi du genre : « (...) ces procédures infrajuridiques, étant plus actives, poussent, chassent devant elles les juridiques – sauf à courir le risque, devenues juridiques à leur tour, de se laisser gagner par la sclérose ».

s'octroyer la fonction de poursuivre les infractions, lui permit également de se prévaloir des pouvoirs que le *common law* octroyait à tout citoyen.

Le *common law* reconnaissait en effet au profit de tout citoyen – et donc, d'après la fiction, à tout policier – le pouvoir de saisir un *JP* afin que celui-ci autorise une arrestation par le biais d'un *warrant*, ainsi que le pouvoir d'arrêter sans *warrant* l'auteur d'une infraction flagrante ou la personne qu'il soupçonne raisonnablement d'avoir commis une infraction grave sous réserve que l'infraction ait effectivement été commise¹⁹¹. Les *statutes* développèrent d'ailleurs progressivement ce droit d'arrestation citoyen¹⁹². Toutefois, au-delà de sa qualité de citoyen, le policier se vit rapidement octroyer des pouvoirs d'arrestation plus étendus que ceux reconnus au citoyen-particulier. Le *common law* avait ainsi reconnu au policier un pouvoir d'arrestation en présence d'un simple trouble à l'ordre public ou lorsqu'il soupçonne raisonnablement une personne d'avoir commis tout acte pouvant entraîner des blessures graves, que l'infraction ait ou non réellement eu lieu¹⁹³. En outre, le régime de ces pouvoirs était plus favorable que celui des pouvoirs reconnus au citoyen. Le policier pouvait ainsi utiliser la force dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'arrestation et bénéficiait d'un privilège qui l'empêchait d'être condamné à des dommages-intérêts pour *false imprisonment* et d'avoir à payer des dommages-intérêts dans l'hypothèse d'une mauvaise appréciation des circonstances¹⁹⁴.

Aussi, malgré la fiction traditionnelle, l'agent de la force publique transparaisait-il bien derrière le citoyen en uniforme. La doctrine, d'ailleurs, ne considérait pas cette évolution comme une aberration : les prérogatives plus étendues dont bénéficiait la police ne constituaient en réalité que des mesures de sûreté destinées à faire cesser l'infraction ou à prévenir son renouvellement et, surtout, à s'assurer que la personne suspectée comparaitrait devant le *magistrate*. En ce sens, la coercition, qui était ainsi reconnue à la police, était

¹⁹¹ Voir sur cette question, KENNY (C. S.), *Outlines of Criminal Law*, Cambridge University Press, 7^{ème} éd., Cambridge, 1915, p. 443, *ad notam*.

¹⁹² En permettant, par exemple, à tout citoyen d'arrêter toute personne en train de commettre les infractions prévues par le *Vagrant Act* (5 Geo. IV, c. 83, s. 6), le *Larceny Act* 1861 (24 et 25 Vict., c. 96, s. 103), le *Coinage Offences Act* 1861 (24 et 25 Vict., c. 99, s. 1) ou de commettre, de nuit, toute infraction (9 Geo. IV, c. 69, s. 2).

¹⁹³ Voir C. S. KENNY, *Outlines of Criminal Law*, *op. cit.*, p. 445, *ad notam*. L'auteur cite deux espèces : *Lawrence v. Hedger* (1810) 3 Taunt. 14 et *Beckwith v. Philby* (1827) 6 B. & C. 635. Selon lui, ces affaires montrent que le privilège du *constable*, lorsque le crime supposé n'a pas réellement eu lieu, s'étend aux cas où celui-ci agit seulement selon sa propre suspicion, et n'est pas limité aux cas dans lesquels une tierce personne lui a fait part de ses soupçons.

¹⁹⁴ *Walters v. W. H. Smith & Sons Ltd.* (1914) 1 K.B. 595 ; L. T. Rep. vol. 110, p. 345, cité par G. GLOVER ALEXANDER, *The Administration of Justice in Criminal Matters (in England and Wales)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1915, p. 22.

conforme à son rôle préventif ou processuellement neutre¹⁹⁵. Progressivement pourtant, la police transforma les pouvoirs d'arrestation qui lui étaient reconnus dans une perspective conservatoire en de véritables mesures probatoires, en s'octroyant ainsi, notamment, le pouvoir d'arrêter puis de détenir.

43. La modification de la ratio de l'arrestation : d'une mesure de sûreté à un mécanisme d'investigation. Une fois arrêté, le suspect devait être traduit immédiatement devant le *JP* qui décidait, au regard des éléments de preuve recueillis, s'il y avait lieu de poursuivre. Dans ces conditions, comme le relèvent Andrew Sanders et *alii*, « l'arrestation apparaissait simplement comme un mécanisme permettant de faire comparaître les délinquants devant la juridiction »¹⁹⁶. En théorie, la police anglaise ne disposait donc pas du pouvoir de garder le suspect pour effectuer une enquête et ainsi recueillir des preuves¹⁹⁷. Peu de temps avant la promulgation du *PACE* 1984, les juridictions rappelaient encore ce principe : les pouvoirs d'arrestation ne peuvent être exercés que si les motifs de soupçonner un individu requis par la loi existent antérieurement à l'arrestation et ne peuvent être utilisés pour établir de tels motifs¹⁹⁸. Il était toutefois possible de garder – à vue – la personne arrêtée pendant un certain délai si le *JP* ne pouvait entendre la personne, par exemple du dimanche jusqu'au lundi. L'intermittence des fonctions du *JP* permit ainsi à la police d'utiliser le délai de comparution pour s'octroyer un pouvoir de détention, et la pratique se développa peu à peu de détenir le suspect appréhendé sur la base des pouvoirs reconnus

¹⁹⁵ Stephen relevait bien sûr les différences existant entre les prérogatives des policiers et celles des citoyens, mais ces différences n'altéraient pas, selon lui, le caractère litigieux du procès pénal britannique : « C'est un devoir légal pour la police, à la différence des personnes privées, d'arrêter lorsque l'occasion se présente, mais, pour le reste, la police est placée dans la même situation qu'une personne privée. Elle requiert un *warrant* et peut arrêter sans *warrant* dans les mêmes cas. Lorsqu'elles ont procédé à l'arrestation, la police et la personne privée sont toutes deux soumises aux mêmes obligations. Un policier n'a pas plus le droit de poser des questions ou de contraindre à la comparution des témoins que n'en a une personne privée ; en un mot, avec quelques exceptions, la police peut être décrite comme une personne privée payée pour accomplir comme un devoir des actes qu'elle aurait pu accomplir volontairement ». Voir STEPHEN (J. F.), *A History of The Criminal Law of England*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 493-494.

¹⁹⁶ A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice*, OUP, 4^{ème} éd., Oxford, 2010, p. 137.

¹⁹⁷ En ce sens, M. DELMAS-MARTY ET J. R. SPENCER (dir.), *European Criminal Procedure*, *op. cit.*, p. 151.

¹⁹⁸ Aussi, dans l'affaire *R. v. Lemsatef* de 1977, Watson LJ confirmait-il qu'« il doit être clairement compris que ni les agents des douanes, ni les agents de police, n'ont le droit de détenir quelqu'un en vue d'obtenir de celui-ci qu'il l'aide dans leur enquête ». *R. v. Lemsatef (Abdul Atif)* (1977) 1 W.L.R. 812. De même, dans l'affaire *R. v. Houghton and Franciosy* de 1978, la *Court of appeal*, en la personne du même Lawton LJ, confirma que « les agents de police peuvent seulement procéder à l'arrestation en cas d'infraction. S'ils pensent qu'il n'existe aucune différence entre détention et arrestation, ils se trompent. Ils n'ont pas le pouvoir, excepté celui reconnu par le *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1976*, d'arrêter quiconque afin qu'il puisse l'aider dans leur enquête contre lui (...). Peut-être que la police devrait disposer du pouvoir de détenir afin d'enquêter dans des affaires comme celles-là. Elle n'en dispose pas pour l'instant. Le Parlement pourrait décider de lui octroyer. Les juridictions ne le peuvent pas ». Voir *R. v. Houghton (Sacheverell Stanley) and Franciosy (Stephen Anthony)* (1979) 68 Cr. App. R. 197 ; [1979] *Crim LR* 383.

par le *common law* afin de compléter l'enquête en récoltant des preuves supplémentaires. Aussi, la *ratio* qui gouvernait l'utilisation des pouvoirs de la police fut-elle renversée : la logique du système britannique voulait initialement que la police n'arrête une personne (avec ou sans *warrant*) que si elle disposait d'un minimum de preuves contre elle ; désormais, c'est l'arrestation puis la détention qui vont permettre à la police de recueillir les éléments de preuve afin que celle-ci puisse remplir efficacement son nouveau rôle de poursuivant¹⁹⁹. Une telle pratique fut en partie légalisée, d'abord par le *Summary Jurisdiction Act* 1879, puis, plus largement, par le *Criminal Justice Act* 1914²⁰⁰.

Parallèlement, la police utilisera une autre fiction afin de développer encore ses pouvoirs d'investigation. Au milieu du XX^{ème} siècle, la plupart des personnes mises en cause dans une affaire pénale étaient considérées comme aidant la police dans ses investigations (« *Helping the Police with their Inquiries* »). Elles n'étaient pas formellement arrêtées, mais étaient considérées comme attendant volontairement au commissariat de police. Si, à l'issue de cette aide volontaire, la police était parvenue à réunir suffisamment de preuves pour justifier une poursuite, elle arrêta formellement le suspect afin de le conduire devant le *JP*. A défaut, le suspect était relâché. Aussi, la fonction de l'arrestation ne fut-elle plus de s'assurer, à la fin des investigations, que la personne comparaitrait devant le *JP* dans le cadre des poursuites, mais de faciliter le recueil de la preuve dès le début des investigations²⁰¹.

La jurisprudence anglaise, par ses hésitations, a d'ailleurs favorisé une telle mutation.

b. L'exploitation continue des hésitations prétorienne

44. La prohibition hésitante de l'interrogatoire policier au XIX^{ème} siècle. Le *common law* avait vu émerger, à partir de la fin des années 1730, la règle selon laquelle une confession faite par l'accusé ne peut être reçue en justice que si elle a été faite

¹⁹⁹ Dans le même sens, A. SANDERS, « Arrest, Charge and Prosecution », (1986) 6 *LS* 257.

²⁰⁰ La section 22 du *Criminal Justice Act* 1914, remplaçant la section 38 du *Summary Jurisdiction Act* 1879, disposait ainsi que « [s]ur toute personne placée en détention pour une infraction sans qu'ait été délivré de *warrant*, ou sur toute personne se voyant reprocher au poste de police la commission d'une infraction, un *superintendent* ou un inspecteur de police, ou tout autre officier de police d'un rang supérieur ou équivalent, peut, en toute hypothèse, et même doit, s'il n'est pas possible de déférer celle-ci devant une *court of summary jurisdiction* dans les vingt-quatre heures suivant son placement en détention, se livrer à une enquête sur les faits, et, à moins que l'infraction n'apparaisse au *superintendent*, à l'inspecteur ou à l'officier, être d'une nature grave, remettre en liberté la personne qui s'engagerait, avec ou sans sûreté d'un montant raisonnable, à se présenter devant la *court of summary jurisdiction* à la date et à l'endroit indiqués dans l'engagement ; mais lorsqu'une telle personne est placée en détention, il doit la déférer devant la *court of summary jurisdiction* dès que possible ».

²⁰¹ En ce sens, SANDERS (A.), YOUNG (R.) et BURTON (M.), *Criminal Justice*, *op. cit.*, pp. 137-138.

volontairement, sans menace ni promesse²⁰². Aussi, lorsque, en complément de ses pouvoirs d'arrestation et de détention, la police anglaise se reconnut la possibilité de se livrer à un interrogatoire du suspect, les juges manifestèrent-ils une certaine réticence. Dans les années 1820 en effet, des critiques sporadiques furent formulées par les juges à l'encontre d'une telle possibilité²⁰³, mais la pratique, empruntée à l'interrogatoire par le magistrat, de formuler une mise en garde avant tout interrogatoire policier conduisit les juges à ne pas toujours rejeter les preuves en résultant²⁰⁴. A partir des années 1850 toutefois, les juges condamnèrent la pratique : tout interrogatoire, qu'il soit ou non précédé d'un avertissement, fut considéré comme irrégulier²⁰⁵, et les directives édictées en 1873 et en 1893 à l'attention de la police rappelèrent la prohibition²⁰⁶.

Les motifs de cette prohibition évoluèrent progressivement au cours du XIX^{ème} siècle. Avant le *John Jervis's Act* 1848, les juges considéraient qu'il s'agissait d'une usurpation de la fonction du juge sans aucune des garanties qui sont attachées à l'interrogatoire par ledit *magistrate*²⁰⁷. Lorsque fut adopté le *John Jervis's Act*, qui retirait aux magistrats leur pouvoir d'interroger la personne détenue, l'accent fut à l'inverse porté sur ce que les juges et les *magistrates* se voyaient désormais interdire par la loi l'interrogatoire du détenu et qu'il était par conséquent impensable que des officiers d'un rang inférieur, tels que des policiers,

²⁰² John Langbein date l'émergence de la règle à la fin des années 1730, en relevant que, dans les archives du *Old Bailey*, il est précisé que les témoignages rapportant des confessions faites avant le procès l'ont été volontairement. Voir J. H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, op. cit., p. 220. John Beattie rapporte, quant à lui, l'affaire *Wilcox*, jugée en 1738 dans le Surrey, dans laquelle un maître avait persuadé sa domestique d'avouer une *felony* en lui promettant l'impunité, avant d'utiliser cet aveu pour la poursuivre. Willes CJ dénonça le comportement de l'employeur et considéra que cet aveu ne devait « avoir aucun poids sur le jury » et *Wilcox* fut acquittée. Voir ainsi, J. M. BEATTIE, *Crime and the Courts in England 1660-1800*, op. cit., pp. 346-347 et p. 365. La règle se précisera au XIX^{ème} siècle. Taylor la résume ainsi : « Il est clair que, pour être considérée comme inadmissible, une confession doit avoir été recueillie à la suite d'une promesse ou d'une menace, formulées ou sanctionnées par une personne disposant de l'autorité, et présentant un lien avec l'espoir du prisonnier d'échapper aux poursuites ». Voir TAYLOR (J. P.), *A Treatise on the Law of Evidence : As Administered in England and Ireland*, Maxwell and Son, vol. II, 7^{ème} éd., Londres 1878, chap. XV, n° 884, p. 741.

²⁰³ Voir ainsi, *R. v. Baker*, *The Times*, 2 août 1825, où Gaselee exprima sa désapprobation quant à l'habitude des *constables* et des geôliers d'entamer la conversation avec les prisonniers, lesquels font des révélations qui leur sont défavorables, ne se doutant pas que de telles révélations seraient utilisées par la suite contre eux ».

²⁰⁴ Voir ainsi, *R. v. Silvester Thornton* (1824) 168 E.R. 1171, où le juge admit ainsi la recevabilité de la preuve résultant d'un interrogatoire policier. Sur cette affaire, voir JOY (H. H.), *On the Admissibility of Confessions and Challenge of Jurors in Criminal Cases in England and Ireland*, Andrew Milliken, Dublin, 1842, p. 35. Voir également, TAYLOR (J. P.), *A Treatise on the Law of Evidence : As Administered in England and Ireland*, vol. II, op. cit., chap. XV, n° 881, p. 739 ; PHILIPPS (S. M.) et AMOS (A.), *A Treaty on the Law of Evidence*, Saunders and Benning, 8^{ème} éd., Londres, 1838, sect. 2, p. 427.

²⁰⁵ *R. v. Baldrey* (1852) 2 Den 430, décision confirmée par *R. v. Mick* (1863) 3 F & F 822 citée par D. BENTLEY, *English Criminal Justice in the Nineteenth Century*, op. cit., p. 230.

²⁰⁶ En 1873, les *Metropolitan General Orders and Regulations* interdirent toute tentative des officiers de police de soutirer une confession des personnes soupçonnées d'avoir commis une *felony* et conduites dans les commissariats. Voir ainsi, PRO, MEP 8/3 *Prisoners*, § 8. Les *General Orders and Regulations* établis par le *Commissioner* en 1893 réaffirmèrent la règle à plusieurs reprises. Voir ainsi, PRO, MEP 8/4, §§ 203 et 306.

²⁰⁷ En ce sens, *R. v. Glennon Toole and McGrath* (1840) 1 Craw & D 359.

soient autorisés à le faire²⁰⁸.

Toutefois, la prohibition souleva des problèmes pratiques, dont la police sut habilement jouer. Si certains officiers de police avaient pu considérer que l'interdiction leur imposait le devoir de faire taire immédiatement tout suspect qui tentait de se confesser à eux, en l'avertissant immédiatement des conséquences possibles de telles déclarations²⁰⁹, la jurisprudence insista sur ce qu'il n'appartenait pas à la police de faire taire le suspect qui serait sur le point de se confesser volontairement²¹⁰. De plus, la jurisprudence limita la prohibition à l'hypothèse de l'arrestation, autorisant *a contrario* le policier à auditionner librement la personne contre laquelle il nourrissait des soupçons²¹¹. En outre, pour contourner la prohibition, la police utilisa la technique de la confrontation du suspect avec une autre personne, témoin ou suspect, ce qui permettait de recueillir ses déclarations²¹². Enfin, si certains juges avaient considéré que les aveux recueillis en violation de la prohibition étaient nécessairement irrecevables²¹³, le mouvement jurisprudentiel majoritaire tendait cependant à laisser au juge le soin d'apprécier, au cas par cas²¹⁴, si de tels aveux

²⁰⁸ En ce sens, *R. v. Mick*, préc. ; *R. v. Johnston* (1864) 15 Ir CLR 60, 80 et 133 ; *R. v. Anon* (1866) 11 Sol J 1168 ; *Yeovil Murder Case* (1877) 41 JP 187 ; *R. v. Davitt*, *The Times*, 16, 18 et 19 juill. 1870 (Cockburn LCJ) ; *R. v. Marshall*, *The Times*, 28 févr. 1874 ; *R. v. Gavin* (1885) 15 Cox Crim. cas. 656 : « (...) un *constable* n'a pas plus le droit d'interroger que le juge n'a le droit de contre-interroger » ; *R. v. Male and Cooper* (1893) 17 Cox Crim. cas. 689, où Cave J. relève que « ce serait monstrueux si la loi permettait à un agent de police, sans personne pour vérifier comment les choses se déroulent, de faire subir au prisonnier un interrogatoire, et ensuite d'utiliser le produit de cet interrogatoire contre lui » ; *R. v. Knight and Thayer* (1905) 20 Cox Crim. cas. 711 : dès qu'un policier « a placé quiconque en garde à vue, et même avant de le faire, lorsqu'il a décidé d'inculper, il ne devrait pas interroger le prisonnier. Un magistrat ou un juge ne peut le faire et un agent de police n'a certainement pas plus le droit de le faire ». Pour une critique de l'argument, voir WILLIAMS (G.), « Questioning by the Police : Some Practical Considerations », [1960] *Crim LR* 338 : « Au cours du XIX^{ème} siècle, les juges considéraient que ce qui était interdit à un magistrat en tant qu'organe judiciaire était également interdit à la police, et occasionnellement, ils excluaient les preuves recueillies à la suite d'un interrogatoire effectué en détention. Mais il n'y a aucune contrainte logique, puisque les considérations de police sont différentes. Il peut être inconvenant pour un juge d'interroger une personne accusée, et cela peut enfreindre notre sens de l'équité d'envoyer une personne en prison pour avoir refusé de répondre à des questions qui l'incriminent ; mais aucune de ces problématiques n'est en cause dans l'interrogatoire policier ».

²⁰⁹ Voir ainsi, l'anecdote contée par FORSYTH (W.) in *Hortensius. An Historical Essay on the Office and Duties of an Advocate*, John Murray, 3^{ème} éd., Londres, 1879, p. 292 : « Il n'y a pas très longtemps, devant la *Central Criminal Court*, il fut demandé à un policier si le prisonnier n'avait pas fait de déclaration. Il répondit : 'non, il fut sur le point de le faire, mais je connais mieux mon devoir et je l'en ai empêché' ».

²¹⁰ *R. v. Dickinson* (1844) 1 Cox 27 ; *R. v. Watts* (1844) 1 Cox 75 ; *R. v. Priest* (1847) 2 Cox 378.

²¹¹ *R v Davitt*, préc.

²¹² Voir *R. v. Gavin*, préc.

²¹³ En faveur de l'irrecevabilité, voir *R. v. Doyle* (1840) 1 Craw. & D. 396 ; *R. v. Martin* (1841) Arm. M. & O. 197 ; *R. v. Devlin* (1841) 2 Craw & D 151 ; *R. v. Toole* (1856) 7 Cox 244 ; *R. v. Warrell* (1861) 13 Ir. Ju. 357 ; *R. v. Bodkin* (1862) 8 Ir. Jur. NS 340.

²¹⁴ Ainsi, dans l'affaire *Wilde* (*R. v. Wilde* (1835) 1 Moody C. C. R. 452), un mineur âgé de quatorze ans fut accusé d'avoir noyé une jeune fille, fut appréhendé par une personne qui n'était pas un *constable* et détenu dans une auberge. Pendant cette détention, plusieurs voisins lui posèrent des questions. L'un d'eux, notamment, lui enjoignit de s'agenouiller et de dire la vérité. Le garçon avoua, et le témoignage du voisin ayant recueilli l'aveu fut déclaré admissible par les juges, lesquels désapprouvèrent cependant la façon dont l'aveu fut recueilli. De même, dans l'affaire *Thornton* (*R. v. Silvester Thornton*, préc.), l'aveu fait à un *constable* par un garçon de quatorze ans à la suite des questions que celui-ci lui posa fut déclaré admissible.

devaient être déclarés irrecevables²¹⁵.

45. La reconnaissance de l'interrogatoire policier : la formulation des Judges' Rules. En raison de ces incertitudes, la police invita les juges à formuler des règles claires sur la bonne conduite à tenir et, à la demande du *Home Secretary*, après consultation des autres juges de la *Queen's Bench Division*, furent édictées, en 1912, les quatre premières *Judges' Rules*²¹⁶, complétées, en 1918, par cinq autres règles²¹⁷. Ces règles ne levèrent pourtant pas toutes les incertitudes car elles ne contenaient, en réalité, aucune prohibition de l'interrogatoire des personnes détenues par la police. Si la troisième règle disposait bien que « les personnes détenues ne devraient pas être interrogées sans qu'ait été effectuée l'habituelle mise en garde », une lecture *a contrario* impliquait la légalité de tels interrogatoires lorsqu'ils étaient précédés d'un avertissement quant à leurs possibles conséquences. De plus, cette troisième règle fut interprétée strictement par la jurisprudence : dans l'affaire *Wattam*, il fut décidé que la règle ne s'appliquait qu'à l'hypothèse du placement en garde à vue, non à l'hypothèse d'un individu se rendant volontairement au commissariat sur invitation des policiers²¹⁸. De surcroît, c'est le policier lui-même qui appréciait le moment à partir duquel il devait inculper, et donc mettre en garde, le suspect placé en garde à vue²¹⁹. Enfin, la règle ne signifiait pas qu'une déclaration d'une personne placée en garde à vue, sans qu'elle ait été préalablement mise en garde, serait nécessairement jugée irrecevable. La

²¹⁵ Sur les hésitations jurisprudentielles, voir BROWNLIE (I.), « Police Questioning, Custody and Caution », [1960] *Crim LR* 298.

²¹⁶ Aux termes des quatre premières règles : « 1 - Quand un agent de police tente de découvrir l'auteur d'un crime, il n'y a aucune objection à ce qu'il pose des questions à toute personne, suspectée ou non, qu'il croit détentrice d'informations utiles. 2 - Chaque fois qu'un agent de police est convaincu qu'il convient d'inculper une personne d'un crime, il devrait d'abord mettre en garde cette personne avant de lui poser des questions ou des questions supplémentaires, le cas échéant. 3 - Les personnes détenues ne devraient pas être interrogées sans qu'ait été effectuée l'habituelle mise en garde. 4 - Si le détenu souhaite se proposer pour faire une déclaration volontaire, la mise en garde habituelle devrait être formulée. Il est souhaitable que les deux derniers mots de cette mise en garde (c'est-à-dire 'contre vous') soient remplacés par les mots 'sera présenté comme preuve' ».

²¹⁷ Sur l'émergence des *Judges' Rules*, voir DEVLIN (P.), *The Criminal Prosecution in England*, *op. cit.*, p. 39 et s.

²¹⁸ *R. v. Wattam (Haydon)* (1952) 36 Cr. App. R. 72. Williams rapporte également l'affaire *Rowland* de 1946, où l'individu, soupçonné de meurtre, reçut à onze heures du soir la visite de deux agents de police qui lui demandèrent de les accompagner au commissariat, car un inspecteur désirait le voir. Il s'y rendit et fut interrogé pendant deux heures. Il signa ensuite le procès-verbal de sa déclaration, et ce n'est qu'à ce moment qu'il fut inculqué. Voir WILLIAMS (G.), « Les tendances du droit britannique en matière de procédure criminelle et de preuves », art. préc., *loc cit.*, p. 193.

²¹⁹ Williams pouvait ainsi relever qu'« on pourrait considérer que les règles des juges sont un exemple frappant d'hypocrisie britannique, et cela pour diverses raisons. C'est à l'officier de police qu'incombe le soin de décider si les charges qu'il possède suffisent à justifier l'inculpation ; jusque-là, il a la faculté d'interroger un suspect. Ainsi, le policier peut, de propos délibéré, retarder la décision, ceci afin de conserver le droit de continuer l'interrogatoire ». WILLIAMS (G.), *ibid.*, p. 192.

Court of Criminal Appeal, dans l'affaire *Voisin* de 1918, considéra ainsi que le juge pouvait admettre la preuve résultant d'une telle déclaration²²⁰.

Le rapport de la *Royal Commission on Police Powers and Procedure* de 1929 confirma ainsi la souplesse de la règle en constatant que certaines forces de police limitaient la prohibition à l'interrogatoire portant sur les infractions pour lesquelles l'individu était placé en détention, mais autorisaient l'interrogatoire portant sur d'autres infractions, et que d'autres encore autorisaient l'interrogatoire même sur les charges qui avaient justifié le placement en garde à vue²²¹. Dans les années 1930, le *Home Office*, après consultation des juges, édicta une circulaire afin d'homogénéiser les pratiques. Selon cette circulaire, la « règle n° 3 n'a jamais eu pour objectif d'encourager ou d'autoriser l'interrogatoire ou le contre-interrogatoire de la personne placée en garde à vue, après qu'elle ait été avertie, à propos de l'infraction pour laquelle elle le fut »²²². Mais là encore, si plusieurs décisions avaient confirmé la prohibition²²³, d'autres adoptèrent une lecture *a contrario* légitimant la pratique consistant à permettre un interrogatoire d'une personne sur des infractions autres que celle pour laquelle elle fut placée en garde à vue²²⁴. Aussi, Williams pouvait-il écrire, au début des années 1960, que la circulaire était désormais lettre morte²²⁵.

Lorsque les *Judges' Rules* furent révisées en 1964²²⁶, toute trace de l'ancienne prohibition de l'interrogatoire policier disparut. En particulier, la première règle des *Judges' Rules* 1964

²²⁰ *R. v. Voisin (Louis Marie)* (1918) 1 K.B. 539-540. Dans cette affaire, le corps d'un individu fut retrouvé dans un colis sur lequel figurait une étiquette comportant les mots « *Bladie Belgiam* ». Voisin fut interrogé en tant que suspect, et il lui fut demandé d'écrire les mots qui figuraient sur l'étiquette. Il accepta, et l'écrit fut ensuite utilisé comme preuve. Après qu'il ait été condamné, il interjeta appel, soutenant qu'il n'avait pas été mis en garde et qu'en conséquence, l'écrit était irrecevable. Son appel fut rejeté : la cour estima qu'il avait écrit les mots volontairement et qu'aucune incitation, aucune menace ou aucune ruse ne fut utilisée pour le conduire à écrire ces mots.

²²¹ ROYAL COMMISSION ON POLICE POWERS AND PROCEDURE, *Report*, Cmnd. 3297, HMSO, Londres, 1929, n° 161-162.

²²² HOME OFFICE, *Home Office Circular*, 24 janv. 1930, 536053/29.

²²³ Voir ainsi, *R. v. Brown (Alfred) and Bruce (John)* (1932) 23 Cr. App. R. 56 ; *R. v. Dwyer* (1932) 23 Cr. App. R. 156.

²²⁴ Voir ainsi, *R. v. Whiteway*, *The Times*, 8 déc. 1953.

²²⁵ WILLIAMS (G.), « Questioning by the Police : Some Practical Considerations », art. préc., p. 330.

²²⁶ Les trois premières règles étaient ainsi formulées : « 1 - Quand un agent de police tente de découvrir si, ou par qui, une infraction a été commise, il a le droit d'interroger toute personne, qu'elle soit suspectée ou non, dont il pense qu'elle est susceptible de fournir des informations utiles. Il en est ainsi que la personne ait été ou non placée en garde à vue, aussi longtemps qu'elle n'a pas été inculpée de l'infraction ou informée qu'elle peut être poursuivie pour celle-ci. 2 - Dès qu'un agent de police dispose de preuves qui permettent, par des motifs raisonnables, de soupçonner qu'une personne a commis une infraction, il doit mettre en garde cette personne ou s'assurer qu'elle a été mise en garde avant de lui poser la moindre question, ou d'autres questions, en lien avec l'infraction. La mise en garde se fera dans les termes suivants : 'Vous n'êtes pas obligé de dire quoi que ce soit, sauf si vous souhaitez le faire, mais ce que vous dites peut être consigné par écrit et utilisé comme preuve'. Quand, après avoir été mis en garde, une personne est interrogée ou choisit de faire une déclaration, un rapport doit être conservé mentionnant le moment et le lieu du début et de la fin de l'interrogatoire ou de la déclaration, ainsi que les personnes présentes. 3 - (a) Lorsqu'une personne est inculpée ou informée qu'elle peut être poursuivie pour une infraction, elle doit être mise en garde dans les termes suivants : 'Souhaitez-

vint consacrer la possibilité de l'interrogatoire policier²²⁷. Peu de temps avant la promulgation du *PACE*, et de sa section 37 (2)-(3), la Chambre des Lords viendra définitivement admettre la légalité de l'interrogatoire postérieur à l'arrestation²²⁸.

On le voit, à la veille de l'adoption du *PACE*, le mouvement de liminarisation de la procédure pénale anglaise était-il largement entamé. Un mouvement similaire s'est produit en France.

2. La renaissance continue d'un avant-procès en France

46. En France, Vouin avait pu constater que le ministère public et le juge d'instruction avaient une propension à se remplacer l'un l'autre²²⁹. Cette concurrence du ministère public se constatait déjà sous l'Ancien droit et pendant la période révolutionnaire (a), mais c'est sous l'empire du code d'instruction criminelle qu'elle sera la plus marquée (b).

a. L'Ancien droit et la période révolutionnaire

47. *Les concurrents du juge, sous l'Ancien droit, dans le recueil de la preuve.* Il était admis au XVI^{ème} siècle que, dans l'instruction – qui se composait de l'information à l'issue de laquelle le juge pouvait décerner un décret suivi de l'interrogatoire puis du récolement et des confrontations –, seul le récolement devait avoir lieu devant le juge²³⁰.

vous dire quelque chose ? Vous n'êtes pas obligé de dire quoi que ce soit, sauf si vous souhaitez le faire, mais ce que vous direz sera consigné par écrit et peut être utilisé comme preuve'. (b) Ce n'est que dans des cas exceptionnels que des questions relatives à l'infraction pourraient être posées à la personne après qu'elle ait été accusée ou informée qu'elle peut être poursuivie. De telles questions peuvent être posées lorsqu'elles sont nécessaires à la prévention ou à la réduction du préjudice d'une autre personne ou du public ou pour lever l'ambiguïté d'une précédente réponse ou déclaration. Avant que de telles questions ne soient posées, l'accusé devrait être mis en garde (...). Voir ST JOHNSTON (T. E.), « Judges' Rules and Police Interrogation in England », (1966) 57 *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.* 85.

²²⁷ En ce sens, D. WOLCHOVER et A. HEATON-ARMSTRONG, *Confession Evidence*, Sweet and Maxwell, Londres, 1996, p. 619. Voir également, D. DIXON, *Law in Policing : Legal Regulation and Police Practices*, OUP, Oxford, 1997, chap. 4, qui considère que les *Judges' Rules* 1964 constituent une légitimation *a posteriori* des pratiques policières : « La première des règles de 1964 donna une approbation explicite à l'interrogatoire des suspects après la formulation des charges. Rétrospectivement, ce fut une extraordinaire utilisation du pouvoir réglementaire (...). Dans les années 1980, il y eut des critiques considérables contre la légalisation des mauvaises pratiques policières opérée par le *PACE* : en fait, les *Judges' Rules* 1964 furent le meilleur exemple d'un tel procédé ».

²²⁸ *Holgate-Mohammed v. Duke* [1984] A.C. 437. L'affaire concernait le pouvoir d'arrestation conféré par la section 2 (4) du *Criminal Law Act* 1967, désormais contenu dans la section 24 (5) du *PACE*.

²²⁹ VOUIN (R.), *Manuel de droit criminel*, LGDJ, Paris, 1949, n° 316.

²³⁰ Comme le relevait Garraud, « l'information est d'abord l'œuvre des officiers de justice subalternes, tels que sergents, capables, au dire d'Imbert, de la faire 'grasse ou maigre, selon le désir de la partie, non pas selon que les témoins véritablement disent' ». Voir IMBERT (J.), *Pratique judiciaire*, 1624, liv. III, chap. XIII, n° 13-14, cité par GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome I, *op. cit.*, n° 44, p.

Pour l'information, la partie lésée, parfois le ministère public, s'adressait à un sergent, un notaire, un archer de la maréchaussée, et, après avoir fait diligenter l'information, transmettait les résultats au juge qui appréciait s'il devait décréter²³¹. Bien qu'Ayrault condamna énergiquement l'usage de confier à des sergents une partie essentielle de l'instruction²³², les textes consacraient cependant implicitement cet usage²³³. Et, si l'ordonnance de 1670 s'était efforcée de contrer ces abus, en défendant aux huissiers, sergents, archers et notaires de recevoir les plaintes à peine de nullité²³⁴ et en interdisant aux prévôts des maréchaux de « donner des commissions pour informer à leurs archers, à des notaires-tabellions ou aucunes autres personnes », elle tolérait cependant une exception en faveur des commissaires du Châtelet, en leur octroyant le droit de recevoir les plaintes à charge et de les transmettre au greffe dans les vingt-quatre heures avec leurs informations et procédures²³⁵.

48. La dénaturation pratique de la portée de la séparation mise en place par la loi du 7 pluviôse an IX. Lors des débats ayant conduit à l'adoption de la loi du 7 pluviôse an IX, la restauration du ministère public s'était fondée sur la nécessaire séparation de la poursuite et de l'instruction : l'octroi de la poursuite au substitut du commissaire du gouvernement s'appuyait sur la nécessité de distinguer les fonctions de recherche et de poursuite – retranchées de l'office du juge et confiées, pour l'une, aux auxiliaires du substitut du commissaire du gouvernement, pour l'autre, au substitut lui-même – des fonctions d'instruction – conservées par le directeur du jury. Cependant, alors même

53. Selon André Laingui et Arlette Lebigre, « c'est seulement le récolement qui établira de manière définitive les preuves. C'est pourquoi il fut longtemps permis – jusqu'à l'ordonnance de 1670 – de confier l'information à un notaire, un greffier, un huissier ou un sergent, en vertu d'une commission du juge ». Voir ainsi, A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, tome II : *La procédure criminelle*, Cujas, Paris, 1979, p. 91.

²³¹ « Au commencement », écrivait en 1548 Imbert, lieutenant criminel au bailliage de Fontenay-le-Comte, « le procureur du roi ou la partie civile font faire une information du cas commis par un sergent royal ou du seigneur haut justicier, appelé avec lui un notaire royal ou de cour laie. Et en aucun lieu on ne prend mandement du juge ». Voir IMBERT (J.), *Pratique judiciaire*, 1624, liv. III, chap. II, p. 574, cité par LELOIR (G.), « Des enquêtes officieuses en matière criminelle », *La France judiciaire*, tome 7, 1882-1883, 1^{ère} partie (Etudes historiques et juridiques), p. 189.

²³² AYRAULT (P.), *Ordre et instruction judiciaire*, éd. Jeanvrot, Paris, 1881, liv. III, 1^{ère} partie, n° 12, cité par LELOIR (G.), *ibid.* : « Cette façon de décréter, dit-il, sur telle quelle preuve manque et informe, soit aucunement tolérable, quand ce serait le juge même qui fit cette audition et inquisition sommaire ; mais que ce soit sur l'examen et inquisition faite par un sergent, par un ministre, dont la foi, la vérité et la créance dépend du récolement, et répétition qu'en fait le juge, et qui le fait le plus souvent sans mandement ; il ne se peut point qu'il n'y ait de la rigueur en cela ».

²³³ Ainsi, l'article 144 de l'ordonnance de 1539, en visant les procédures qui devaient être menées par le juge en personne, n'y comprenait que l'interrogatoire et les actes qui lui étaient postérieurs, c'est-à-dire le récolement et la confrontation.

²³⁴ Art. 2, titre III de l'ordonnance de 1670.

²³⁵ Art. 3, titre III de l'ordonnance de 1670.

qu'aucune disposition de la loi du 7 pluviôse an IX n'attribuait expressément aux substituts du commissaire le droit de procéder aux actes de recherche, une circulaire du ministre de la justice en date du 29 floréal an IX leur reconnut le pouvoir de « faire tous les actes qui peuvent procurer la recherche et la poursuite des délits, de quelque nature que soient ces actes : ils peuvent recevoir des déclarations, faire saisir en flagrant délit, et, s'ils le jugent nécessaire, faire des visites et des perquisitions ; interroger, entendre des témoins, dresser des procès-verbaux, pour constater le corps du délit »²³⁶. La circulaire précisait toutefois que les actes de recherche effectués par le substitut du commissaire « ne peuvent dispenser de l'instruction légale, que le directeur du jury a seul le pouvoir de faire, aux termes de l'article 11 de la loi du 7 pluviôse » et qu' « ils ne doivent être considérés que comme des actes de recherche, des actes préalables tendant à provoquer et à prouver la véritable instruction légale qui a lieu devant le directeur du jury »²³⁷. En outre, l'absence de définition matérielle de l'acte d'instruction, et donc de démarcation précise entre l'acte de recherche, pouvant être effectué par le magistrat de sûreté, et l'acte d'instruction, interdit à ce magistrat, avait conduit certains auteurs à se prononcer en faveur de la possibilité pour le substitut d'effectuer des investigations, même après la saisine du directeur du jury²³⁸. Le tribunal de cassation avait d'abord fait preuve de fermeté, interdisant au directeur du jury de se contenter, pour renvoyer devant le jury d'accusation, de l'enquête conduite par le

²³⁶ Lettre circulaire du ministre de la justice du 29 floréal an IX, cité par M. B., « Magistrat de sûreté » in MERLIN (P. A.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome VII, Garnery, 3^{ème} éd., Paris, 1808, n° IV, p. 591.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ Voir ainsi, M. B., *ibid.*, pp. 591-592, qui avait fait remarquer que l'article 8 de la loi du 7 pluviôse autorise « le directeur du jury à recommencer les actes d'instruction » faits par les juges de paix et les officiers de gendarmerie, et que, puisque le directeur du jury peut « ne pas refaire ces actes », ceux-ci « ont donc un véritable caractère d'instruction ; et ce caractère légal d'instruction, pourquoi n'appartiendrait-il pas de même aux actes faits par les magistrats de sûreté qui exercent la police judiciaire d'une manière bien plus entière et plus absolue que les juges de paix et les autres officiers de cette police ? ». L'auteur constatait qu'une fois les actes de recherche effectués et le directeur du jury saisi, le magistrat de sûreté doit « s'abstenir de tout acte personnel d'instruction ; c'est à lui de requérir, mais c'est au directeur du jury à y procéder », mais que cette règle, « qui a sa base dans la démarcation des pouvoirs, et qui a pour objet de mettre de l'ensemble et de la régularité dans la procédure criminelle, est cependant plutôt un principe dont on doit désirer l'observation, qu'une disposition expresse de loi qui dût entraîner la nullité d'une déclaration de jury auquel on aurait remis conjointement avec l'instruction faite par le directeur du jury, des actes d'instruction faits par le magistrat de sûreté depuis le mandat de dépôt et l'envoi des pièces au directeur du jury ». Voir toutefois, S.-J. BEXON, *Développement de la théorie des lois criminelles*, tome I, Garnery, Paris, 1802, pp. 272-273 et 292-296, qui avait tenté d'énumérer les actes qui ressortissaient à la recherche et à l'instruction. Selon lui, la recherche ne s'étend pas jusqu'à la possibilité de se livrer à un interrogatoire des personnes mises en cause, sauf questions se rapportant à l'identité et au domicile de celles-ci, et « la seule rédaction des actes d'accusation, donnée au substitut, suffirait pour faire écarter l'idée [que le substitut] puisse interroger et instruire ; car il est raisonnablement inconcevable qu'il puisse se préparer lui-même son acte d'accusation ». L'auteur note également que « l'article 13 de la loi du 7 pluviôse en attribue le droit au directeur du jury, sur les réquisitions du substitut, à sa participation ; et nulle part n'en indique la faculté au substitut ; de tels actes sont moins de recherche que d'instruction (...). Le substitut doit donc requérir ces actes (...) ».

substitut²³⁹, estimant de plus que le renvoi de la procédure au directeur du jury empêchait que des procès-verbaux dressés par les auxiliaires du substitut ou le substitut lui-même, postérieurement à cette saisine du directeur du jury, soient présentés au jury d'accusation²⁴⁰. Cependant, par une décision du 21 frimaire an XIV, la Cour opéra un revirement²⁴¹.

Aussi, la *ratio* qui avait présidé à l'adoption de la combinatoire processuelle était-elle battue en brèche : la circulaire reconnaissait au substitut du commissaire du gouvernement, chargé de la poursuite, des pouvoirs de recherche, et la doctrine tendait à légitimer la continuation de cette recherche même après la saisine du directeur du jury. L'argument séparatiste, soulevé contre le cumul de fonctions constaté entre les mains du juge de paix, conduisait à recréer une confusion, mais cette fois au profit du substitut. Une telle confusion se produira également sous l'empire du code d'instruction criminelle.

²³⁹ Trib. cass., sect. crim., 7 ventôse an X, cité par BOURGUIGNON (M.), *Manuel d'instruction criminelle*, tome I, Librairie de jurisprudence et d'administration d'Antoine Bavoux, 3^{ème} éd., Paris, 1823, p. 64. Dans le même sens, Trib. cass., sect. crim., 29 germinal an XII, *Gesvret c/ ministère public*, rapporté par LEDRU-ROLLIN (A. A.) au *Journal du Palais, Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, tome III, F. F. Patris, 3^{ème} éd., Paris, 1837, p. 707. Ayant reçu une plainte pour vol, le magistrat de sûreté de Monfort se transporta sur les lieux et y dressa procès-verbaux, entendit les témoins cités par le plaignant, décerna mandat de dépôt contre la personne soupçonnée et transmit ensuite toutes les pièces au directeur du jury. Ce dernier se borna à interroger le prévenu et à lui donner lecture des charges. Le 23 nivôse an XII, sans avoir fait par lui-même aucun acte d'instruction, il renvoya le prévenu devant le jury d'accusation, auquel il soumit les pièces dressées par le magistrat de sûreté. Le tribunal de cassation, au visa de l'article 9 de la loi du 7 pluviôse an IX, estime que « par cet article, la loi charge le directeur du jury de faire citer à sa requête et d'entendre des témoins indiqués par le substitut du commissaire du gouvernement ». Or, en l'espèce, « le directeur du jury s'est borné à soumettre au jury d'accusation des renseignements pris par le magistrat de sûreté ». En conséquence, le tribunal de cassation estime qu'« en agissant de la sorte, le directeur du jury a commis un excès de pouvoir négatif, en ce qu'il n'a pas fait l'instruction que la loi lui avait spécialement mise dans ses attributions ».

²⁴⁰ Cass. crim., 15 floréal an XII, à propos d'un commissaire de police et du magistrat de sûreté de Liège qui avaient entendu plusieurs témoins après avoir renvoyé la procédure au directeur du jury. Les déclarations de témoins ayant été annexées à la procédure et présentées au jury d'accusation, la décision de ce jury fut cassée, ainsi que tout ce qui s'en était suivi. Sur cet arrêt, voir BOURGUIGNON (M.), *Manuel d'instruction criminelle*, tome I, *op. cit.*, p. 64.

²⁴¹ Cité par M. B., « Magistrat de sûreté », art. préc., *loc. cit.*, p. 593, *ad notam*, à propos d'un magistrat de sûreté qui, après délivrance d'un réquisitoire indiquant au directeur du jury les témoins qu'il souhaitait voir entendus, poursuivit ses investigations et dressa des procès-verbaux qui furent produits, devant le jury d'accusation, puis de jugement. Le pourvoi soulevait l'incompétence du substitut pour dresser ces actes en raison de la saisine du directeur du jury et l'influence que ces actes avaient pu avoir sur les décisions des jurys, « influence désavouée par la loi ». La Cour le rejette aux motifs que « les différents actes faits par le magistrat de sûreté dans la journée du 6 germinal n'ont eu pour objet que la recherche du crime et de ses preuves, ou celle de ses auteurs ; que le directeur du jury n'avait pas encore entendu de témoins, qu'il n'avait point dressé de procès-verbal ; que les actes faits par le magistrat de sûreté étaient donc dans ses attributions ; qu'ils ne renferment aucun excès de pouvoir ; que d'ailleurs le directeur du jury ayant, de son côté, entendu des témoins et dressé des procès-verbaux, la procédure par lui faite a été soumise au jury d'accusation ; et que, dès lors, il n'y aurait pas nullité en ce que des actes faits sans compétence eussent été mis sous les yeux des jurés d'accusation ou de jugement puisque, d'un côté, ces actes eussent été des renseignements et des pièces relatifs à l'acte d'accusation qui doivent être mis sous les yeux du jury d'accusation, d'après l'article 24 de la loi du 7 pluviôse ; et que, d'un autre côté, relativement au jury de jugement, l'article 382 du code du 3 brumaire an IV n'est pas prescrit à peine de nullité ».

b. Le code d'instruction criminelle

49. La *ratio* de l'institution du ministère public fit l'objet de vives discussions lors de la discussion du projet de code d'instruction criminelle.

Lors des séances des 4, 7 et 11 juin 1808, fut en effet discuté un article 22 qui conférerait au procureur ou ses substituts les fonctions de recevoir les dénonciations et les plaintes, d'en constater les traces, de recueillir les indices et les preuves et de les traduire devant le juge d'instruction. Conformément à la *ratio* traditionnelle de l'institution, Bigot de Préameneu fit observer que, « par son institution, le ministère public est partie ; qu'à ce titre, il lui appartient de poursuivre ; mais que, par cela même, il serait contre la justice de le laisser faire les actes d'instruction »²⁴². Cambacérés fit, quant à lui, remarquer que « [c]eux qui ont tant blâmé l'ancienne procédure criminelle auraient été bien mieux fondés, s'ils y avaient trouvé la qualité de partie publique et celle d'instructeur réunies sur la même tête. A la vérité, cette réunion accélère la procédure ; mais elle se présente sous un aspect défavorable, parce qu'il est difficile que l'homme qui poursuit conserve son impartialité lorsqu'il s'agit d'instruire »²⁴³. Les débats furent riches²⁴⁴ et aboutirent à une solution de compromis, proposée par Cambacérés²⁴⁵ : une séparation des autorités en charge de la poursuite et de l'instruction, qui impose au procureur ayant connaissance d'une infraction

²⁴² LOCRE DE ROISSY (J. G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, tome XXV, Treuttel et Würtz, Libraires, Paris, 1831, p. 124.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ Beugnot fit valoir qu'« il y a une grande différence entre recueillir les témoignages muets dans un procès-verbal, et entendre les témoins. Dans cette dernière fonction, le ministère public serait plus qu'accusateur, il serait juge ». Cambacérés renchérit lors de la séance suivante : « On ne comprend pas bien comment la partie adverse du prévenu peut devenir l'instructeur de l'affaire. Autrefois, le ministère public était borné à requérir, et les juges prononçaient entre lui et le particulier inculpé ; maintenant on veut le rendre maître des poursuites ; on veut qu'il puisse aller partout, même sans avoir été provoqué (...). On fait valoir l'intérêt de saisir la vérité dès le premier moment. Certes, on y a un grand intérêt ; mais pourquoi le juge n'accompagne pas le procureur impérial ? Le ministère de ce dernier consiste essentiellement à poursuivre : il faut donc que celui de juge lui soit indéfiniment interdit. Que la partie publique comparaisse devant le tribunal comme toute autre partie, autrement, dans des temps moins heureux, sous un gouvernement moins ferme, le procureur impérial serait un petit tyran qui ferait trembler toute la cité ». A Merlin de Douai, qui considérait qu'il serait illogique de refuser au procureur la faculté de dresser les procès-verbaux alors que l'on reconnaît ce pouvoir aux maires et aux officiers de gendarmerie, Cambacérés rétorqua que la différence réside en ce que le procureur est en outre la partie poursuivante. Aussi, « [l]e remède est de placer auprès du procureur impérial un magistrat qui, n'étant pas la partie adverse du prévenu, conserve toute son impassibilité. Tous les citoyens trembleraient, s'ils voyaient dans le même homme le pouvoir de les accuser et celui de recueillir ce qui peut justifier son accusation ». *Ibid.*, pp. 125-135.

²⁴⁵ *Ibid.*, pp. 147-148 : « Dans les cas de flagrant délit, peu importe par qui le fait est constaté. Il n'y a nul inconvénient, par exemple, à ce que le procureur impérial constate qu'on a trouvé un cadavre, mais il serait très dangereux de lui accorder le même pouvoir hors le cas de flagrant délit (...). Qui ne tremblerait de voir tomber chez soi un seul homme revêtu d'un pouvoir aussi inquisitorial ? ».

de saisir le juge d'instruction (art. 22 et 47 CIC)²⁴⁶, sauf en cas de flagrance où le procureur peut instruire et le juge d'instruction s'autosaisir (art. 32 et 59 CIC).

Bien que cette séparation ait été approuvée par une grande partie de la doctrine du XIX^{ème} siècle²⁴⁷, les contradictions structurelles du code d'instruction criminelle, ainsi que les besoins conjoncturels, conduisirent rapidement le procureur impérial à se reconnaître la faculté de diligenter des enquêtes officieuses.

50. Les contradictions structurelles du code d'instruction criminelle. Deux éléments structurels venaient contredire l'esprit général affiché lors des travaux préparatoires. D'une part, le rattachement de la police judiciaire au procureur, puisque la pratique issue de la loi du 7 pluviôse an IX avait montré qu'un tel rattachement favorisait la tentation pour le parquet de faire usage, à son profit, des pouvoirs de recherche reconnus au bénéfice de ses auxiliaires. D'autre part, la possibilité reconnue au procureur de la République de délivrer une citation directe, même en dehors de l'hypothèse de la flagrance, puisqu'elle impliquait que le procureur puisse disposer d'éléments de preuve pour emporter la conviction du

²⁴⁶ Sur l'exégèse des articles 22 et 47 du code d'instruction criminelle, voir BOURGUIGNON (M.), *Manuel d'instruction criminelle*, tome I, *op. cit.*, p. 87 et s. et p. 121 et s. ; CARNOT (M.), *De l'instruction criminelle*, tome I, Nève, 2nde éd., Paris, 1829, p. 201 et s. et p. 264 et s. ; ROGRON (J. A.), *Code d'instruction criminelle expliqué par ses motifs et par des exemples*, Tarlier, Libraire-éditeur, Bruxelles, 1832, p. 19 et s. et p. 29 et s.

²⁴⁷ BERENGER (A.), *De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception, et les doctrines des tribunaux*, L'Huillier, Paris, 1818, p. 272, qui relève qu'il est important d'ôter au procureur « toute espèce d'action coercitive ; son rôle doit se borner à requérir, à poursuivre, à surveiller, à s'enquérir, à conclure à l'audience ; il ne doit jamais aller au-delà, et il serait dangereux de lui accorder le pouvoir de priver un citoyen de sa liberté » ; BOITARD (J.-E.), *Leçons sur les codes pénal et d'instruction criminelle*, Cotillon, 8^{ème} éd., Paris, 1863, n° 622, qui évoque une conséquence fort « logique et fort sage », un « principe rationnel » : « Le ministère public étant partie nécessaire dans toute poursuite criminelle, devait par là-même être exclu du droit de participer à un acte d'instruction quel qu'il fût. En effet disait-on, un acte d'instruction, c'est une décision, c'est une sorte de jugement au moins provisoire ; ordonner qu'une visite domiciliaire sera faite, ordonner que des témoins seront entendus, décerner un mandat, frapper un individu d'arrestation, c'est porter sur son sort une décision, un jugement, provisoire si l'on veut, mais enfin une décision. Or, décider, juger, même provisoirement, c'est un acte du ministère du juge ; or, la qualité de juge et celle de partie sont des qualités incompatibles. Si donc, le ministère public est nécessairement l'adversaire du prévenu, s'il est inévitablement partie, demandeur dans toute procédure criminelle, il s'ensuit qu'il ne peut être juge ; et il serait juge s'il pouvait faire un acte d'instruction, si léger soit-il » ; HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome V, C. Hingray, 1^{ère} éd., Paris, 1853, n° 317, p. 141, pour qui « cette division des pouvoirs, qui maintient exclusivement entre les mains du juge tout la procédure, est la plus forte garantie de l'instruction, puisque le juge, par l'indépendance même de ses fonctions, ne peut avoir d'autres intérêts que les intérêts de la justice » ; ESMEIN (A.), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, *op. cit.*, p. 530, qui relève, à propos de la discussion du projet de code au Conseil d'Etat, que « les partisans des anciennes formes se trouvèrent en face de ceux qui tenaient les procédés suivis dans les lois de l'époque intermédiaire, mais ici, ils avaient pleinement raison, et ils obtinrent gain de cause » ; TREBUTTIEN (E.), *Cours élémentaire de droit criminel*, tome II : *Instruction criminelle*, A. Lahure, Imprimeur-éditeur, 2^{ème} éd. par LAISNE-DESHAYES et (L.) GILLOUARD, Paris, 1884, n° 74, pour lequel il importe de séparer l'information de la poursuite : « Parce que précisément le ministère public n'intente l'action publique que s'il est convaincu de la culpabilité, il ne sera porté à ne relever dans l'information que ce qui est favorable à la prévention. En outre les relations qu'il a forcément avec le plaignant le disposeront à écouter l'accusé avec défiance sinon avec défaveur. Enfin, il est l'adversaire du prévenu et il serait de la dernière injustice de confier à l'une des parties la réception des preuves ».

tribunal correctionnel²⁴⁸. Aussi, le code d'instruction criminelle consacrait-il un système déséquilibré au sein duquel l'autorité en charge de l'instruction, dotée de tous les pouvoirs de recherche, se voyait privée d'agents auxiliaires pour les mettre en œuvre, et l'autorité de poursuite, privée du droit de se livrer à un quelconque acte d'instruction, se voyait confier la direction des agents de la recherche et autoriser à renvoyer directement à l'audience correctionnelle²⁴⁹.

51. Les besoins conjoncturels. Surtout, c'est la faculté, très tôt reconnue au parquet, d'apprécier l'opportunité des poursuites qui a conduit le ministère public à s'octroyer le droit de procéder à des enquêtes officieuses²⁵⁰. En refusant au procureur impérial et à ses auxiliaires la possibilité de se livrer à un quelconque acte d'instruction hors l'hypothèse de la flagrante, le système du code consacrait – implicitement mais nécessairement – un principe d'automatisme de la poursuite²⁵¹. La séparation des fonctions de poursuite et

²⁴⁸En vertu de l'article 182 du code d'instruction criminelle, en effet, « le tribunal sera saisi, en matière correctionnelle, de la connaissance des délits de sa compétence, soit par le renvoi qui lui en sera fait d'après les articles 130 et 160 (...), soit par la citation donnée directement au prévenu et aux personnes civilement responsables du délit, par la partie civile, et, à l'égard des délits forestiers, par le conservateur, inspecteur ou sous-inspecteur forestier ou par les gardes généraux, et, dans tous les cas, par le procureur impérial ». Nous soulignons. La Chancellerie a d'ailleurs rapidement encouragé l'usage de la citation directe et, par voie de conséquence, le recours à l'enquête officieuse. Voir ainsi, la circulaire du 12 novembre 1815 : « Quand le ministère public est saisi de la connaissance d'un fait coupable (...) il a le choix, ou de requérir le juge d'instruction d'informer (...), ou de porter directement la plainte devant le tribunal correctionnel (...). Il doit prendre ce dernier parti, toutes les fois que la compétence du tribunal n'est pas douteuse, et que l'inculpé a un domicile » ; circulaire citée par MASSABIAU (J.-F.-L.), *Manuel du ministère public près les cours d'appel, les cours d'assises et les tribunaux civils, correctionnels et de police*, tome II, Cosse et Marchal, 3^{ème} éd., Paris, 1856-1857, n° 1540, p. 178.

²⁴⁹ En ce sens, LEVY (M.), *De l'information officieuse*, Thèse, Nancy, Imprimerie Georges Thomas, 1934, pp. 25-26 : « Singulier système que celui du code : il mettait face à face deux policiers impuissants. D'une part, le Procureur possédait la réalité du pouvoir d'investigation mais il n'avait pas le droit de l'employer. D'autre part, le juge d'instruction était pourvu de tous les droits de coercition et de contrainte : mais il lui manquait les auxiliaires indispensables pour faire œuvre utile » ; M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n° 225, p. 169.

²⁵⁰ En ce sens, E. MATHIAS, « La marginalisation du juge d'instruction : vers un renouveau du modèle inquisitoire ? », *LPA* 2005, n° 164, p. 3, n° 3 : « (...) l'admission de l'opportunité des poursuites impliquait l'avènement d'une enquête de police » ; CATHERINE (J.), *Les pouvoirs d'instruction du procureur de la République*, Thèse, Paris, 1956, p. 86 ; B. BOULOC, *L'acte d'instruction*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », tome I, Paris, 1965, n° 259, p. 171 : « Avant de prendre une décision, le ministère public a besoin de recueillir des renseignements pour déterminer l'opportunité d'une sanction pénale ». Le rapport de causalité entre l'émergence de l'opportunité des poursuites et le développement des enquêtes officieuses peut cependant être discuté. Voir ainsi, M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n° 215, p. 162, qui relève que l'« on pourrait tout aussi bien soutenir que les officiers du ministère public se sont faits juges de l'opportunité de la répression parce que des dossiers de police plus complets leur en fournissaient la possibilité, et la solution de l'influence réciproque est la plus logique ».

²⁵¹ Treillard avait ainsi affirmé, dans la séance du Corps législatif du 9 novembre 1808, que « le premier vœu de la loi est que toute infraction aux règles soit connue, soit poursuivie, soit jugée (...). Le premier livre du code d'instruction criminelle qui vous est actuellement soumis pourvoit à ce qu'aucun crime, aucun délit, aucune contravention ne restent sans poursuite ». Voir LOCRE DE ROISSY (J. G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, tome XXV, *op. cit.*, p. 344. En ce sens, également, E. MATHIAS, *Les Procureurs du droit : de l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, *op. cit.*,

d’instruction commandait ainsi une ingénierie processuelle au sein de laquelle « la poursuite précède l’instruction »²⁵². Cependant, rapidement, l’engorgement des juridictions d’instruction avait conduit le parquet à s’arroger le droit de classer sans suite les plaintes fantaisistes, et la chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 8 décembre 1826, autorisa le classement sans suite des plaintes « qui n’intéressent pas directement l’ordre public et souvent n’ont d’autre but que de satisfaire des passions ou haines particulières, des intérêts de vanité ou d’amour propre ou de procurer, aux dépens de l’État et sans aucune espèce d’utilité pour l’ordre social, la réparation de quelques torts légers éprouvés par des particuliers »²⁵³. Or, afin d’apprécier s’il est opportun d’exercer l’action publique ou, au contraire, de classer la plainte, le procureur se devait de disposer d’un certain nombre d’éléments d’information. En conséquence, l’opportunité des poursuites imposait l’émergence de l’enquête.

C’est d’ailleurs largement ce besoin conjoncturel de ne pas encombrer les cabinets d’instruction qui a motivé la consécration administrative de l’enquête. Plusieurs circulaires viendront entériner la pratique de l’enquête officieuse. Dès 1817, le procureur de la Seine, Jacquinet-Pampelune, adressait des instructions à ses auxiliaires, par lesquelles il leur recommandait de procéder, sans crainte, à tous les actes d’instruction qui pourraient leur paraître utiles pour éclairer la justice, même hors les cas de flagrant délit : « [s]i vos procès-verbaux, dans ce cas, paraissent n’avoir pas la même force, ils servent au moins de renseignements »²⁵⁴. La Chancellerie recommandera également d’user, le plus souvent possible, de l’enquête officieuse par une circulaire du 9 avril 1825²⁵⁵, confirmée par une

p. 73, qui considère que « l’esprit des rédacteurs était plus proche de l’automatisme de la saisine du juge d’instruction par le parquet que de la légalité des poursuites » ; M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, op. cit., n° 305, qui se fonde sur les nombreux remèdes que prévoyait le code à l’inaction éventuelle du ministère public (art. 235 et 274 CIC ; art. 11 de la loi du 20 avr. 1810), pour considérer que « l’illégalité de l’opportunité de la répression, dans l’optique du code d’instruction criminelle, ne semble pas faire de doute » ; X. MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^{ème} siècle », art. préc., p. 89 : « Le principe d’opportunité des poursuites, totalement absent dans l’esprit comme dans la lettre du code d’instruction criminelle, est certainement le premier outrage des parquets à ce code ».

²⁵² E. MATHIAS, « La marginalisation du juge d’instruction : vers un renouveau du modèle inquisitoire ? », art. préc., n° 3.

²⁵³ Cass. crim., 8 déc. 1826, *Bull. crim.* n° 250.

²⁵⁴ JACQUINET-PAMPELUNE (C.-J.), *Instructions du procureur du roi près le tribunal de première instance de la Seine à MM. les juges de paix, officiers de gendarmerie, maires, adjoints, commissaires de police*, B. Warée, Paris, 1831, p. 54. Sur ces instructions, voir X. MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^{ème} siècle », art. préc., p. 88.

²⁵⁵ GILLET (N. A. P. M.) ET DEMOLY (F.), *Analyse des circulaires, instructions et décisions émanées du ministère de la justice*, tome 2, Marchal, Billard et Cie, 3^{ème} éd., Paris, 1876, p. 30 : « Il ne faut pas multiplier les informations écrites ; quand une affaire est évidemment de la compétence du tribunal correctionnel, si les témoins ne sont pas suffisamment désignés dans la plainte, le procureur du roi n’a pas toujours besoin de requérir une information régulière Il faut charger les juges de paix, les commissaires de police ou les autres officiers de

circulaire du 16 août 1842²⁵⁶. Elle reprendra ces prescriptions dans une circulaire du 1^{er} janvier 1855²⁵⁷, puis dans une circulaire du 13 août 1876²⁵⁸.

52. Conclusion : du préalable fonctionnel au substitut fonctionnel à l'activité du juge de l'avant-procès. Le ministère public s'érige historiquement, dans chacun des systèmes, en un concurrent du juge dans l'avant-procès. En Angleterre, cette concurrence porte sur l'usage de la coercition : la mutation de la *ratio* des pouvoirs d'enquête de la police permet à celle-ci d'user de la coercition antérieurement à la saisine du juge, alors que la combinatoire inverse avait présidé à l'organisation de l'avant-procès et que c'est le juge de paix qui devait traditionnellement autoriser cette coercition. En France, cette concurrence porte sur les opérations matérielles d'investigation qui relèvent, en principe, de la compétence du juge d'instruction, non sur l'usage de la coercition, puisque l'enquête officieuse demeure une enquête consensuelle. Au sein des deux systèmes, l'empiètement demeurerait toutefois tempéré, s'affichant davantage comme un préalable fonctionnel que comme un substitut fonctionnel à la juridictionnalisation. Mais cette concurrence apparaît désormais renouvelée.

B. Une concurrence renouvelée à la place du procès

53. Jusqu'alors, la concurrence du ministère public s'était manifestée par le basculement des investigations, en amont de la saisine du juge. Aussi, était-elle cantonnée au stade de l'avant-procès et pouvait-elle se présenter davantage comme un préalable à la juridictionnalisation, non comme un substitut à celle-ci. Désormais, avec la reconnaissance,

police judiciaire, du soin de prendre des renseignements, puis il faut citer directement à l'audience, où se fait la véritable instruction ».

²⁵⁶ Aux termes de laquelle « [c]'est en prenant à l'avance des renseignements précis auprès des officiers de police judiciaire sur les personnes qui peuvent avoir eu connaissance directe ou indirecte des faits incriminés ainsi que des circonstances qui les ont accompagnés, qu'on parviendra presque toujours à n'appeler que des témoins véritablement utiles. Cette marche doit être généralement suivie, soit qu'il s'agisse d'une information préalable, soit qu'il y ait lieu de saisir le tribunal par la voie de la citation directe ». MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire du 16 août 1842, *Recueil officiel des instructions et circulaires du ministère de la Justice*, tome 2 : 1790-1875, Imprimerie nationale, Paris, 1880, p. 30.

²⁵⁷ Aux termes de laquelle « [l]es procureurs de la République ne doivent pas requérir des informations dans les circonstances où le titre des inculpations, le peu de complication des faits, la position des personnes poursuivies ne les rendent pas nécessaires. Ils ne doivent pas se débarrasser ainsi sur les juges d'instruction, au détriment de la prompte expédition des affaires, du soin de compléter les procès-verbaux par quelques investigations de détail, tandis qu'à l'aide d'une correspondance avec leurs auxiliaires, ils arriveraient plus rapidement à ce résultat ». MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire du 1^{er} janv. 1855, *ibid.*, p. 319.

²⁵⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire du 13 août 1876, *Bulletin officiel du ministère de la justice*, première partie, Imprimerie nationale, Paris, 1876, n° 3, p. 141.

au profit du ministère public, de pouvoirs croissants de traitement des infractions, le juge se voit confronté à une nouvelle concurrence : la concurrence est renouvelée en lieu et place du procès (1), ce qui n'est pas sans soulever certaines interrogations quant à la nature des fonctions et des actes nouveaux du ministère public (2).

1. Un renouvellement pragmatique

54. L'intérêt pratique présenté par le développement des pouvoirs de traitement des infractions dévolus au ministère public (a) est tel que le procès s'en trouve évité (b).

a. Un ministère public vecteur d'une rationalisation du procès

55. Les systèmes français et anglais convergent désormais sensiblement pour demander à leur justice de « réprimer avec plus ou moins de juges ou en tout cas, de temps-juge »²⁵⁹ et pour s'appuyer sur leur ministère public afin de parvenir à cet objectif. Un même argument fut en effet utilisé, de part et d'autre de la Manche : la nécessité d'opérer une rationalisation des pouvoirs, par une meilleure répartition des fonctions de justice répressive, et ainsi un recentrage de la fonction juridictionnelle sur l'essentiel.

²⁵⁹ E. SERVERIN, « Comment l'esprit du *management* est venu à l'administration de la justice » in B. FRYDMAN et E. JEULAND (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2011, p. 57. Pour l'Angleterre, voir J. MCEWAN, « From adversarialism to managerialism : criminal justice in transition », (2011) 31 4 *Oxford Legal Studies* 519-546, pour qui « ce pays est en train de modifier son système de justice pénale de façon profonde, dans une direction qui ne tend pas vers le modèle de *civil law*, mais vers un modèle complètement différent de celui des traditions et de *civil law*, et de *common law*. La nouvelle priorité est l'efficacité (...). En matière pénale, cela passe par l'émergence d'une logique de *management* administratif portée vers l'invention de nouvelles manières de 'traiter' un grand nombre de délinquants ou de suspects au moindre coût, et par une préférence idéologique pour des méthodes industrielles et la loi du marché » ; I. BROWNLEE, « New Labour - new penology ? Punitive rhetoric and the limits of managerialism in criminal justice policy » (1998) 25 *JLS* 313 ; L. BRIDGES, « Towards a culture of complacency: criminal justice under new Labour » (2010) 79 *Criminal Justice Matters* 22 ; S. FIELD et P. THOMAS, « Justice and efficacy ? The royal commission on criminal justice » (1994) 21 *Journal of Law and Society* 1 ; R. COLSON et S. FIELD, *Les transformations de la justice pénale. Une comparaison France-Angleterre*, L'Harmattan, 2011, Paris, pp. 142-143, qui relèvent que « la chaîne pénale est pensée en termes de gestion des flux, d'optimisation des coûts, et de satisfaction des usagers. Sous couvert d'efficacité administrative accrue, il s'agit notamment d'améliorer les performances du système pénal, en y impulsant une logique gestionnaire et en contribuant à l'accélération des procédures. La modernisation de la justice s'apparente ainsi, avant tout, à un renforcement de sa rationalité économique ». Des mêmes auteurs, « La fabrique des procédures pénales. Comparaison franco-anglaise des réformes de la justice répressive », *RSC* 2010, p. 365 et s., et, plus récemment, leur intervention au cycle de conférences organisé par la Cour de cassation in S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale. Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 11 et s. Voir également, A. BINET-GROSCLAUDE, *L'avant-procès pénal : étude comparée Angleterre-France*, *op. cit.*, qui envisage l'adaptation de l'avant-procès à la nouvelle économie de la justice pénale ; H. M. KRITZER, « Disappearing trials ? A comparative perspective » (2004) 1 *Journal of Empirical Legal Studies* 735.

Il s'agissait en France de recentrer le juge d'instruction sur sa véritable mission, c'est-à-dire les investigations portant sur des infractions graves et complexes, tout en faisant cesser la confusion constatée entre les pouvoirs d'instruction et de juridiction de ce juge. Aussi, pouvait-on s'inspirer de la répartition des fonctions offerte par le modèle anglais – une séparation de l'investigation, confiée au ministère public, d'avec les pouvoirs de juridiction préparatoire confiés au juge – pour renforcer les pouvoirs d'enquête du procureur et restreindre les pouvoirs dont le juge d'instruction avait, jusqu'alors, l'exclusivité. Il s'agissait en Angleterre de s'appuyer sur le retranchement de la fonction de poursuivre des mains de la police en raison de la création du *Crown Prosecution Service (CPS)* en 1985, pour renforcer les pouvoirs d'investigation de celle-ci²⁶⁰.

Il s'agissait dans les deux systèmes enfin, de réserver le procès contentieux au jugement des affaires qui soulèvent une véritable contestation. Aussi, convenait-il de permettre que soit apportée une réponse rapide et peu dispendieuse à des infractions de faible gravité, de mettre en place une répression participative assise sur le consensualisme, en justifiant les entorses aux principes guidant habituellement la réalisation de la répression par le caractère réhabilitatif ou réparateur des mesures décidées et la faveur qui en résulte finalement pour la personne mise en cause. De se montrer pragmatique, quitte à sacrifier la dogmatique. De vivre, en quelque sorte, et non de philosopher²⁶¹.

b. Un ministère public acteur de l'éviction du procès

56. Les législateurs français et britannique, souvent précédés par les pratiques initiées par le ministère public lui-même, encouragés d'ailleurs par le Conseil de l'Europe²⁶², se sont

²⁶⁰ Pour une critique de cette approche du législateur anglais, voir K. DE GAMA, « Police Powers and the Public Prosecutions : Winning by Appearing to Lose ? », (1988) 16 *Int. J. Socio. Law* 339 et 352. Selon cet auteur, la police anglaise peut savourer son triomphe sous les apparences de sa défaite, la création du CPS apparaissant « au mieux comme la pilule qui permet de faire avaler le *Police and Criminal Evidence Act*, au pire, comme une preuve de la mutation de l'Etat de droit vers une idéologie de l'ordre » ou encore « comme un troc grossier permettant l'augmentation des pouvoirs de la police ».

²⁶¹ Voir ainsi, GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, tome 3 : *Elaboration technique du droit positif*, op. cit., n° 191, p. 44, qui mettait en garde contre les excès de la technique, en considérant qu'il ne fallait jamais perdre de vue « ni les principes supérieurs de justice, qui forment le contenu substantiel des instruments logiques, ni les intérêts concrets, en dehors desquels les abstractions de l'esprit restent décharnées et sans vie » et ainsi préserver « la souplesse nécessaire des solutions juridiques contre la raideur des éléments constructifs, en inclinant au besoin ceux-ci vers les besoins qu'ils doivent satisfaire ».

²⁶² Voir ainsi, COMITE DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, recommandation n° R (87) 18 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres concernant la simplification de la justice pénale, 17 sept. 1987, p. 1 : « Considérant qu'il pourrait être remédié aux lenteurs de la justice pénale, non seulement par les ressources qui lui sont attribuées et par la façon dont ces ressources sont utilisées, mais aussi par une meilleure définition des priorités dans la conduite de la politique criminelle, tant en ce qui concerne la forme que le fond, par : - le recours au principe de l'opportunité des poursuites ; - le recours, pour traiter les

efforcés d'adapter le traitement des infractions à la situation de la délinquance en introduisant, dans les formes traditionnelles de réalisation du droit de punir, des procédures qui ne correspondaient nullement aux étiquettes qui leur étaient habituellement accolées et qui mettent à l'épreuve le principe, jusque-là indiscutablement partagé, de la juridictionnalisation de la répression pénale : aides à la décision de poursuivre, alternatives aux poursuites, poursuites en forme non contentieuse ou inversant le contentieux.

On a ainsi assisté en France, avec la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, à la création de la médiation. Puis, avec la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, fut créée la composition pénale. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a, quant à elle, introduit la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, procédure dont le champ d'application fut élargi à l'ensemble des délits par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles. Enfin, la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales a introduit la transaction sur l'action publique au profit de l'officier de police judiciaire sur autorisation du procureur de la République.

Outre-Manche, l'on a assisté à la création des *out of court disposals*, qui viennent compléter le traditionnel *guilty plea*, lequel permet, grâce à l'accord obtenu entre l'autorité de poursuite et la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction, d'amputer le processus répressif de la détermination et de la constatation de la culpabilité par l'appréciation juridictionnelle des preuves, et d'aboutir immédiatement à l'audience portant sur la détermination de la peine par le juge.

57. La juridictionnalisation, qui était jusqu'alors la condition de la répression pénale, paraît progressivement devenir, pour le ministère public, la simple mesure de celle-ci. Elle semble désormais avant tout affaire de stratégie. La procédure se transforme, entre les mains du ministère public, en un « produit », pour reprendre l'expression de Jean Danet²⁶³,

infractions mineures et les contentieux de masse : à des procédures dites sommaires, à des transactions par les autorités compétentes en matière pénale et autres autorités intervenant, comme substitut à des poursuites, à des procédures dites simplifiées ; - la simplification de la procédure juridictionnelle ordinaire ».

²⁶³ J. DANET, « La concurrence des procédures pénales » in « Le droit pénal », *APD*, tome 53, Dalloz, 2010, p. 210.

sous son influence, le *process* remplace le procès²⁶⁴, ce qui soulève une nouvelle problématique.

2. Un renouvellement problématique

58. La nature véritable des fonctions actuelles du ministère public, et des actes qui résultent de l'exercice de ses fonctions, pose question. L'évolution présente toutes les apparences d'un renouveau du modèle inquisitoire²⁶⁵, puisque, comme le constate Geneviève Giudicelli-Delage, l'inquisitoire se caractérisait historiquement, avant tout, par la concentration des fonctions entre les mains d'une autorité publique²⁶⁶. Une première approche peut consister à nier simplement que les fonctions de l'institution du ministère public constituent une atteinte à la juridictionnalisation de la répression pénale. Une seconde approche peut consister à constater l'atteinte, tout en en limitant la portée.

Aussi, jurisprudence et doctrine sont-elles confrontées à la tentation de la négation (a) ou à la tentation de l'hybridation (b).

a. La tentation de la négation

59. La concentration des fonctions entre les mains de l'autorité de poursuite ne serait qu'une donnée apparente et toute théorique car les activités et les actes effectués par le procureur ne peuvent être juridiquement assimilés à ceux du juge du siège.

Les activités – les fonctions – du ministère public ne se voient pas, en principe, attribuer le bénéfice du recours à la coercition. Cette « fonction » de coercition demeure bel et bien une fonction dévolue au juge du siège²⁶⁷. Dans les deux systèmes, seul le juge peut autoriser une coercition conservatoire en décidant d'un placement en détention provisoire et, si le

²⁶⁴ Voir ainsi, J. DANET, « Un autre *management* pour une justice de meilleure qualité ? » in J. DANET (coord.), *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, PUR, coll. « L'univers des normes », Rennes, 2013, p. 494, qui constate que « la procédure est devenue un *process* qu'il faut adapter aux ressources et aux besoins de la juridiction en même temps qu'aux inflexions de la politique criminelle ». Rapp., sur la distinction entre processus et procédure, L. CADIET, « La théorie du procès et le nouveau *management* de la justice : processus et procédure » in B. FRYDMAN et E. JEULAND (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, *op. cit.*, p. 111 et s.

²⁶⁵ Voir ainsi, G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées*, *op. cit.*, p. 342, qui parle d'un « néo-inquisitoire ». Voir également, E. MATHIAS, « La marginalisation du juge d'instruction : vers un renouveau du modèle inquisitoire ? », art. préc.

²⁶⁶ G. GIUDICELLI-DELAGE, « La figure du juge de l'avant-procès. Entre symboles et pratiques », art. préc., *loc. cit.*, p. 342 : « (...) il faut bien mesurer que la confusion des fonctions n'est rien d'autre que l'essence même de l'inquisitoire ».

²⁶⁷ Voir ainsi, F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 3^{ème} éd., Paris, 2013, n° 293, p. 196, qui évoquent « la fonction qu'on pourrait dire 'coercitive' ».

ministère public peut bénéficier de la coercition probatoire, celle-ci est limitée dans le temps et encadrée efficacement par la loi.

Le produit de l'activité du procureur – les actes qu'il prend à l'issue de l'exercice de ses fonctions – ne se voit pas reconnaître les mêmes effets juridiques que ceux qui sont habituellement attribués au produit de l'activité du juge. Les réponses pénales décidées par le ministère public ne constituent pas une décision de culpabilité. A la différence d'une décision juridictionnelle, elles ne présentent aucun caractère constitutif. A défaut de constater les éléments du présumé de la règle de droit répressif substantiel, la personne mise en cause demeure juridiquement innocente. Par conséquent, ces réponses pénales interdisent que puisse s'opérer l'imputation des effets décrits par la règle de droit répressif substantiel au comportement qu'elle vise, et il ne saurait être question d'infliger une peine.

Les actes du procureur ne se voient pas, en outre et par voie de conséquence, reconnaître les mêmes attributs que les décisions prises par le juge. Ainsi, la décision de classement sans suite ou *No Further Action* constitue toujours une décision d'administration judiciaire, qui demeure privée de l'autorité de la chose jugée. De même, les décisions prises, en France, sur le fondement de l'article 41-1 du code de procédure pénale, comme les *cautions* en Angleterre, ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée, n'ont pas force exécutoire et ne sauraient constituer le premier terme d'une récidive.

60. Aussi, le monopole de l'acte juridictionnel et, partant, du bénéfice de la juridictionnalisation de la répression, peut-il être considéré comme préservé. Pourtant une telle approche ne serait-elle pas artificielle ? Il faut bien reconnaître que le ministère public s'aventure matériellement dans une activité qui relevait traditionnellement du juge.

b. La tentation de l'hybridation

61. Les évolutions contemporaines des procédures pénales anglaise et française sont embarrassantes pour l'observateur, puisqu'il lui faut reconnaître que les formes classiques de répression, et particulièrement la nécessité dans laquelle se trouvait le ministère public de se constituer partie devant un juge, subissent une lourde épreuve. La fonction juridictionnelle et le produit de son exercice, l'acte juridictionnel, ne semblent plus bénéficier du monopole de la répression. Et le recours aux théories chères aux processualistes – l'action, l'instance et la juridiction – ne semble d'aucun secours pour appréhender les recompositions : l'exercice de l'action est esquivé, l'instance de plus en plus

marginalisée, la juridiction largement rabetée²⁶⁸. Il nous faut dès lors reconnaître que le traitement des infractions n'offre plus aucune ressemblance avec les catégories traditionnelles. Les auteurs français et anglais, qui étudient les fonctions nouvelles du ministère public, se laissent d'ailleurs tenter par l'hybridité lorsqu'ils cherchent à déterminer la nature véritable des activités du ministère public ou des mesures par lui décidées. Les auteurs français évoquent ainsi des pouvoirs de quasi-poursuite²⁶⁹, de quasi-instruction, de quasi-jugement²⁷⁰, parlent de quasi-délégation de la fonction de juger²⁷¹, de quasi-peine²⁷². Le procureur de la République serait dès lors devenu « quasi-juge de l'innocence » et « quasi-juge de la culpabilité »²⁷³, ou encore « quasi-juge du fond »²⁷⁴. Quant aux auteurs britanniques, ils relèvent que les nouveaux pouvoirs du *CPS* constituent des pouvoirs

²⁶⁸ En ce sens, Pierrette Poncela considère qu'avec les récentes réformes de procédure pénale, nous assistons à une étonnante mutation de l'acte de juger « sans encore disposer des catégories juridiques nous permettant de la penser ». Voir ainsi, P. PONCELA, préface à la thèse de C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 120, Paris, 2012, p. XIII. Sur la problématique de l'émergence de nouveaux concepts en droit, voir J.-L. BERGEL, « A la recherche de concepts émergents en droit », *D.* 2012, p. 1567 et s., qui relève que l'on ne peut « se contenter de ce que l'on connaît fort bien en droit positif et qui risque de ne pas suffire pour répondre à de nouvelles situations et à de nouveaux besoins ».

²⁶⁹ En ce sens, V. LESCLOUS, « Le procureur : du mécanicien de la poursuite pénale à l'architecte d'un traitement social, une fonction judiciaire républicaine », *Dr. pén.* 2013, étude 13, n° 4, à propos de la composition pénale.

²⁷⁰ Voir M. DELMAS-MARTY, « La phase préparatoire du procès pénal. Pourquoi et comment réformer ? », communication préc., n° 34, p. 3 ; J.-C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. pén.* 2007, étude 14, n° 3, qui parle de pouvoir « quasi-juridictionnel » du parquet ; J. BEAUME, « Le parquet : après trois décennies, la nécessité d'un nouvel équilibre » in Cour de cassation, *Quel avenir pour le ministère public ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2008, p. 167 : non seulement, le ministère public n'est plus « le simple 'juge de la poursuite ou du classement', mais désormais un 'quasi-juge', qui apprécie la culpabilité du prévenu et choisit le registre de sa réponse pénale ». Voir également, R. GELLI, « Le ministère public en France » in S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale. Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation, op. cit.*, p. 119, qui évoque « [l']accroissement des pouvoirs du parquet en matière d'enquête et en matière quasi juridictionnelle ».

²⁷¹ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, thèse préc., n° 59, p. 60, qui parle, à propos de la composition pénale et de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, d'une « quasi-délégation » de la fonction de juger au profit du ministère public français ; A. VALOTEAU, « Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », *Dr. pén.* 2006, étude 8, n° 11, pour qui, dans le cadre de la composition pénale, « en fait, sinon en droit, le ministère public s'immisce donc dans les fonctions de jugement. Dans ce prolongement, la procédure de jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité consacre une telle immixtion, mais cette fois-ci en droit : c'est le procureur de la République qui propose la peine, que le juge du siège ne détermine donc pas personnellement, mais se contente d'homologuer (CPP, art. 495-8, 495-9) ».

²⁷² J. C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », art. préc., n° 4.

²⁷³ *Ibid.*, n° 4-6.

²⁷⁴ D. CHARVET, « Réflexions autour du plaider-coupable », *D.* 2004, chron. n° 35, p. 2517 : « D'un domaine restreint d'initiative que l'usage lui consentait aux frontières du principe de l'opportunité des poursuites, le parquet est en passe de devenir le 'premier juge' (...). Il devient ainsi un quasi-juge du fond ». Voir également, COMMISSION DE MODERNISATION DE L'ACTION PUBLIQUE (présidée par J.-L. Nadal), *Refonder le ministère public*, Rapport à Mme le garde des Sceaux, ministre de la justice, nov. 2013, p. 3 : « La loi lui a en outre accordé, en instaurant les procédures de composition pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, de se muer en quasi-juge, au risque d'une certaine perte des repères ».

« *quasi-judicial* »²⁷⁵, pour illustrer que ces nouveaux pouvoirs présentent une proximité matérielle avec les pouvoirs du juge.

∴

62. Plan de l'étude. Le ministère public semble bien, dans une mesure croissante, ne plus avoir besoin du juge, abandonnant sa vocation auxiliaire – ancillaire ? – libérale pour désormais déployer son office en dehors du cadre de la juridictionnalisation. Les entrelacs historiques semblent avoir cédé leur place au profit d'interstices. Sa fonction était de lier la contestation avec l'individu mis en cause, d'être partie afin que soit garantie une vérification juridictionnelle contradictoire, vérification sans laquelle aucune sanction ne pouvait être exécutée, aucune investigation coercitive réalisée. Désormais, lorsqu'il souhaite parvenir à la réalisation du droit répressif, la loi lui offre les ressources lui permettant de traiter les affaires, en usant de pouvoirs coercitifs lors de leur mise en état, mais également de pouvoirs rétributifs permettant d'y apporter une réponse.

Aussi, tenterons-nous, dans un premier temps, d'exposer, en les comparant, les mécanismes juridiques qui, au service du ministère public, affaiblissent la juridictionnalisation de la répression pénale (Première partie). Nous nous efforcerons, dans un second temps, d'éprouver les mécanismes qui permettraient de réduire les excès du mouvement afin de restaurer, de manière indiscutable, la légitimité de la répression pénale (Seconde partie).

Première partie : La juridictionnalisation de la répression pénale éprouvée par l'institution du ministère public

Seconde partie : La juridictionnalisation de la répression pénale, épreuve pour l'institution du ministère public

²⁷⁵ A. ASHWORTH, « Developments in the Public Prosecutor's Office in England and Wales », (2000) 8 *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.* 257 ; J. FIONDA, *Public Prosecutors and Discretion. A Comparative Study*, *op. cit.*, p. 38 ; J. ROGERS, « Restructuring the Exercise of Prosecutorial Discretion in England », art. préc., 800 ; J. D. JACKSON, « The Effect of Legal Culture and Proof in Decisions to Prosecute », (2004) 3(2) *Law, Probability and Risk* 109, spéc. 112.

Première partie

La juridictionnalisation éprouvée par l'institution du ministère public

63. A l'épreuve du ministère public contemporain, la juridictionnalisation perd son attrait traditionnel dans le processus de répression pénale : sa force d'attraction mais aussi son intérêt.

64. Certaines fonctions sont distraites de la compétence du juge. L'épreuve subie par la juridictionnalisation est ainsi une épreuve en creux, subie à un double niveau.

D'une part, la consolidation des pouvoirs des autorités en charge des investigations diminue la mesure de la juridictionnalisation nécessaire. Le recours au juge semble désormais cantonné, dans la phase préparatoire, au seul contrôle préalable des actes les plus attentatoires à la liberté, réduit par conséquent à l'octroi *a priori* de la coercition. Les systèmes français et anglais, qui s'opposaient historiquement sur la combinatoire mise en place dans cette phase – séparation des investigations et de la juridiction depuis 1848 dans le système anglais, séparation de la poursuite et de l'instruction, matérialisée par l'institution d'un juge d'instruction, dans le système français –, convergent désormais lorsqu'il s'agit de réprimer les infractions qui ne présentent pas une gravité extrême. L'*iter processualis* y est désormais identique : l'investigation conduite par la police précède la poursuite – décidée,

en France, par le procureur de la République, en Angleterre, par le *CPS* et, pour certaines infractions et à certaines conditions, par la police. Or, ce qui frappe immédiatement le comparatiste, c'est que, dans chacun des systèmes étudiés, malgré l'affichage garantiste qui résulte de la combinatoire mise en place – le juge n'y est plus obligé d'exercer deux fonctions considérées comme incompatibles, l'investigation et la juridiction –, l'organe chargé des investigations n'éprouve qu'exceptionnellement le besoin de saisir le juge – *JP* en Angleterre, juge des libertés et de la détention en France – pour pouvoir remplir sa fonction. La juridictionnalisation de la phase préparatoire n'y est jamais obligatoire. La nécessité de se plier à ses contraintes est désormais largement affaire de stratégie d'enquête et ne se présentera comme une nécessité que lorsque l'investigateur se trouvera à court de coercition, situation elle-même en voie de raréfaction.

D'autre part, le développement des pouvoirs de traitement des infractions reconnus aux autorités traditionnellement en charge des poursuites modifie le sens de la juridictionnalisation de la répression. Puisqu'une réponse pénale peut désormais être apportée par le procureur de la République en France, la police ou le *CPS* en Angleterre, sans que des poursuites ne soient exercées, la juridictionnalisation se trouve progressivement cantonnée, dans la phase décisive, à la seule reconnaissance au profit de la sanction prononcée des effets – la constitution d'une culpabilité – et des attributs – l'autorité de la chose jugée, la constitution du premier terme d'une récidive, la force exécutoire, la substitution de la prescription de la peine à la prescription de l'action publique pour le droit français, etc. – qui sont ceux de l'acte juridictionnel.

La juridictionnalisation s'en trouve ainsi réduite à la délivrance d'une coercition et d'une rétribution ultimes. Celle-ci apparaît désormais évincée en nuances.

65. Qualifier l'épreuve subie par la juridictionnalisation d'éviction pourrait toutefois paraître bien excessif. Il serait, en effet, tout aussi légitime de considérer que la juridictionnalisation se trouve préservée, qu'elle ne se trouve pas évincée mais plutôt rationalisée. Sa nécessité se trouverait désormais concentrée sur les affaires qui justifient véritablement son plein développement, seuls le recours aux actes les plus attentatoires aux droits et libertés de l'individu durant la mise en état et l'infliction de peines véritables devant demeurer de la compétence du juge. Chronophage et dispendieuse, la juridictionnalisation serait ainsi réservée aux seules affaires qui la méritent vraiment. Pourtant, après analyse, l'on constate que la préservation de la juridictionnalisation se révèle de peu d'intérêt.

66. C'est, en effet, la seconde épreuve subie par la juridictionnalisation : cette préservation s'avère, en réalité, sans relief, à un double niveau là encore.

D'une part, cette juridictionnalisation préservée dans l'avant-procès lorsqu'il s'agit d'autoriser le recours à la coercition ultime ne présente pas le caractère contradictoire que l'on serait tenté d'attendre de l'intervention d'un juge. Dans les deux systèmes, le contrôle du juge s'opère largement *ex parte*, à la demande des seules autorités en charge des investigations, sur la base des informations fournies par ces autorités seules, sans que, bien souvent, l'individu amené à subir cette coercition ne soit, ni appelé, ni entendu. Bien plus, au stade préparatoire, cette juridictionnalisation n'intervient qu'*a priori*, sans qu'aucun contrôle ne puisse s'opérer *a posteriori* : les investigations autorisées ne font pas l'objet d'un contrôle juridictionnel provisoire systématique détaché de celui de la culpabilité qui sera éventuellement effectué au cours du jugement sur le fond.

D'autre part, la juridictionnalisation préservée au stade du jugement définitif, en cessant d'être obligatoirement contentieuse, ne permet pas d'instaurer un contrôle efficace des pouvoirs considérables reconnus au ministère public.

La force de cette préservation de la juridictionnalisation s'en trouve ainsi relativisée. Celle-ci apparaît désormais largement figurative, sans substance.

67. Aussi, au constat d'une juridictionnalisation évincée en nuances (Titre 1^{er}), doit s'ajouter celui d'une juridictionnalisation préservée sans substance (Titre 2nd).

Titre 1^{er} Une juridictionnalisation évincée en nuances

Titre 2nd Une juridictionnalisation préservée sans substance

Titre 1^{er}

Une juridictionnalisation évincée en nuances

68. L'étude comparée des pouvoirs du ministère public français et anglais permet de mettre en lumière que la juridictionnalisation – et donc la nécessité dans laquelle se trouve le ministère public de se constituer partie – n'est plus la condition de la réalisation du droit de punir. Elle n'en est désormais que la mesure.

L'évolution des systèmes français et anglais a en effet progressivement abouti à la mise en place d'une ingénierie processuelle subtile qui se caractérise par une gradation symétrique des niveaux de coercition ou de rétribution recherchés par le ministère public et des degrés de juridictionnalisation qu'il lui est nécessaire d'emprunter. L'institution s'est ainsi émancipée de sa *ratio*. La réalisation du droit de punir ne transite plus, pour elle, par l'adoption préalable et nécessaire de la qualité de partie. Lorsque le ministère public souhaite aujourd'hui parvenir à la réalisation du droit répressif, les législateurs français et anglais lui offrent les ressources lui permettant de traiter les affaires en usant, non seulement de pouvoirs coercitifs lors de leur mise en état, mais également de pouvoirs rétributifs permettant de leur apporter une réponse.

La mécanique qui se dessine est habile car elle permet d'insister sur la faiblesse des pouvoirs reconnus au ministère public et sur la rationalisation opérée. Pourtant, la gradation nuancée de la juridictionnalisation en fonction du degré de coercition ou de rétribution recherché par le ministère public constitue bien une combinatoire de la dégradation en nuances de la juridictionnalisation de la répression : une dégradation

symétrique des degrés de juridictionnalisation qu'il a été possible au ministère public d'éviter et des niveaux de coercition ou de rétribution évités dans l'exercice de ses fonctions.

Or, cette mutation est considérable pour saisir la nature de l'institution du ministère public. L'institution fut suscitée pour offrir des formes juridictionnelles à la répression pénale. Désormais, ce sont les formes juridictionnelles qui semblent destinées à permettre au ministère public de dépasser les résistances qu'il serait susceptible de rencontrer. Aussi, la qualité de partie ne participe-t-elle plus de l'essence de l'institution ; elle n'est désormais plus qu'une modalité relevant très largement des choix tactiques opérés par le ministère public lui-même.

69. Nous pourrions le constater en envisageant comparativement l'extension continue des pouvoirs infrajuridictionnels qui sont à la disposition du ministère public français et anglais, d'abord dans le cadre de l'enquête (Chapitre 1^{er}), ensuite dans le cadre du traitement des infractions (Chapitre 2nd).

Chapitre 1^{er} **L'extension continue des pouvoirs d'enquête infrajuridictionnels du ministère public**

Chapitre 2nd **L'extension continue des pouvoirs de traitement infrajuridictionnels du ministère public**

Chapitre 1^{er}

L'extension continue des pouvoirs d'enquête infrajuridictionnels du ministère public

70. Bien qu'historiquement antagoniques, les combinatoires mises en place au sein des systèmes processuels français et anglais convergent désormais largement, pour consacrer une distribution des fonctions destinée à séparer, dans l'avant-procès, l'investigation de la juridiction. Et, même si le système français maintient toujours la possibilité pour le procureur de la République de saisir le juge d'instruction d'une affaire délictuelle, le développement des pouvoirs de celui-ci est animé par la volonté d'évincer la saisine de celui-là lorsqu'une telle saisine ne résulterait pour lui que d'un défaut de coercition.

Le temps où le procureur français, à « court de coercition »²⁷⁶, requérait l'ouverture d'une instruction préparatoire dans une affaire délictuelle est, en effet, révolu. Le ministère public dispose aujourd'hui de moyens d'investigation d'une efficacité telle qu'il parvient à élucider l'immense majorité des affaires dont il est saisi sans recourir au juge d'instruction. Si la situation n'est pas nouvelle, elle tend cependant à se renforcer, surtout depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, loi qui a « manifesté la volonté d'éviter l'ouverture d'une information qui ne serait motivée que par le défaut de pouvoirs de contrainte résultant

²⁷⁶ E. MATHIAS, « La marginalisation du juge d'instruction : vers un renouveau du modèle inquisitoire ? », art. préc., n° 5.

d'une situation qui n'est plus flagrante »²⁷⁷. Elle manifeste ainsi, en creux – puisque le juge d'instruction n'a perdu aucun pouvoir hormis la décision de placement en détention depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes –, un empiètement du parquet sur les fonctions qui relevaient traditionnellement de l'organe de l'instruction préparatoire, à un point tel – les données statistiques suffisent à s'en convaincre²⁷⁸ – qu'il n'est pas excessif de parler, avec Eric Mathias, de marginalisation du juge d'instruction.

Aussi, de part et d'autre de la Manche, les fonctions d'investigation relèvent-elles de la police, supervisée à des degrés divers par le procureur français ou le *CPS* anglais, les fonctions de juridiction relevant, quant à elles, du juge – juge des libertés et de la détention ou *Justice of the peace*.

71. Pourtant, une étude approfondie de la répartition des fonctions démontre que la combinatoire établie par les droits positifs ne répond pas à une séparation des fonctions d'investigation et de juridiction – si l'on entend cette dernière comme la fonction qui autorise le recours à la coercition. Au sein des deux systèmes, le ministère public dispose de larges pouvoirs coercitifs qui ne sont pas subordonnés à l'autorisation d'un juge, et le renforcement contemporain de ses pouvoirs rend très relative la nécessité, pour celui-ci, de se soumettre à une autorisation juridictionnelle *a priori* lorsqu'il souhaite que soit réalisé un acte d'investigation. Au sein des deux systèmes, la loi est ainsi venue élargir les conditions de fond d'exercice des pouvoirs d'enquête reconnus au ministère public.

Une étude de cet élargissement légal, même exhaustive, se révélerait toutefois, à elle seule, insuffisante pour mesurer parfaitement l'ampleur des mutations contemporaines car elle aboutirait à un constat essentiellement statique, isolé des réalités qui se dégagent des techniques d'investigation mises en œuvre en pratique. Car chaque pouvoir en Angleterre, ou chaque cadre d'enquête en France, ne saurait être appréhendé seulement comme un procédé octroyé statiquement par le législateur. Les conditions posées par la loi ne sont pas une donnée inerte que le ministère public se contenterait de respecter. Chaque pouvoir, chaque cadre d'enquête résulte en réalité davantage d'un processus que celui-ci va construire. Il s'inscrit dans une stratégie d'enquête, et l'usage d'un pouvoir peut faire émerger la condition de fond autorisant le recours à un autre pouvoir. De manière

²⁷⁷ M. SCHWENDENER, « Une police aux pouvoirs d'enquête renforcés », in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Dalloz, coll. « Journées d'études Dalloz », Paris, 2004, p. 286.

²⁷⁸ Sur ces données, voir *supra*, n° 2.

dynamique, chaque pouvoir mobilisé peut ainsi faire naître la condition qui autorisera le recours à un autre pouvoir, ce qui amplifie encore l'évitement du juge. Or, parallèlement à cette extension statique, c'est à une extension dynamique des pouvoirs du ministère public que l'on assiste, extension favorisée par la loi et la jurisprudence, tant françaises qu'anglaises.

72. C'est donc par le biais de ces deux approches du phénomène, l'approche statique et l'approche dynamique, que doit être envisagé le renforcement des pouvoirs du ministère public : si la loi et la jurisprudence peuvent encadrer de manière statique le comportement du ministère public, ce dernier va en retour, de manière dynamique, s'adapter aux contraintes qu'elles imposent²⁷⁹. Aussi, est-ce à ce double niveau qu'il convient de se placer : l'analyse de la consolidation statique des pouvoirs du ministère public (Section 1^{ère}) doit être complétée par l'analyse de la consolidation dynamique des pouvoirs de ce dernier (Section 2^{nde}).

Section 1^{ère} **LA CONSOLIDATION STATIQUE DES POUVOIRS D'ENQUETE INFRAJURIDICTIONNELS**

73. Dans une perspective statique, système français et système anglais ont continuellement élargi les pouvoirs d'enquête infrajuridictionnels du ministère public.

Cet élargissement s'est fortement appuyé sur la reconnaissance de ce que le consentement pouvait constituer la source de l'usage d'un pouvoir d'enquête. Bénéficiant des ressources de l'analogie, police anglaise et procureur de la République français s'étaient en effet, au XIX^{ème} siècle, reconnu le droit de se livrer à des actes d'investigation avec le consentement de la personne qui les subissait. L'obtention du consentement permettait ainsi de dispenser le ministère public, qui souhaitait se livrer à des investigations, soit de désigner un juge d'instruction en requérant l'ouverture d'une instruction préparatoire, soit de solliciter l'autorisation d'un *Justice of the peace* en requérant un *warrant*. De façon plus contemporaine, la consolidation des pouvoirs d'enquête infrajuridictionnels transite

²⁷⁹ Sur l'approche statique et l'approche dynamique du droit, voir Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 275 : la théorie statique du droit « cherche à comprendre le droit envisagé comme un ordre créé ou donné ». A l'inverse, la théorie dynamique du droit vise « les différentes méthodes de la création du droit ».

essentiellement par l'élargissement des hypothèses où le ministère public peut recourir à la coercition, diminuant ainsi la nécessité dans laquelle il se trouvait jusque-là de requérir l'autorisation d'un juge.

Le renforcement des pouvoirs coercitifs du ministère public n'a cependant pas remis en cause l'utilité du consensualisme, il en a seulement modifié la portée. Aussi, le consentement constitue-t-il toujours « l'un des 'pouvoirs' les plus importants et les plus efficaces dans l'armurerie de la police », selon la formule de Denis Clark²⁸⁰.

La consolidation des pouvoirs d'enquête infrajuridictionnels du ministère public se manifeste ainsi, dans les deux systèmes, par une pérennisation des pouvoirs d'enquête consensuels (§ 1^{er}) et par une extension des pouvoirs coercitifs (§ 2nd).

§ 1^{er} LA PERENNISATION DES POUVOIRS D'ENQUETE CONSENSUELS

74. Dans chacun des systèmes, la consécration légale, au profit du ministère public, de pouvoirs d'enquête coercitifs n'a pas été suivie par la condamnation de ses pouvoirs d'enquête consensuels²⁸¹. Au contraire, des deux côtés de la Manche, le législateur est venu légaliser les opérations d'enquête consensuelles (A). Leur conformité à la loi s'est ainsi substituée à leur simple compatibilité historique à la loi, ce qui a, certes, permis d'entourer ces opérations de certaines garanties mais, surtout, de renforcer les attributs conférés aux actes qui en sont issus (B).

A. La légalisation convergente des opérations d'enquête consensuelles

75. Dans la tradition du « *policing by consent* » et dans la lignée de l'enquête officieuse, qui émergent au XIX^{ème} siècle, les droits anglais et français ont, respectivement depuis le *PACE* 1984 et le code de procédure pénale de 1959, légalisé le principe des opérations d'enquête consensuelles (1). Seules quelques opérations demeurent exclues, exceptionnellement, du champ du consensualisme (2).

²⁸⁰ CLARK (D.), *Bevan and Lidstone's the investigation of crime : a guide to the law of criminal investigation*, Lexisnexis UK, 3^{ème} éd., Londres, 2004, n° 2.93, p. 37.

²⁸¹ Sur cette évolution des pouvoirs de la police anglaise, voir T. NEWBURN et R. REINER, « From PC Dixon to Dixon PLC : policing and policing powers since 1954 », [2004] *Crim LR* 601.

1. La confirmation de principe

76. A la différence du législateur français qui détermine un cadre général d'investigation impliquant un certain nombre de pouvoirs, le législateur britannique régleme seulement les actes d'investigation, au cas par cas, prévoyant pour chaque acte d'investigation les conditions de fond et de forme devant être respectées par l'autorité qui l'effectue. Malgré cela, comme en France (b), il est possible de déterminer, en Angleterre, après l'entrée en vigueur du *PACE* 1984, un cadre d'enquête général d'investigation fondé sur le consensualisme (a).

a. La légalisation des pouvoirs d'enquête consensuels en Angleterre

77. L'un des principes sous-tendant la création et le développement des forces de police en Angleterre, régulièrement mis en avant par le *Home Office*, réside dans le consensualisme. En vertu des *Peel's Principles*, tout officier de police doit, notamment : « 4. Toujours reconnaître que la mesure dans laquelle la coopération du public peut être garantie diminue proportionnellement la nécessité de l'utilisation de la force physique et de la contrainte pour la réalisation des objectifs de la police »²⁸². Le *PACE* vient ainsi pérenniser la tradition britannique du « *policing by consent* » pour de nombreux actes d'enquête, comme les perquisitions ou les auditions.

78. *La confirmation des perquisitions consensuelles*. Bien que de larges pouvoirs coercitifs de perquisition aient été consacrés par le *PACE* 1984, le législateur anglais n'a pas remis en cause les perquisitions consensuelles qui pouvaient être effectuées sous l'empire

²⁸² HOME OFFICE, *Policing by consent*, 10 déc. 2012. Sur cette tradition, voir REITH (C.), *A New Study of Police History*, Oliver and Boyd, Londres, 1956, pp. 140 et 287, pour qui ces principes constituent une approche du maintien de l'ordre « unique dans l'histoire et dans le monde, car elle se fonde, non pas sur la peur, mais presque exclusivement sur la coopération publique avec la police ». Aussi, pour cet auteur, la tradition anglaise veut-elle que « la police soit le public et le public la police ». Voir également, LEE (W. L. M.), *A History of Police in England*, Methuen & Co, Londres, 1901, p. 61 : « (...) heureusement pour les libertés anglaises, il n'a jamais existé dans ce pays une force de police, à la disposition du gouvernement central, suffisamment forte pour contraindre la nation au sens large. Notre police a toujours été celle du peuple, pour le peuple (...) ». La formulation des *Peelian's Principles* est cependant discutée par les historiens anglais. Bien que Peel ait mobilisé l'esprit de certains de ces principes dans ses discours et dans ses autres communications, les historiens S. A. LENTZ et R.H. CHAIRES n'ont trouvé aucune preuve qu'il n'ait jamais établi une liste officielle. Voir ainsi, S. A. LENTZ et R. H. CHAIRES, « The invention of Peel's principles : A study of Policing 'Textbook' History », (2007) 35 (1) *Journal of Criminal Justice* 69, spéc. 70 : « (...) les *Peel's principles*, comme ils sont généralement présentés et y compris aujourd'hui, sont une invention du XX^{ème} siècle des ouvrages sur la police ». Toutefois, ajoutent les auteurs, la circonstance que les *Peelian's principles* aient été inventés « ne signifie pas qu'ils soient une fiction ».

du droit antérieur. Antérieurement au *PACE* en effet, en dehors d'une permission de la loi, un agent de police ne pouvait, à l'instar de toute autre personne, pénétrer dans un local privé sans la permission de son occupant. Ce principe résultait du *common law* et avait été posé dès le milieu du XVIII^{ème} siècle dans les affaires *Money v. Leach*²⁸³ et *Entick v. Carrington*²⁸⁴. Toute intrusion sans la permission de l'occupant ou de la loi pouvait, par conséquent, constituer un *trespass*, et le *trespasser* était susceptible de faire l'objet d'une action civile.

Le *PACE*, toutefois, n'interdit ni n'autorise les perquisitions effectuées avec l'assentiment de l'occupant. Mais le *Code of practice B*, adopté par le *Home office* sur délégation de la loi, vient, quant à lui, reconnaître la possibilité pour la police d'opérer des perquisitions consensuelles et exige que l'agent recueille, si cela s'avère possible, le consentement écrit de la personne et lui indique le but de la perquisition ainsi que son étendue²⁸⁵. En dépit de cet encadrement, les juridictions se montrent finalement peu exigeantes, admettant que la preuve recueillie à l'issue d'une perquisition illégalement effectuée soit admissible si celle-ci se révèle crédible, comme l'illustre l'affaire *Sanghera* de 2001. Dans cette espèce, un receveur des postes avait dénoncé à la police un prétendu vol mais, ayant le sentiment que l'individu mentait, la police opéra une perquisition minutieuse et découvrit que l'argent prétendument volé avait été dissimulé par la prétendue victime. La *Court of appeal* considéra que la perquisition était illégale car les policiers n'avaient pas préalablement obtenu un consentement explicite de l'intéressé. Et, même si la victime prétendue y aurait très certainement consenti, la cour retient qu'un consentement implicite ne saurait suffire. Toutefois, elle estima que cette question n'entamait pas la crédibilité de la preuve saisie et confirma la condamnation de l'individu²⁸⁶.

L'encadrement instauré par le *Code of practice B* se révèle ainsi relativement inefficace, et les policiers sont souvent tentés de méconnaître les sauvegardes que celui-ci tentait de mettre en place. Il en va d'autant plus ainsi que la section 19 (2) et (3) du *PACE* prévoit que les saisies opérées dans le cadre d'une perquisition peuvent être effectuées sans le

²⁸³ *Money v. Leach* (1765) 96 E.R. 320.

²⁸⁴ *Entick v. Carrington* (1765) 95 E.R. 807.

²⁸⁵ *Code of practice B*, entré en vigueur le 23 octobre 2013, § 5.2 : « Avant de requérir le consentement, l'officier en charge de la recherche indiquera le but de la recherche proposée et son étendue. Cette information doit être aussi précise que possible, notamment en ce qui concerne les objets ou les personnes recherchés et les parties des locaux qui seront perquisitionnés. La personne concernée doit être clairement informée de ce qu'elle n'est pas obligée de donner son consentement, que ce consentement peut être retiré à tout moment – y compris avant que la perquisition ne commence ou lorsque celle-ci est en cours – et que tout objet saisi pourra être produit en justice en tant que preuve (...) ».

²⁸⁶ *Sanghera* (2001) 1 Cr App R 299.

consentement de l'occupant. Dès lors, si celui-ci doit consentir à la perquisition et peut retirer son consentement à tout moment au cours de celle-ci, les policiers peuvent tout de même opérer les saisies des objets d'ores et déjà découverts, sans avoir besoin pour cela de recueillir l'assentiment de la personne. Pour toutes ces raisons, les pouvoirs de perquisition consensuels se révèlent être une précieuse ressource pour les investigateurs. L'efficacité de ces perquisitions est telle qu'environ un tiers des perquisitions effectuées en Angleterre ont lieu avec l'assentiment de l'occupant²⁸⁷.

79. La confirmation des auditions consensuelles. Le *PACE* maintient également les pouvoirs d'audition consensuels qui étaient antérieurement reconnus à la police et qui avaient permis à celle-ci de contourner la prohibition de principe opposée à l'interrogatoire policier par le *common law*. En effet, avant la révision des *Judges' Rules* en 1964, la police n'avait pas la possibilité d'interroger la personne après son arrestation. L'arrestation marquait ainsi la fin des investigations. Elle ne visait qu'à s'assurer de la comparution du suspect devant la juridiction et constituait une mesure de sûreté, non une mesure d'investigation. Toutefois, pour obtenir des preuves supplémentaires par le biais d'un interrogatoire, la police faisait en sorte de placer l'individu dans une situation dans laquelle elle l'interrogeait sans pour autant l'arrêter formellement²⁸⁸. En conséquence, la personne était considérée comme « assistant la police dans ses investigations »²⁸⁹, y compris lorsque l'interrogatoire avait lieu au commissariat. Même après la révision des *Judges' Rules* en 1964, révision qui était venue autoriser, sous certaines conditions, l'interrogatoire d'un suspect, il demeurait fréquent que la police recourt à cette fiction.

Afin de lutter contre les excès de la pratique antérieure, la Commission Philips avait recommandé que la distinction entre l'arrestation véritable et la situation dans laquelle la personne demeurait libre de partir du commissariat soit précisée²⁹⁰, et le législateur adopta en conséquence la section 29 du *PACE* :

« Lorsque, aux fins d'aider dans une enquête, une personne se présente

²⁸⁷ A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice, op. cit.*, p. 358, pour qui la nature du consentement recherché « dans l'ombre de la loi » peut être discutée : « La plupart des gens autorisent sans doute la police à perquisitionner leur domicile, croyant qu'elle dispose du pouvoir de le faire, ou dispose d'un mandat qui l'y autorise, bien que cela ne soit pas le cas ».

²⁸⁸ M. ZANDER, *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, Sweet and Maxwell, Londres, 1985, p. 41 : bien que le droit antérieur au *PACE* 1984 ait toujours été clair – une personne est soit en état d'arrestation soit ne l'est pas –, avant la promulgation du *PACE*, « fréquemment, la police trouvait commode de brouiller la ligne entre la liberté et l'arrestation ».

²⁸⁹ « *Helping the police with their inquiries* », selon l'expression utilisée par les médias anglais.

²⁹⁰ ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc., n° 3.87.

volontairement à un poste de police ou à tout autre endroit où un agent est présent, ou accompagne un agent à un poste de police ou à tout autre endroit sans avoir été arrêtée,

- (a) elle a le droit de partir à son gré, à moins qu'elle soit placée en état d'arrestation ;
- (b) elle doit être informée immédiatement qu'elle est en état d'arrestation si une décision est prise par un agent de police l'empêchant de partir ».

80. Le double visage du policier anglais – à la fois citoyen et autorité publique – demeure ainsi très vivant en droit positif. Toutefois, alors que cette ambivalence avait historiquement permis à celui-ci de se prévaloir de sa qualité de citoyen pour accéder à des pouvoirs qui lui étaient refusés en tant qu'autorité publique, elle lui permet, aujourd'hui, de contourner, en tant que citoyen, les conditions légales de fond, comme de forme, qui s'imposent à lui en tant qu'autorité publique pour faire usage d'un pouvoir. Une telle ambivalence s'est également manifestée en France.

b. La légalisation des pouvoirs d'enquête consensuels en France

81. Le code de procédure pénale de 1959 était venu légaliser l'ancienne enquête officieuse qui avait émergé à la marge de l'esprit du code d'instruction criminelle. L'enquête d'infraction non flagrante constitue ainsi, traditionnellement, le cadre de la plupart des pouvoirs d'enquête consensuels. Toutefois, l'exercice de tels pouvoirs demeure possible dans un autre cadre d'enquête, comme le montre la légalisation récente de l'audition libre.

82. *La légalisation de l'enquête d'infraction non flagrante.* En 1959, le code de procédure pénale légalisera l'enquête d'infraction non flagrante²⁹¹. L'article 14 dudit code charge en effet aujourd'hui la police judiciaire « 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 » et son article 75 habilite les officiers de police ou, sous le contrôle de ces derniers,

²⁹¹ Sur cette légalisation, voir BESSON (A.), « La police judiciaire et le code de procédure pénale », *D.* 1958, chron. XXI, p. 129 et s., spéc. n° 91, p. 144 : pour apprécier l'importance de l'enquête préliminaire, « il suffit de se reporter au régime du code d'instruction criminelle, où l'enquête officieuse en était encore à disputer à ses adversaires ses titres de noblesse » ; dans le même sens, voir MIMIN (P.), « La nouvelle enquête policière », *JCP G* 1959, I, 1500, spéc. n° 23 et s. Voir toutefois, BLONDET (M.), « L'enquête préliminaire dans le nouveau code de procédure pénale », *JCP G* 1959, I, 1513, qui relève que la dignité nouvelle de l'enquête officieuse « comporte une servitude. L'enquête n'est plus une simple pratique, tolérée ou acceptée par l'usage, libre de toute entrave. Elle est régie par des textes auxquels elle devra se plier et qui sont assortis d'une sanction énergique » ; également, G. DENIS, « De quelques aspects de l'enquête préliminaire », *Rev. Pol. Nat.* juin-juill. 1969, p. 5.

les agents de police judiciaire, à effectuer, d'office, ou sur instruction du procureur de la République, « des enquêtes préliminaires ». Et, si le procureur, comme ses substituts, peut ordonner l'ouverture d'une enquête préliminaire sur le fondement de son pouvoir de direction (art. 12 et 41, al. 2, CPP), il peut aussi accomplir lui-même les actes d'une telle enquête, dès lors que le code lui reconnaît « tous les pouvoirs et prérogatives attachés à la qualité d'officier de police judiciaire » (art. 41, al. 4, CPP).

83. L'exclusion de principe de la coercition. Excepté l'hypothèse de la garde à vue, le régime de l'enquête préliminaire était initialement calqué sur le régime jurisprudentiel de l'enquête officieuse. Etant non coercitive, l'enquête préliminaire reposait, et repose d'ailleurs toujours en principe, sur le consentement de celui qui en subit les actes²⁹², et les citoyens ne sont aucunement obligés de prêter leur concours aux actes de celle-ci²⁹³. Aussi, l'article 76 du code de procédure pénale précise-t-il que « les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez qui l'opération a lieu » (al. 1^{er}) et ajoute que « cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait pas écrire, il en est fait mention au procès-verbal ainsi que de son assentiment » (al. 2). De même, initialement, s'agissant des auditions, les personnes consultées étaient juridiquement libres de refuser de prêter leur concours.

A la différence du droit anglais, la doctrine française considère ce consentement comme irrévocable : l'acquiescement initial préalable a pour effet d'autoriser définitivement la prolongation de l'opération d'enquête sur les personnes et sur les choses, sans qu'une rétractation ultérieure ne puisse en venir interrompre l'exécution²⁹⁴. Le législateur ayant

²⁹² VOUIN (R.), « Le code de procédure pénale », *JCP G* 1959, I, 1477, n° 4 : « Quand on sait ce qu'a été l'inspiration des rédacteurs du code, toute simple et pratique, il est certain, par exemple, qu'ils n'ont pas, en légalisant l'enquête préliminaire, pour la mieux régir, modifié la nature de cette enquête » qui reste « fondée, comme par le passé, sur le consentement libre et éclairé de la personne intéressée ».

²⁹³ M. BLONDET, « L'enquête préliminaire dans le nouveau code de procédure pénale », art. préc. : l'enquête préliminaire a « conservé son trait distinctif et son paradoxe interne : elle est une procédure judiciaire, mais qui ne donne aucun pouvoir aux officiers qui la conduisent et qui n'impose aucun devoir aux citoyens qui la subissent (...). L'enquêteur est désarmé au premier refus qu'il essuie et la procédure ne peut fonctionner que dans la mesure où ses sujets le veulent bien ».

²⁹⁴ En ce sens, M. BLONDET, *ibid.*, qui relève certaines différences entre l'ancienne et la nouvelle enquête, notamment au regard des perquisitions : puisque l'article 76 du code de procédure pénale subordonne les perquisitions à l'assentiment de la personne là où la jurisprudence les subordonnait au consentement de celle-ci, « [l]e vocabulaire nouveau recouvre une transformation, assez profonde, des institutions : l'assentiment donné ne peut être repris et la perquisition, désormais, échappe aux sautes d'humeur des particuliers » ; B. BOULOC, *L'acte d'instruction, op. cit.*, n° 313, qui relève que le consentement étant recueilli par écrit, « ce surcroît de forme doit amener l'individu à envisager les conséquences possibles de son acceptation », que la solution inverse impliquerait une difficulté de preuve car « l'intéressé devrait retirer son consentement par écrit » et que « le libellé de la loi ne laisse aucune place au retrait du consentement » ; G. DENIS, *L'enquête préliminaire*.

soumis l'exécution d'une perquisition et d'une saisie aux principes posés dans le cadre de l'enquête de flagrance (art. 76, al. 3, CPP), ces actes doivent en conséquence être nécessaires à la manifestation de la vérité (art. 56 et art. préliminaire, III, CPP) et ne peuvent s'effectuer en dehors des heures légales, ni avant six heures, ni après vingt-et-une heure (art. 59, al. 1^{er}, CPP). Un officier de police judiciaire ou, sous sa responsabilité, un agent de police judiciaire peut, dans les lieux où il opère une perquisition, accéder à des données intéressant l'enquête en cours, accessibles par le système informatique existant (art. 76-3 et 57-1 CPP). Les officiers de police judiciaire sont, dans ce cadre d'enquête, autorisés à interpellier la personne soupçonnée d'une infraction ou le témoin qui y consent²⁹⁵.

84. L'évolution du code de procédure pénale et la consécration de l'audition libre.

Les opérations de l'enquête préliminaire étaient ainsi essentiellement consensuelles, à l'exception du placement en garde à vue qui se révélait, dans ce cadre d'enquête comme dans le cadre de la flagrance, être un acte coercitif²⁹⁶. Le placement en garde à vue n'était toutefois pas obligatoire pour l'officier de police judiciaire. La chambre criminelle, considérant en effet qu'aucune disposition n'impose de placer en garde à vue une personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction²⁹⁷ – exception faite de l'hypothèse où elle a été contrainte de se présenter devant l'officier de police judiciaire –, reconnaissait implicitement l'audition libre du suspect non contraint. Celui-ci pouvait donc être entendu sans bénéficier d'aucun des droits accordés aux gardés à vue.

Étude théorique et pratique, éd. Police-Revue, 1974, n° 334, qui analyse le consentement accordé comme « un contrat passé entre l'intéressé et l'enquêteur. Ce contrat, légalement libellé, dûment daté, localisé et signé des deux parties, est irrévocable ». Voir également, J. BUISSON, « Enquête préliminaire » in *Encyclopédie Dalloz, Rép. pén.*, Dalloz, Paris, 2006, n° 15 : « (...) outre que la position contraire présenterait des inconvénients pratiques insurmontables, la logique du consensualisme qui imprègne encore l'enquête préliminaire commande d'affirmer que, une fois le consentement donné, tout se passe comme si la coercition n'appartenait plus qu'à la force publique qui en est la seule détentrice ».

²⁹⁵ Cass. crim., 24 avr. 1996, pourvoi n° 96-80.672.

²⁹⁶ Sur la notion de coercition ou de contrainte, voir J. BUISSON, « La contrainte » in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard, op. cit.*, p. 915 et s., spéc., p. 919, qui voit dans la contrainte « la soumission du citoyen à l'ordre donné, de quelque manière qu'elle se produise » ; P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, Thèse, Paris II, 2014 ; C. COPAIN, *L'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale française*, Thèse, Lyon III, 2011, n° 14, pp. 17-18, pour qui la coercition est synonyme de contrainte et se définit 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 ».

²⁹⁷ Cass. crim., 28 juin 2000, *Bull. crim.* n° 251 : « (...) 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 » ; Cass. crim., 3 juin 2008, pourvoi n° 08-81.932, *Dr. pén.* 2009, chron. 8, obs. V. Lesclous : « (...) aucun texte n'impose le placement en garde à vue d'une personne qui, pour les nécessités de l'enquête, accepte (...) de se présenter sans contrainte aux officiers de police judiciaire afin d'être entendue et n'est à aucun moment privée de sa liberté d'aller et venir ».

Le législateur est d'ailleurs venu consacrer cette approche. La loi n° 2002-307 du 4 mars 2002, complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, viendra reconnaître à l'officier de police judiciaire la possibilité de retenir les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction pendant le temps strictement nécessaire à leur audition. La loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue est venue préciser que cette durée ne pouvait excéder quatre heures et que, s'il apparaît au cours de l'audition que la personne a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, elle ne peut être maintenue sous la contrainte à la disposition des enquêteurs que sous le régime de la garde à vue (art. 78, al. 3, CPP)²⁹⁸. Aussi, la personne consentante peut-elle être librement auditionnée pendant quatre heures, et son placement en garde à vue ne s'impose-t-il que si l'audition dépasse ce délai ou que, suspectée, il apparaît nécessaire de la contraindre.

85. Ainsi, comme en Angleterre, le consentement constitue en droit français une précieuse ressource qui permet, sous des apparences anodines, d'éluder les conditions légales d'exercice d'un pouvoir coercitif. Toutefois le champ des pouvoirs consensuels n'est pas sans limite.

2. *La prohibition exceptionnelle*

86. De façon exceptionnelle, certaines opérations d'enquête consensuelles se trouvent prohibées (a), sans toutefois que la prohibition ne paraisse véritablement effective (b).

a. **La consécration exceptionnelle de l'indisponibilité**

87. Système anglais et système français se retrouvent pour limiter exceptionnellement

²⁹⁸ Voir ainsi, pour l'enquête de flagrance, art. 62, al. 1 et 2, CPP et, pour l'enquête préliminaire, art. 78, al. 2 et 3, CPP. Pour une critique du dispositif, voir E. MATHIAS, « Pour une loi des suspects...libres (à propos du projet de loi relatif à la garde à vue) », *Dr. pén.* 2011, étude 6, n° 4 : le dispositif présente « le vice rédhibitoire de reposer sur cet axiome que n'aurait pas désavoué Alfred Jarry : les attributs de la liberté s'acquièrent en y renonçant. En conditionnant le bénéfice des droits inhérents à la garde à vue au refus de l'audition libre, les promoteurs de la réforme confinaient en effet à l'absurde. Car enfin, si la présomption d'innocence commande en principe de ne pas priver de liberté le suspect, comment les droits de la défense – qui sont le corollaire de cette présomption – profiteraient-ils aux seules personnes qui abdiquent leur liberté en n'acceptant pas l'audition libre ? ». Voir également, L. MINIATO, « Réflexions à propos de l'audition libre issue du projet de loi relatif à la garde à vue », *Gaz. Pal.* 2010, n° 334, p. 13 et s.

certaines actes d'enquête.

88. *L'illégalité du consentement : l'exemple anglais des fouilles consentuelles.* En Angleterre, par exception, les pouvoirs de fouilles consentuels furent, postérieurement au *PACE*, interdits.

Sous l'empire du *common law*, la police ne disposait pas du pouvoir général de retenir et de fouiller les citoyens²⁹⁹. Comme tout citoyen, l'agent de police pouvait seulement fouiller un autre citoyen avec l'assentiment de ce dernier, et une fouille pratiquée sans le consentement de l'individu qui la subissait constituait un *assault*. Une action civile ou pénale pouvait, en conséquence, être exercée à l'encontre de la police. Le *PACE* ne remet pas en cause ce pouvoir, et les éditions du *Code of Practice A* antérieures à 2003 autorisaient l'agent de police à procéder à une fouille sur une personne consentante. Le consentement de la personne permettait ainsi à l'agent d'user de la fouille en dehors des conditions prévues par les textes – donc même en l'absence de motifs raisonnables de soupçonner la commission d'une infraction –, sans être assujetti aux garanties prévues par les textes – notamment l'obligation de fournir le motif de la fouille et l'enregistrement de celle-ci. Des recherches avaient cependant démontré que la plupart des individus soumis à une fouille n'avaient pas réellement connaissance de la possibilité qu'ils avaient de s'y opposer. Comme l'avait relevé un agent interrogé par David Dixon et *alii*, « un grand nombre de personnes n'ont pas la certitude d'avoir le droit de dire non et ainsi nous nous efforçons de les embobiner pour qu'ils acceptent d'être fouillés »³⁰⁰. Aussi, afin d'éviter que les agents de police n'éludent les garanties entourant la fouille en se fondant sur le caractère consentuel de celle-ci, et notamment l'obligation qui incombe au policier de dresser un procès-verbal, les versions du *Code of Practice A* postérieures à 2003 ont-elles prohibé les fouilles consentuelles. Le *Code of Practice A* dispose ainsi qu' « un agent ne doit pas fouiller une personne, même avec son consentement, lorsqu'aucun pouvoir de fouille n'est applicable. Même si une personne est prête à se soumettre à une fouille volontairement, elle ne doit pas être fouillée, à moins que les conditions posées par la loi pour procéder à cette fouille soient réunies, et la fouille doit être faite conformément aux pouvoirs pertinents et aux dispositions de ce code »³⁰¹. La seule exception prévue à la prohibition des fouilles consentuelles résulte de la fouille

²⁹⁹ La section 66 du *Metropolitan Police Act 1839* (2 and 3 Vict. c. 47) avait toutefois reconnu un pouvoir de *stop and search* à la police londonienne.

³⁰⁰ D. DIXON, D. COLEMAN et K. BOTTOMLEY, « Consent and the Legal Regulation of Policing », (1990) 17 *Journal of Law and Society* 345, spéc. 348.

³⁰¹ *PACE Code of Practice A*, § 1.5, entré en vigueur le 26 octobre 2013.

volontaire précédant l'entrée dans les enceintes sportives ou dans tout autre lieu dans lequel la fouille constitue une condition d'entrée.

89. Le consentement dans la légalité : l'exemple français des heures de perquisitions. En France, sous l'empire du code d'instruction criminelle, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait pu considérer qu' « il ne peut dépendre de la volonté d'un particulier de conférer à des agents de l'autorité un pouvoir ou une compétence qu'ils ne tiennent pas de la loi »³⁰². Aussi, le consentement paraissait-il pouvoir seulement permettre l'usage par la police des pouvoirs déjà consacrés par la loi, en dehors des conditions d'exercice fixées par celle-ci, non d'autoriser l'usage de pouvoirs légalement inconnus.

La légalisation de l'enquête préliminaire renouvela la question de l'étendue de la disponibilité des droits de la personne qui fait l'objet des investigations. Or, comme le relève Jacques Buisson, « [s]i le consentement a pu, *prima facie*, être considéré comme opérant validation de la contrainte, il constitue désormais, depuis la légalisation de l'enquête préliminaire, une condition d'exercice de l'un des actes coercitifs prévus aux articles 75 à 78 du code de procédure pénale »³⁰³. Aussi, la chambre criminelle estime-t-elle que le consentement d'un particulier ne peut jamais valider un acte d'administration de la preuve qui n'est pas prévu par la loi³⁰⁴.

Ainsi, l'officier ou l'agent de police judiciaire qui se livre à une perquisition, même consensuelle, a-t-il l'obligation de respecter les heures légales et ne peut-il, dès lors, pénétrer au domicile de la personne concernée ou dans un lieu assimilé, ni avant six heures, ni après vingt-et-une heures (art. 59, al. 1^{er}, CPP). Le législateur paraît donc avoir marqué les limites du consentement donné. Aussi, faudrait-il considérer comme inopérant l'assentiment d'un particulier laissant entrer les policiers ou les gendarmes en dehors des heures légales, « la violation d'un tel principe devant même être sanctionnée par une nullité d'ordre public »³⁰⁵.

³⁰² Cass. crim., 17 juill. 1858, *DP* 1858, I, 383.

³⁰³ J. BUISSON, « Enquête préliminaire », fasc. préc., n° 77.

³⁰⁴ Cass. crim., 12 déc. 2000, *Bull. crim.* n° 369, à propos d'un juge d'instruction ayant fait procéder, sur commission rogatoire, à l'audition par les gendarmes d'un témoin qui a été placé, avec son consentement, sous hypnose par un expert désigné par ce magistrat. La chambre criminelle considère que « le juge d'instruction peut procéder ou faire procéder à tous actes d'information utiles à la manifestation de la vérité, encore faut-il qu'il se conforme aux dispositions légales relatives au mode d'administration des preuves » et casse l'arrêt de la chambre d'accusation ayant rejeté la requête en nullité : « (...) en statuant ainsi, alors que la violation des dispositions légales relatives au mode d'administration des preuves compromet l'exercice des droits de la défense, la chambre d'accusation a méconnu le principe ci-dessus énoncé ».

³⁰⁵ J. BUISSON, « Enquête préliminaire » fasc. préc., n° 77.

90. Il n'y a donc aucune autonomie de la volonté en droit français et anglais. Le consentement n'est pas la source du pouvoir, mais la condition légale d'exercice de celui-ci. Il ne peut s'appliquer qu'aux actes répertoriés par la loi, à la stricte condition qu'il présente la qualité requise. Pourtant, il n'est pas certain que cela constitue toujours une véritable garantie.

b. L'effectivité relative de l'indisponibilité

91. *Le contournement de la prohibition du « stop and search » consensuel par le recours au « stop and account ».* L'interdiction, et avec elle l'indisponibilité du droit d'être fouillé, demeure cependant, en droit anglais, largement théorique. Si le paragraphe 2.9 du *Code of Practice A* prévoit bien que le policier ne peut, par le biais d'un interrogatoire, justifier *a posteriori* une retenue qui ne s'appuyait pas initialement sur un motif raisonnable de soupçonner la personne, et le paragraphe 2.10 dudit *Code* que les réponses fournies par la personne soupçonnée peuvent dissiper les soupçons et anéantir tout pouvoir de rétention et de fouille³⁰⁶, ces dispositions ne s'appliquent pas à l'hypothèse du « stop and account » consensuel. En effet, alors même que le paragraphe 2.11 du *Code of Practice A* indique que l'agent de police « n'a pas le pouvoir d'arrêter ou de détenir une personne dans le but de trouver des motifs justifiant d'une fouille », cette disposition n'en reconnaît pas moins que les agents de police peuvent être amenés à rencontrer et à interroger les membres du public sans pour autant les retenir contre leur volonté et que, « si des motifs raisonnables de soupçonner émergent au cours d'une telle rencontre, l'agent peut fouiller la personne, même si aucun motif n'existait quand la rencontre a commencé. Si un agent retient quelqu'un afin d'effectuer une fouille, il doit informer cette personne dès que la rétention débute ».

Le droit anglais se montre ainsi indifférent à la source des éléments justifiant la suspicion. Le policier peut donc fort bien interroger toute personne dans la rue afin de

³⁰⁶ § 2.9 : « A la suite de l'interrogatoire de la personne retenue, les motifs raisonnables de suspicion requis pour retenir la personne peuvent être confirmés ou, parce qu'une explication satisfaisante a été fournie, être anéantis. L'interrogatoire peut également révéler des motifs raisonnables de soupçonner la possession d'un autre type d'objet illicite que celui initialement soupçonné. Des motifs raisonnables de soupçonner ne peuvent cependant résulter, *a posteriori*, d'un interrogatoire effectué au cours de la retenue d'une personne ou du refus de celle-ci de répondre aux questions posées » ; § 2.10 : « Si, à la suite d'un interrogatoire effectué avant une fouille ou d'autres circonstances qui ont retenu l'attention de l'agent, il cesse d'y avoir des motifs raisonnables de soupçonner que l'un des objets d'un genre pour lequel il existe un pouvoir de rétention et de fouille est détenu, aucune retenue ou fouille ne peut avoir lieu. En l'absence de tout autre pouvoir légal de rétention, la personne est libre de partir et doit en être informée ».

recueillir ses explications, sans avoir besoin de justifier d'un quelconque motif de la soupçonner de la commission d'une infraction, et, finalement, considérer que la réponse donnée ou l'absence de réponse constitue un motif légitime de procéder à une fouille. En définitive, les pouvoirs de « *stop and account* » apparaissent comme un moyen de recueillir les éléments de la suspicion justifiant la fouille³⁰⁷.

92. L'extension des pouvoirs d'enquête coercitifs opérée par les législateurs anglais et français n'a ainsi pas remis en cause dans son principe la possibilité, qui était reconnue jusque-là d'une manière officieuse au ministère public, de se livrer à des enquêtes consensuelles. Bien qu'en apparence limités, ces pouvoirs consensuels se révèlent d'une grande utilité pour le ministère public français comme anglais, puisque leur légalisation a permis qu'ils soient désormais, non plus seulement compatibles à la loi, mais véritablement conformes à celle-ci et, en conséquence, que leur usage soit entouré de certaines garanties et qu'il leur soit conféré sans discussion un certain nombre d'attributs.

B. La légalisation ambiguë des opérations d'enquête consensuelles

93. *Le paradoxe de la légalisation.* La légalisation des opérations consensuelles demeure un processus fondamentalement ambigu. Historiquement, le consentement permettait à l'autorité d'investigation de suppléer à une carence du pouvoir légal³⁰⁸. La source des opérations d'enquête pouvait ainsi apparaître comme résidant, non dans la loi,

³⁰⁷ Dans le prolongement du rapport MacPherson, l'obligation de dresser procès-verbal à la suite de tout « *stop and account* », même consensuel, fut d'ailleurs édictée. Voir ainsi, MACPHERSON OF CLUNY (W.), *The Stephen Lawrence Inquiry. Report of an Inquiry by Sir William Macpherson of Cluny*, Cm. 4262-I, févr. 1999, recommandation 61 : « Le ministre de l'intérieur, en consultation avec les services de police, devrait veiller à ce qu'un procès-verbal soit dressé par les agents de police de toute rétention et de toute rétention suivie d'une fouille effectuées en vertu de toute disposition législative (et pas seulement en vertu du *Police and Criminal Evidence Act*). Les rétentions non prévues par une disposition légale ou celles dites 'consensuelles' doivent également faire l'objet d'un procès-verbal. Le procès-verbal doit indiquer le motif de l'interpellation, le résultat de celle-ci, et l'identité ethnique de la personne telle qu'elle la définit elle-même. Une copie du procès-verbal doit être remise à la personne interpellée ». Cette recommandation sera transcrite dans le *Code of Practice A*, §§ 4.12 à 4.20, « Enregistrement des rencontres non régies par les pouvoirs statutaires », version en vigueur le 26 octobre 2013. Aux termes du § 4.12, « [l]orsqu'un agent demande, dans un lieu public, à une personne de fournir des explications quant à ses actions, son comportement, sa présence dans une zone, ou encore quant aux raisons pour lesquelles elle détient tel ou tel objet, un procès-verbal de la rencontre, tel que défini au paragraphe 4.17, doit être complété à l'issue de celle-ci et remis à la personne conformément aux paragraphes 4.12 A et 4.17 ci-dessous. Le procès-verbal doit mentionner le nom de l'officier qui a procédé à l'interpellation. Une telle obligation ne s'applique pas dans les circonstances exceptionnelles décrites au paragraphe 4.1 du présent code ». L'enregistrement se limite cependant à mentionner, dans le procès-verbal, le groupe ethnique de la personne, tel que celle-ci le définit. Voir *Code of Practice A*, § 4.17, version en vigueur le 26 octobre 2013.

³⁰⁸ Voir *supra*, n° 42.

mais dans le consentement donné par la personne qui subissait les investigations. La légalisation des pouvoirs consensuels modifie toutefois la problématique. Puisque la loi consacre l'existence de certains pouvoirs consensuels et régleme l'usage de ceux-ci, le consentement est devenu la condition légale de fond de l'usage de ces pouvoirs, les modalités du recueil du consentement étant, quant à elles, devenues les conditions de forme d'un tel usage. Désormais, fort de nombreux pouvoirs réglementés, le consentement permet à la police d'éviter les conditions de fond ou de forme posées par la loi pour exercer un pouvoir. Comme le relèvent David Dixon et *alii*, « la relation entre les acteurs n'est pas considérée comme impliquant un agent de l'Etat et un citoyen, mais plutôt comme impliquant deux citoyens »³⁰⁹.

La légalisation des opérations d'enquête consensuelles vient ainsi substituer à la compatibilité à la loi la conformité à celle-ci des actes qu'elles produisent (1), permettant d'entourer ces opérations de garanties et de conférer aux actes produits certains attributs (2).

1. La compatibilité historique à la loi

94. Le ressort du développement historique des fonctions d'enquête consensuelles des ministères publics français et anglais résultait de l'analogie avec les pouvoirs reconnus à tout citoyen et des ambiguïtés du principe de légalité en matière procédurale³¹⁰. Il est, en effet, possible d'adopter plusieurs conceptions de la légalité procédurale – étant entendu que la légalité s'applique à l'acte dans sa dualité de sens d'activité, d'une part, et de produit

³⁰⁹ En ce sens, D. DIXON, D. COLEMAN et K. BOTTOMLEY, « Consent and the Legal Regulation of Policing », art. préc., p. 346.

³¹⁰ Sur le principe de légalité en procédure pénale, voir R. GASSIN, « Le principe de la légalité et la procédure pénale », *RPDP* 2001, n° 2, p. 300 et s. ; LEVASSEUR (G.), « Réflexions sur la compétence, un aspect négligé du principe de la légalité » in *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à M. Louis Huguency*, Sirey, Paris, 1964, n° 4, p. 13, qui relève que « c'est à tort que l'on énonce généralement le principe de la légalité sous la forme de 'légalité des incriminations et des peines'. En réalité c'est de 'légalité de la répression' qu'il conviendrait de parler, car la répression met en péril la liberté individuelle dès le premier moment où elle s'exerce et jusqu'à l'achèvement de l'exécution de la peine, et cette liberté ne peut trouver de protection que dans la loi. Le principe de la légalité est indispensable pour donner à la répression le caractère objectif fondamental sans lequel on ne peut parler de justice ; il est lié à la séparation des pouvoirs, et trouve son application à chacune des phases de l'œuvre répressive ». L'auteur ajoute que « nul n'a jamais douté que le principe de la légalité dût s'appliquer à la procédure pénale. C'est même en ce domaine qu'il a été observé le plus tôt, du fait de l'ordonnance de 1670 (la grande ressource de la défense était alors de parcourir les nombreux degrés de juridiction pour se prévaloir des vices de la procédure). La déclaration des droits de l'Homme (art. 8) subordonnait le prononcé d'une peine à l'existence d'un texte antérieur 'légalement appliqué'. La Constitution du 4 octobre 1958 ne s'est pas contentée de rappeler, dans son préambule, son attachement aux droits de l'Homme définis par la Déclaration de 1789, elle a pris soin de mentionner expressément (art. 34) parmi les matières relevant du domaine législatif 'la procédure pénale' et 'la création de nouveaux ordres de juridiction' ».

de cette activité, d'autre part. Il est, d'un côté, possible d'avoir du principe de légalité procédurale une vision stricte. L'on considèrera que toute action d'un organe judiciaire doit être autorisée par la loi et qu'un organe judiciaire ne peut effectuer d'autres actes que ceux qu'une disposition législative l'habilite à faire. Autrement dit, un organe judiciaire n'a pas d'autres pouvoirs que ceux qui lui sont attribués et reconnus par les normes législatives : ses facultés d'action sont déterminées limitativement par la loi. En conséquence, chaque fois qu'un organe judiciaire se propose d'effectuer un acte, il faut qu'il puisse s'appuyer sur une disposition législative qui l'y autorise. L'on pourra ainsi dire que la légalité implique une habilitation expresse, quant à l'activité, et une conformité, quant au produit de cette activité, c'est-à-dire l'acte³¹¹. Il est, d'un autre côté, possible d'opter pour une vision minimaliste du principe de la légalité procédurale. L'on considèrera ainsi, au minimum, que jamais un organe judiciaire ne doit, par ses actes, aller contre les normes législatives. Cette acception du principe de légalité postule ainsi la non-contrariété ou la compatibilité entre, d'une part, l'activité exercée par un organe judiciaire et la réglementation de cette activité et, d'autre part, le produit de l'activité conduite par cet organe judiciaire et la réglementation de l'acte fixée par les dispositions législatives. L'on considèrera, en conséquence, qu'un acte est légal si les opérations par lesquelles il fut édicté ne sont contraires, en elles-mêmes, à aucune règle législative sur le fond et sur la procédure.

Après avoir étudié les conséquences théoriques de la compatibilité des pouvoirs consensuels à la loi (a), nous verrons que le ministère public a su tirer profit des contradictions prétoriennes (b).

³¹¹ Sur les diverses acceptions de la légalité, voir EISENMANN (C.), « Les actes de l'Administration, 1949-1950 » et « Les actes juridiques du droit administratif, 1956-1957 » in *Cours de droit administratif*, tome II, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2014, p. 227 et s. et p. 450 et s. ; L. CADIER, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* n° 636 du 15 mars 2006, n° 3, qui recense quatre acceptions : « Si le premier sens de la légalité est, comme dans le langage courant, la conformité à la loi, la légalité s'entend aussi, en un deuxième sens, du 'caractère de ce qui doit être établi par la loi', comme par exemple dans le principe de la légalité des délits et des peines, en un troisième sens, du 'caractère de ce que la loi impose de faire', comme par exemple dans le système de la légalité des poursuites, et, en un quatrième sens, le plus large, comme l'ensemble des dispositions de la loi ou du droit écrit, ou du droit positif : la légalité, c'est alors l'ordre juridique, le droit objectif » ; LAMBERT (L.), *Traité théorique et pratique de police judiciaire*, Joannès Desvigne & Cie, Lyon, 1951, p. 363, pour qui, en procédure pénale, tout ce qui est extra-légal est illégal : « l'enquête officieuse, du seul fait qu'elle ajoute à notre loi criminelle un mode d'informer qui n'y était pas contenu, constitue une pratique nettement illégale : s'il est des lois strictes, ce sont bien les loi pénales et de procédure, que l'on ne devrait en aucun cas tourner ou étirer ».

a. Les conséquences théoriques

95. *La compatibilité à la loi, fondement commun au développement des fonctions d'enquête des ministères publics français et anglais.* La compatibilité à la loi fut le fondement principal du développement des pouvoirs des ministères publics anglais comme français. En Angleterre, l'assimilation du policier à un citoyen a permis à la police de se prévaloir des pouvoirs que le *common law* reconnaissait à tout citoyen dans l'appréhension des personnes suspectées d'avoir commis une infraction. En France, l'émergence de l'enquête officieuse avait suscité d'âpres discussions doctrinales, discussions qui reflétaient les conceptions théoriques de la légalité procédurale – rapport de conformité ou rapport de compatibilité entre les actes judiciaires et la loi. Un premier groupe d'auteurs, qui se révélaient partisans d'une conception stricte de la légalité procédurale – la légalité/conformité –, se prononçaient en faveur de l'illégalité de l'enquête d'infraction non flagrante. Selon eux, cette enquête constituait une violation de la combinatoire mise en place par le code d'instruction criminelle, le principe de la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction ayant conduit le législateur à refuser au procureur impérial la possibilité de se livrer au moindre acte d'investigation³¹². Un second groupe d'auteurs,

³¹² Hélie relève ainsi que « les textes de la loi ne semblent cependant présenter aucun doute. Le principe qui domine toutes ces dispositions est l'extension exceptionnelle des pouvoirs des officiers de police, quand le délit est flagrant, et la restriction de ces pouvoirs, quand le délit cesse d'être flagrant ». Et, poursuit-il, « ces textes du code ont-ils trahi la pensée du législateur ? En les écrivant, n'a-t-il voulu tracer qu'une règle flexible qui se plierait facilement à toutes les exigences de la pratique ? (...) Or, en matière de compétence, il n'y a point d'interprétation, point d'induction qui puisse étendre les limites fixées par la loi ». Il ajoute que la circulaire de 1817, « quoiqu'elle soit directement contraire à la loi, a entraîné les praticiens. Cependant quelques légistes plus éclairés hésitant à les suivre ont essayé du moins de borner la voie illégale où ils s'engageaient. Il importe de remarquer les contradictions où ils tombent. Ils soutiennent que les officiers de police auxiliaires ont le droit de procéder à des actes d'instruction, même hors le cas de flagrant délit, et puis, après avoir posé cette règle, ils ajoutent, là, que ces procès-verbaux n'auront pas à la vérité la même force qu'au cas de flagrant délit, mais qu'ils serviront de renseignements ; ici, qu'il y a lieu de distinguer entre les actes d'instruction, que les officiers de police peuvent se permettre les uns et non les autres. Pourquoi ces distinctions ? Si ces officiers procèdent en vertu de la loi, pourquoi n'exerceraient-ils pas tous les droits que la loi leur confère ? S'ils agissent en dehors de la loi, comment pourraient-ils en exercer un seul ? Et comment admettre qu'ils puissent se transporter sur les lieux, interroger les prévenus et les témoins, dresser des procès-verbaux, saisir les instruments ou le corps du délit, et que tous ces actes d'instruction qui ne peuvent être faits qu'en vertu d'un pouvoir légalement délégué, soient justifiés par ce seul mot qu'ils serviront de simples renseignements ? Est-il possible de se jouer avec plus de légèreté des prescriptions de la loi et des garanties stipulées en faveur des citoyens ? Est-ce que les actes d'instruction en subsisteront moins, est-ce que l'inculpation en sera moins publique, est-ce que l'officier de police aura moins envahi les fonctions du juge, parce que ces actes auront été faits à titre de renseignements ? Mais que sont donc tous les actes de la police judiciaire, sinon de simples « renseignements ? ». HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome III, *op. cit.*, n° 1164-1165. Dans le même sens, MITTERMAIER (C. J. A.), *Traité de la preuve en matière criminelle*, De Cosse et N. Delamotte, Paris, 1848, p. 184 : il n'y a pas de « constatation judiciaire proprement dite ; celle qui fait foi entière parce que (...) elle émane d'un magistrat hautement impartial, connaissant toute l'importance de l'acte auquel il procède, sachant au juste sur quoi doit porter son examen, et dont le greffier vient ensuite attester la véracité. Il serait donc facile d'élever de justes critiques contre les inspections et descentes de lieux faites par les officiers de police ou les fonctionnaires

partisans d'une conception plus souple de la légalité procédurale – la légalité/compatibilité –, se prononçaient en faveur de la légalité de l'enquête d'infraction non flagrante. Tout en se fondant sur l'utilité pratique d'une telle enquête et sa nécessité au regard de l'opportunité des poursuites, ils relevaient que, si le code d'instruction criminelle ne l'autorisait pas, il ne l'interdisait pas non plus. Pour Garraud, la loi « autorise du moins implicitement le procureur de la République à prendre par ses agents tous les renseignements qui lui sont nécessaires pour l'exercice de ses fonctions de ministère public » : la pratique de l'enquête d'infraction non flagrante « n'est pas illégale, elle est extra-légale »³¹³.

administratifs, qui rarement, il faut le dire, peuvent procéder avec le calme et l'intelligente circonspection du juge criminel » ; BOURGUIGNON (M.), *Jurisprudence des codes criminels*, tome I, Librairie de jurisprudence et d'administration d'Antoine Bavoux, Paris, 1825, p. 125 : « Prescrire aux auxiliaires du procureur du roi, lorsqu'un crime non flagrant ou un simple délit leur est déféré, de se transporter sans retard sur les lieux pour en décrire scrupuleusement l'état, de faire comparaître les prévenus, etc., etc., n'est-ce pas les engager à contrevenir formellement aux articles 47 et 54 du (...) code [d'instruction criminelle], suivant lesquels les auxiliaires doivent, dans ces cas, se borner à transmettre au procureur du roi les dénonciations qui leur seront faites, afin que le procureur du roi requière, et que le juge d'instruction ordonne ce qu'il appartiendra ? » et que « [l]es autoriser, dans ces cas de crimes non flagrants et de faits correctionnels, à faire, sans délai, perquisition dans les divers domiciles du prévenu (...), n'est-ce pas les induire à excéder les pouvoirs qui leur sont conférés ? ».

³¹³ GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome II, Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1909, n° 749-750. Dans le même sens, voir LE POITTEVIN (G.), « Enquêtes officieuses » in *Dictionnaire-Formulaire des parquets et de la police judiciaire*, tome 2, Arthur Rousseau, Paris, 1885, p. 65 : « (...) le code d'instruction criminelle n'autorise pas, mais cependant n'interdit pas les enquêtes officieuses : une pratique constante en a fait un des modes usuels d'information ; enfin la Chancellerie recommande et même prescrit d'y avoir recours le plus souvent possible. Ces enquêtes, en effet, sont absolument indispensables, et, si elles étaient interdites, le ministère public ne pourrait plus donner aux plaintes qui lui parviennent la suite qu'elles comportent (...). Comment apprécier si une plainte doit être suivie ou si, au contraire, il convient de l'abandonner, quand, au préalable, des renseignements n'ont pas été pris ? Comment le procureur de la République se formerait-il une opinion, s'il ne connaissait ni les explications que l'inculpé peut fournir, ni les éclaircissements que donnent les témoins ? Les criminalistes qui se renferment strictement dans le texte du code répondent qu'il suffira de saisir le juge d'instruction ou de citer directement devant le tribunal. Mais à quel résultat arriverait-on ? On obligerait le ministère public à donner suite à toute plainte qui lui parviendrait. On en reviendrait, par une voie détournée, au système aujourd'hui universellement abandonné qui refuse au ministère public l'indépendance dans l'exercice de l'action publique (...) ». Il ajoute l'argument combattu par Hélie : « Quels inconvénients voit-on à ce mode de procéder ? Les gendarmes, les officiers de police judiciaire n'ont pas toujours l'expérience voulue ; les dépositions ne sont pas toujours recueillies par eux avec toutes les formalités dont on entoure une instruction régulière ; elles présentent donc moins de garanties. – Mais nous répondons que cette enquête ne vaut que comme renseignements ; elle n'a qu'un but, permettre au procureur de la République de se former une opinion ; si une poursuite a lieu, c'est à l'audience, sur les dépositions orales des témoins, que se fait la véritable instruction qui servira de base au jugement » ; CUCHE (P.), *Précis de droit criminel*, Dalloz, Paris, 1925, n° 323 : « Ces enquêtes officieuses, bien que non prévues par la loi, n'ont rien d'illégal. Elles ne dépassent pas les attributions de police judiciaire, que l'on doit reconnaître, dans toute leur plénitude, au procureur de la République » ; NADAU (H.), *Des enquêtes officieuses dans l'instruction criminelle*, éd. Trévoux, impr. J. Jeannin, 1913, p. 214 et s. Voir également, BLONDET (M.), « La légalité de l'enquête officieuse », *JCP G* 1955, I, 1233, pour qui « [l]'enquête officieuse est prévue par la loi du 28 germinal an VI et par les textes réglementaires pris pour son exécution qui ont été successivement adoptés, l'ordonnance royale des 29 octobre-29 novembre 1820, le décret du 1^{er} mars 1854 et le décret du 20 mai 1903 portant règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie », loi qui n'a pas été abrogée, même tacitement, par la loi du 17 novembre-27 novembre 1808 décrétant et promulguant le livre I^{er} du code d'instruction criminelle.

96. *Compatibilité à la loi et attributs de l'acte du juge.* Si l'on adopte une approche souple de la légalité, c'est-à-dire si l'on admet que celle-ci n'implique qu'un rapport de compatibilité à la norme légale, l'on pouvait tout à fait admettre la légalité des actes de l'enquête d'infraction non flagrante. Cependant, même si l'on admet que la légalité ne postule qu'un rapport de compatibilité entre l'activité et la norme légale, que le ministère public peut effectuer ou faire effectuer des opérations d'investigation consensuelles en dehors des prévisions expresses de la loi, rien ne permettait de considérer que le produit de ces opérations devait se voir reconnaître certains attributs prévus par la loi, notamment en France les attributs de l'acte d'instruction. Si, négativement – c'est la conception de la légalité/compatibilité –, rien n'interdit au procureur de se livrer à des opérations d'investigation consensuelles, positivement, rien ne permet aux actes d'investigation de bénéficier des attributs de l'acte d'instruction – bénéfice qui reste tributaire du respect de la légalité/conformité. S'étant placé en dehors des prévisions de la loi – mais non contre les prévisions de celle-ci –, l'acte consensuel ne saurait revendiquer le bénéfice des attributs des actes qu'elle prévoit : puisque l'enquête d'infraction non flagrante est extra-légale, le produit de cette enquête devait demeurer extra-processuel, c'est-à-dire processuellement inexistant. C'était, d'ailleurs, le sens des formules employées pour désigner cette enquête « officieuse », puis « préliminaire », et conforme à sa *ratio* affichée : destinée à permettre au procureur de bénéficier de quelques éléments d'information pour apprécier les suites à donner à une plainte, elle devrait se trouver cantonnée à l'information du procureur et ne pouvoir être réalisée que préalablement à la décision de déclencher l'action publique. C'est la position soutenue par un petit groupe d'auteurs qui, doutant de la légalité de l'enquête officieuse, se résoudront à l'admettre, se fondant sur la nécessité pratique d'une telle enquête, pourvu qu'elle soit utilisée conformément à sa *ratio*, c'est-à-dire que les pièces où se trouvent consignés ses résultats ne soient pas jointes aux procédures et qu'elles ne soient « communiquées ni aux jurys, ni aux tribunaux correctionnels, ni même aux juges d'instruction »³¹⁴. En effet, si la *ratio* peut constituer une ressource légitime pour l'interprète, c'est à la condition qu'elle constitue également une contrainte.

Ainsi, puisque l'enquête d'infraction non flagrante était officieuse, inexistante processuellement, devaient être déniés à cette fonction les attributs de la fonction d'instruction et devaient être déniés aux actes résultant de l'exercice de cette fonction les attributs reconnus aux actes dérivant de la fonction d'instruction.

³¹⁴ LELOIR (G.), « Des enquêtes officieuses en matière criminelle », art. préc., p. 181 et s.

b. Les contradictions prétoriennes

97. Malgré les conséquences théoriques qui découlent de la compatibilité à la loi des fonctions du ministère public, la jurisprudence va faire preuve de nombreuses contradictions. Si elle avait reconnu que le ministère public, dans l'exercice de ses fonctions, ne pouvait jouir des attributs de la fonction d'instruction, elle avait en revanche admis que les actes de celui-ci pouvaient bénéficier d'attributs similaires à ceux reconnus aux actes du juge d'instruction.

98. *La dénégation, dans l'exercice des fonctions d'enquête, des attributs de la fonction d'instruction.* La jurisprudence fit preuve d'une certaine cohérence, en déniant au ministère public les pouvoirs coercitifs qui lui sont reconnus en flagrance ou qui sont consacrés au profit du juge d'instruction. Aussi, la personne soupçonnée ne pouvait-elle être contrainte de se présenter pour être interrogée, les perquisitions ou visites domiciliaires ne pouvaient-elles avoir lieu qu'avec le consentement du propriétaire, les témoins n'étaient-ils pas tenus de comparître et aucun pouvoir d'arrestation ne pouvait être mis en œuvre³¹⁵. A l'inverse, si les attributs de la fonction d'instruction ne pouvaient être reconnus à la fonction d'enquête, les garanties qui entouraient la réalisation d'un acte d'instruction – autres que la garantie organique résultant de la réalisation de cet acte par le juge d'instruction – ne trouvaient pas à s'appliquer. La jurisprudence autorisait ainsi que ne soient pas reconnues les garanties qui entourent la fonction d'instruction : certains arrêts constataient que, si les témoins avaient été entendus sans prestation de serment, leur audition n'était destinée qu'à valoir comme simple renseignement et qu'il fallait saisir d'urgence des preuves sujettes à déperir, et les pourvois furent rejetés³¹⁶. Les actes de l'enquête officieuse, n'ayant ni de caractère officiel, ni même de valeur légale, n'étaient donc pas soumis aux formes de l'instruction, telles que la citation et la prestation de serment des témoins, et les garanties offertes par la loi du 8 décembre 1897 leur sont inapplicables³¹⁷.

³¹⁵ BLONDET (M.), « Les pouvoirs de la police et de la gendarmerie au cours de l'enquête préliminaire », *JCP G* 1956, I, 1311 : « (...) la gendarmerie, ainsi habilitée à entendre les témoins et le suspect, ne dispose, à leur égard, d'aucun moyen de coercition (...). La gendarmerie est désarmée, elle n'a pas les moyens dont un juge d'instruction dispose : le mandat d'amener qui force l'inculpé ou le témoin récalcitrant, les peines qui menacent, aux termes de l'article 80 du code d'instruction criminelle, le témoin qui refuse de déposer ».

³¹⁶ Jurisprudence constante à partir de 1848. Voir Cass. crim., 28 juin 1866, *Bull. crim.* n° 162 ; Cass. crim., 20 avr. 1875, *Bull. crim.* n° 277 ; Cass. crim., 13 févr. 1879, *Bull. crim.* n° 37 et Cass. crim., 30 mai 1879, *Bull. crim.* n° 112.

³¹⁷ Cass. crim., 27 avr. 1899, *Bull. crim.* n° 97 : « (...) la loi du 8 décembre exclusivement relative à la procédure d'instruction préalable ne déroge en rien à l'article 182 du code d'instruction criminelle aux termes duquel, en matière correctionnelle, le droit de citation directe appartient au ministère public dans tous les cas » ; Cass.

En conséquence, la personne mise en cause dans le cadre d'une enquête officieuse ne pouvait être assistée d'un avocat et ne bénéficiait d'aucun droit à la communication du dossier. Les auteurs ne manquaient d'ailleurs pas de relever le paradoxe qui consistait à accroître les droits de l'inculpé tout en favorisant, grâce à l'officialisation de l'enquête, la restriction du champ de la nécessité de l'inculpation³¹⁸.

Aussi, si la jurisprudence refusait de reconnaître, au profit des fonctions du ministère public, les attributs de la fonction du juge d'instruction, elle écartait corrélativement les garanties qui entouraient les fonctions de ce dernier. Toutefois, elle fera preuve d'incohérences au regard des attributs reconnus aux actes du ministère public.

99. La reconnaissance, aux actes de l'enquête, des attributs de l'acte d'instruction.

Le rapport de compatibilité à la loi et la *ratio* de l'enquête officieuse devaient théoriquement conduire à dénier aux actes d'enquête la qualification de procès-verbal et, partant, les attributs conférés à tout procès-verbal. De même, de tels actes devaient théoriquement n'être destinés qu'au seul procureur, à l'exclusion du juge – d'instruction comme de jugement. En effet, puisque cette enquête était officieuse, le dossier qu'elle constituait ne devait en aucune façon être assimilé à ce que Nadau appelait « 'Le' dossier de 'La' procédure »³¹⁹. Dès lors, les actes divers accomplis au cours de l'enquête officieuse, parce qu'ils ne constituaient pas des actes d'instruction officiels, donnaient lieu à la rédaction de rapports et non de procès-verbaux. Les circulaires, de même que la jurisprudence, avaient rapidement considéré que les actes de l'enquête valaient au moins comme simples renseignements. Cependant, parce que ces actes étaient justifiés par la nécessité d'informer le procureur, et parce que la réalisation de ces actes violait la répartition des compétences entre le juge et le procureur, seul le procureur aurait dû en être destinataire, à l'exclusion du

crim., 11 août 1899, *Bull. crim* n° 255 : « (...) la loi du 8 décembre 1897 ne régit que les actes d'information auxquels il est procédé par les juges d'instruction, [et] aucune disposition de cette loi ne vise les actes préliminaires auxquels il est procédé par le procureur de la République ou par ses auxiliaires » ; Cass. crim., 3 févr. 1900, *Bull. crim.* n° 52 : « (...) l'avertissement prescrit au juge d'instruction par l'article 3 de la loi du 8 décembre 1897 l'est également, par l'article 5, au procureur de la République, lorsqu'il interroge un inculpé trouvé hors de l'arrondissement où a été délivré le mandat et à une distance de plus de dix myriamètres du chef-lieu de cet arrondissement ; que telle n'était pas la situation de Martin ; que les dispositions invoquées ne lui étaient donc pas applicables, et que, prises par le législateur pour la protection des inculpés qui sont dans les liens d'un mandat de justice, on ne saurait les étendre arbitrairement à des cas essentiellement différents ; que, dès lors, le procès-verbal du procureur de la République a pu légalement être joint à la procédure pour être débattu à l'audience et placé sous les yeux du juge ».

³¹⁸ En ce sens, voir le commentaire de Garçon (M.), *Rev. pénit.* 1928, p. 160 : « Le commissaire de police informe ; il n'est tenu à aucune des obligations qui lient le juge, il opère, comme il veut, sans contrôle. En quelques heures, il a entendu tous les témoins, confrontés, interrogés (...) le juge reçoit un dossier complet, son instruction est faite, il ne lui reste plus qu'à avertir l'accusé – dérisoire ironie – qu'il peut ne s'expliquer qu'en présence d'un défenseur. L'instruction du commissaire de police n'offre aucune garantie ».

³¹⁹ H. NADAU, *Des enquêtes officieuses dans l'instruction criminelle*, *op. cit.*, p. 229.

juge. L'article 342 du code d'instruction criminelle, qui consacrait le principe de la liberté de la preuve par le biais de l'intime conviction des jurés, ne s'attachait qu'aux modes de preuve, non aux conditions du recueil de la preuve. La liberté de la preuve, qui régissait la matière répressive, ne permettait pas de conférer admissibilité à une preuve recueillie de manière illégale. En conséquence, les renseignements auraient dû être considérés comme inexistantes et ne devaient pas pouvoir être communiqués au juge en figurant au dossier³²⁰. De même, les actes de l'enquête diligentée par le procureur ne devaient pas, hors cas de flagrance, se voir attribuer la possibilité d'interrompre la prescription de l'action publique. En effet, aux termes des articles 637 et 638 du code d'instruction criminelle, l'action publique se trouvait prescrite après dix années, en matière criminelle, et trois années, en matière correctionnelle, à compter de la commission du crime ou du délit, « si dans cet intervalle il n'a été fait aucun acte d'instruction ni de poursuite ». La doctrine avait très justement relevé que les actes de l'enquête officieuse ne pouvaient, en théorie, être assimilés à des actes de poursuite – actes par lesquels le ministère public exerce l'action publique et ceux par lesquels la partie civile la met en mouvement – ou à des actes d'instruction – actes accomplis par l'autorité qui a reçu le pouvoir d'y procéder, qui tendent à éclairer l'autorité judiciaire³²¹. Aussi, Roux relevait-il que ces actes étant « antérieurs au réquisitoire du ministère public, ils ne sont à ranger ni parmi les actes de poursuite qui émanent de ce dernier, ni parmi les actes d'instruction qui ne peuvent émaner que d'un magistrat

³²⁰ *Ibid.*, p. 259 : « (...) comme élément de conviction pour le juge, à mon sens, le renseignement, à lui seul, ne vaut rien, absolument rien ; il est radicalement impuissant à déterminer la conviction du juge. Celui-ci doit apprendre à discerner le simple renseignement de la preuve, et il doit juger uniquement d'après celle-ci, jamais d'après celui-là. Le renseignement doit être tenu par lui pour inexistant, non avénu ». Voir également, LELOIR (G.), « Des enquêtes officieuses en matière criminelle », art. préc., p. 185 : « (...) à quoi bon toutes ces précautions prises contre les inexactitudes et les erreurs, si à côté de l'information régulière, on doit trouver dans le dossier une première information faite par un officier sans qualité et qui cependant pourra produire sur le juge du fond autant d'impression que l'instruction elle-même ». L'auteur ajoute : « (...) nous demandons qu'on continue à faire des enquêtes officieuses, mais qu'il soit interdit de joindre les procès-verbaux qui les constatent aux procédures criminelles, et de les communiquer aux tribunaux correctionnels, soit même au juge d'instruction ». *Ibid.*, p. 195.

³²¹ En ce sens, MANGIN (M.), *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, op. cit., n° 343 : « (...) il n'y a réellement d'actes d'instruction ou de poursuite capables d'interrompre la prescription, qu'autant que ces actes sont émanés de fonctionnaires qui tenaient de la loi le droit de le faire » ; GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, L. Larose et Forcel, 3^{ème} éd., Paris, 1888, n° 447, p. 497 : « (...) la validité d'un acte de poursuite et d'instruction suppose qu'il émane d'un officier public compétent *ratione materiae* et *ratione loci*, et qu'il a été accompli avec toutes les formalités substantielles ». Voir également, HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome III, C. Hingray, Paris, 1848, n° 194, p. 727, pour qui les actes de poursuite et d'instruction, que sont notamment les procès-verbaux et les mandats de comparution, d'amener, de dépôt, « n'interrompent la prescription qu'autant qu'ils sont émanés de fonctionnaires compétents pour y procéder » ; NADAU (H.), *Des enquêtes officieuses dans l'instruction criminelle*, op. cit., p. 242 : « (...) le caractère essentiel des actes auxquels il est procédé à l'enquête officieuse est justement de n'être point actes d'instruction officielle ; ils donnent lieu, non à des procès-verbaux, mais à de simples rapports. Conséquence nécessaire : ils n'interrompent pas la prescription ».

instructeur »³²². Cependant, malgré la logique initiale qui a présidé à l'émergence de l'enquête officieuse, la chambre criminelle allait rapidement s'efforcer d'accorder aux actes de l'enquête « officieuse » les attributs conférés aux actes d'instruction, sans bien sûr faire application à la fonction d'enquête des garanties entourant l'exercice de la fonction d'instruction. En un mot, elle conféra aux actes d'enquête les attributs de l'acte d'instruction, sans lui imposer les garanties qui entourent la fonction d'instruction. Malgré l'inexistence qui aurait dû découler, tant de la *ratio* de l'enquête que de l'illégalité de celle-ci, la jurisprudence a rapidement reconnu l'admissibilité des éléments de preuve tirés de l'enquête et la transmission des actes de l'enquête officieuse, tant au juge d'instruction qu'à la juridiction de jugement³²³. Dans son arrêt du 8 octobre 1840, la chambre criminelle estima qu'il n'y avait pas lieu d'annuler les renseignements obtenus par le procureur à la suite d'une enquête officieuse, en considérant que ceux-ci devaient demeurer au dossier, non en qualité « d'actes d'instruction », mais au titre « d'actes extra-judiciaires »³²⁴. Malgré l'absence de valeur légale de ces enquêtes, la jurisprudence admit que ses résultats puissent être soumis au jury en vertu du pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'assises (art. 268 et 269 CIC)³²⁵ et qu'ils puissent toujours être communiqués au tribunal correctionnel qui pouvait tenir compte des renseignements recueillis, pourvu qu'ils soient versés aux débats pour être discutés contradictoirement. La jurisprudence reconnut ainsi au bénéfice de l'enquête les attributs qui étaient consacrés au profit de l'instruction. Elle alla même plus loin. Elle écarta les sujétions qui pesaient sur l'acte d'instruction. Il en allait notamment ainsi de l'interdiction résultant de l'article 341 du code d'instruction criminelle,

³²² ROUX (J. A.), *Cours de droit criminel français*, tome II : *Procédure pénale*, Recueil Sirey, 2^{ème} éd., Paris, 1927, p. 222, *ad notam*.

³²³ Sur l'évolution de la jurisprudence relativement à cette question, voir M. BLONDET, « L'utilisation par les juridictions répressives des procès-verbaux d'enquête officieuse », *JCP G* 1955, I, 1267, qui note que [l]a jurisprudence, au cours de son évolution, a manifestement débordé les textes ». Il poursuit : « Les procès-verbaux d'enquête préliminaire, dans la pratique française, sont versés aux débats. Le juge y puise des renseignements qu'il considère comme des éléments réguliers de preuve et il ne distingue pas, parmi ces renseignements, ceux qui ont été corroborés par les témoignages recueillis à l'audience et ceux qui ont été contredits. Lorsqu'un prévenu a avoué à l'enquête et s'est rétracté à l'audience, les juges donnent couramment la préférence aux déclarations consignées dans les procès-verbaux. Il font ainsi prévaloir, et nul ne s'en étonne, une procédure préliminaire et écrite sur l'instruction ».

³²⁴ Cass. crim., 8 oct. 1840, *Bull. crim.* n° 300 : la chambre criminelle rejette le moyen tiré d'une violation de l'article 305 du code d'instruction criminelle, disposition prévoyant la délivrance gratuite à l'accusé d'un certain nombre de pièces, parmi lesquelles figurent les actes d'instruction. La chambre rejette ce moyen, au motif que l'article 305 « ne prescrit point, à peine de nullité, la délivrance gratuite aux accusés des pièces énumérées dans son second paragraphe ; qu'il leur confère tout au plus le droit de réclamer cette délivrance et d'argumenter plus tard, dans leur intérêt, du refus qui leur en serait fait ; qu'au surplus les pièces qui constatent que, depuis l'arrêt de cassation du 24 avril dernier, le ministère public avait pris et recueilli des renseignements, étaient de nature extra-judiciaire qui ne constituaient pas une information supplémentaire de la nature de celles autorisées par l'article 303 dudit code, et ne devaient pas être classées parmi celles dont il s'agit dans l'article 305 ».

³²⁵ Cass. crim., 29 juin 1855, *DP* 1855, I, p. 319.

qui prescrivait au président, après avoir posé aux jurés les questions, de leur remettre, par l'intermédiaire du chef du jury, « l'acte d'accusation, les procès-verbaux qui constatent le délit, et les pièces du procès, autres que les déclarations écrites des témoins »³²⁶. La chambre criminelle estima que la communication au jury des pièces de l'enquête officieuse était permise, pourvu que le président de la juridiction ait joint ces pièces à la procédure en tant que renseignements³²⁷, puisque, comme elle l'affirma dans un arrêt du 22 décembre 1887, de telles déclarations « ne sauraient être considérées comme des dépositions écrites de témoins dans le sens de l'article 341 »³²⁸. Bien plus, un arrêt du 20 novembre 1891 rendit cette remise, non plus seulement possible, mais obligatoire³²⁹. Une telle jurisprudence prescrivait donc la remise au jury de l'instruction officieuse, alors que la loi venait interdire la transmission au jury de l'instruction officielle³³⁰.

Si le ministère public pouvait produire devant toutes les juridictions les éléments recueillis au cours de l'enquête officieuse, s'était posée la question de savoir s'il pouvait faire état tardivement – à l'instar du mis en cause – de pièces recueillies au cours de l'enquête officieuse et, spécialement, de renseignements obtenus avant l'ouverture des débats devant la cour d'assises, afin de bénéficier d'un effet de surprise. Par plusieurs décisions, la jurisprudence avait reconnu ce droit au ministère public, tout en réservant à la personne mise en cause la faculté de s'opposer à la poursuite de l'audience et de demander, soit un sursis pour préparer sa défense, soit même un renvoi de l'affaire, pourvu que cette demande soit formulée sur le champ, au moment de la lecture des pièces³³¹. La

³²⁶ Nous soulignons.

³²⁷ Cass. crim., 12 févr. 1880, *Bull. crim.* n° 31 : cassation d'un arrêt de condamnation rendu par la cour d'assises, au motif que, non seulement le procureur général « est sorti des limites du pouvoir que la loi lui attribuait, en usurpant des fonctions qui n'appartenaient qu'au président de la cour d'assises, mais surtout que l'accusation s'étant servie des pièces saisies, sans qu'une ordonnance du président les ait jointes à la procédure comme renseignements, et le jury en ayant eu connaissance, ces documents ont pu avoir sur sa déclaration une influence qu'ils n'auraient pas dû légalement exercer ».

³²⁸ Cass. crim., 22 déc. 1887, *Bull. crim.* n° 441, à propos d'un procès-verbal de gendarmerie complétant les aveux de l'accusé et les indications par lui fournies, non signé, sans serment de celui-ci. Pour la cour, de telles déclarations ne sauraient être considérées « comme des dépositions écrites de témoin dans le sens de l'article 341 précité ».

³²⁹ Cass. crim., 20 nov. 1891, *D.* 1892, I, 439, censurant l'arrêt de la cour d'assises ayant refusé d'ordonner cette remise. Dans le même sens, Cass. crim., 25 janv. 1934, *D. H.* 1934, 167.

³³⁰ Voir LEVY (M.), *De l'information officieuse*, thèse préc., p. 183, qui considère qu'« il y a là, si l'on veut bien y réfléchir, une singulière ironie. Comment nier que l'article 341 ait voulu, avant tout, assurer la prépondérance des débats oraux, et spécialement des témoignages oraux, en prohibant la remise aux jurés des 'déclarations écrites des témoins' ».

³³¹ Cass. crim., 8 sept. 1887, *Bull. crim.* n° 333, à propos de pièces nouvelles versées aux débats en vertu du pouvoir discrétionnaire du président, alors que le demandeur avait, en raison de la production inopinée de ces documents, sollicité le renvoi de l'affaire à la prochaine session. La cour d'assises avait rejeté cette demande, au motif que les pièces nouvelles n'avaient été produites qu'à titre de simples renseignements et ne devaient pas être remises en copie. La chambre criminelle censura cette décision : « Attendu qu'il résulte de ces faits que le demandeur n'a pas été en mesure d'apprécier ni de débattre les pièces dont il n'avait pas eu

jurisprudence alla même plus loin, pour finalement reconnaître au procureur la possibilité de se constituer un dossier secret pouvant demeurer caché s'il n'entendait pas produire à l'audience des pièces qui en étaient issues³³². Il n'en allait différemment que pour l'enquête officieuse conduite antérieurement à l'ouverture d'une instruction préparatoire : par un

connaissance par lui-même ou par son conseil, et que, par le refus du renvoi de l'affaire à une date ultérieure, il a été privé du seul droit qu'il pût encore invoquer » ; Cass. crim., 9 août 1888, *Bull. crim.* n° 275 : le ministère public avait, au cours des débats, en répliquant au défenseur de l'accusé, lu plusieurs lettres relatives à la moralité de ce dernier qui faisaient partie d'un dossier confidentiel, sans demander la jonction aux débats de ce dossier. La chambre criminelle rejette le moyen tiré de la violation de l'article 296 du code d'instruction criminelle, en jugeant que « ni l'accusé ni son conseil ne se sont opposés à cette lecture ; que ni le président ni la cour ne l'ont interdite et que le demandeur a pu fournir sur les lettres dont s'agit toutes les explications qu'il a jugées utiles dans l'intérêt de sa défense » ; Cass. crim., 7 janv. 1889, *Bull. crim.* n° 213 : rejet par la chambre criminelle du moyen tiré de la violation des articles 302 et 305 du code d'instruction criminelle, à propos de la lecture à l'audience de pièces contenues dans un dossier confidentiel, et notamment d'une déposition de témoin reçue par un juge de paix après la clôture de l'instruction et sans délégation régulière, sans que lesdites pièces aient été préalablement communiquées à la défense et sans qu'il en ait été délivré copie aux accusés. Selon la chambre criminelle, « les pièces dont s'agit faisaient partie du dossier de la procédure où elles étaient classées dans une chemise spéciale ayant pour titre 'dossier confidentiel' » et, puisqu'il a été donné lecture de ces pièces à l'audience, « les accusés et leur conseil en ont eu par cela même connaissance », « ils ont pu en prendre communication » et « il n'est point allégué que cette communication leur ait été refusée ». Par ailleurs, elle estime que les seules pièces dont copie doit être délivrée aux accusés, aux termes de l'article 305, « sont les procès-verbaux constatant le délit et les déclarations écrites des témoins » et qu'« en admettant qu'une déposition reçue par le juge de paix, après clôture de l'instruction et sans délégation régulière, puisse être considérée comme une déposition de témoin, au sens de l'article 305, les dispositions dudit article 305 ne sont pas prescrites à peine de nullité » ; Cass. crim., 7 janv. 1892, *Bull. crim.* n° 1, à propos de la sollicitation, par le ministère public, d'informations de la part du parquet de Saint-Calais, sur l'attitude de l'un des accusés antérieurement aux débats, et de la lecture du télégramme ainsi reçu lors du réquisitoire. La chambre criminelle rejette le moyen tiré de la violation des articles 302, 303, 304, 305 et 341 du code d'instruction criminelle, puisque la pièce incriminée « ne constituait qu'un simple renseignement de service réclamé par le ministère public dans l'intérêt de la manifestation de la vérité », qu'elle n'a été lue « qu'après autorisation sollicitée et obtenue du président des assises agissant dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire », que l'article 296 du code d'instruction criminelle autorise le président à ordonner l'apport de toute pièce, que le télégramme « a été immédiatement après la lecture publique qui en a été donnée, communiqué aux défenseurs, d'ordre du président » et qu'« aucune disposition de la loi n'exige, pour un tel cas, la communication préalable et que la communication immédiate est pleinement suffisante pour mettre la défense en mesure, quel que soit l'état du débat, soit d'apprécier la pièce produite et de la débattre, soit de fonder sur sa production inopinée et postérieure au départ des témoins une demande de renvoi de l'affaire à l'un des jours suivants ». Voir également, Cass. crim., 5 janv. 1911, *Bull. crim.* n° 2.

³³² Cass. crim., 6 août 1889, *Bull. crim.* n° 290, pour la reconnaissance du droit du parquet de constituer un dossier confidentiel ; Cass. crim., 12 août 1889, *Bull. crim.* n° 298, pour la reconnaissance du droit du parquet d'en tenir l'existence cachée ; Cass. crim., 25 avr. 1907, *Bull. crim.* n° 190, où la chambre criminelle ne voit aucune irrégularité dans le fait, pour le ministère public, de détenir des pièces non inventoriées dont il n'a pas fait état : « (...) si les cinq pièces dont il s'agit, non cotées, ni inventoriées, figurent bien dans le dossier soumis à l'examen de la Cour de cassation, il n'est pas établi que lesdites pièces aient été jointes à la procédure, pendant l'instruction faite devant la cour d'assises, ni qu'il en ait été fait état ». Dès lors, « les accusés ne sont pas fondés à se plaindre de n'en avoir pas reçu communication » ; Cass. crim., 25 avr. 1907, *Bull. crim.* n° 193, où la chambre criminelle ne voit aucune irrégularité dans le fait, pour le ministère public, de nier l'existence au dossier de pièces favorables à l'accusé. Dans cette espèce, le pourvoi soulevait le moyen pris de ce que le ministère public aurait produit aux débats une pièce inconnue de l'accusé et aurait nié, malgré les affirmations de ce dernier, l'existence au dossier de pièces qui lui étaient favorables. Selon la chambre criminelle, « le ministère public est indépendant dans l'exercice de ses fonctions ; (...) il a le droit de dire tout ce qu'il croit convenable au bien de la justice, comme de produire tous les documents et de donner toutes les explications qui lui paraissent utiles, sauf le droit des parties en cause d'examiner et de discuter les documents produits et de combattre les arguments présentés au nom de l'accusation ». Voir, sur ces arrêts, la critique de Demogue (R.), *Rev. Crit.*, 1908, p. 332 : « Si la loi ne le juge pas assez impartial pour faire de l'instruction, l'est-il assez pour décider de la valeur des pièces qu'il peut détenir ? ».

arrêt en date du 6 juillet 1955, la chambre criminelle avait ainsi annulé une instruction ouverte et poursuivie sans que les procès-verbaux d'enquête n'aient été versés au dossier³³³.

Un autre attribut de l'acte d'instruction fut reconnu à l'acte d'enquête : le caractère interruptif de prescription de l'action publique. Dans un arrêt du 25 juillet 1890, en effet, la chambre criminelle déclara que les actes accomplis par des gendarmes – qui n'avaient pas, à l'époque, la qualité d'officiers de police judiciaire – devaient être considérés comme des actes de poursuite et d'instruction et qu'ils interrompaient la prescription de l'action publique³³⁴. Une telle solution avait été confirmée par un arrêt en date du 30 mars 1911³³⁵. Et, dans un arrêt en date du 15 avril 1937, la chambre criminelle retint expressément que tout procès-verbal d'enquête officieuse devait être considéré comme un acte d'instruction ou de poursuite interrompant la prescription, que l'enquête soit effectuée d'office ou à la demande du parquet³³⁶.

³³³ Cass. crim., 6 juill. 1955, *Bull. crim.* n° 339, à propos d'un réquisitoire introductif délivré contre une personne au vu d'un rapport de police attestant qu'elle aurait passé des aveux et qu'une visite domiciliaire effectuée à son domicile aurait permis de découvrir des documents de nature à démontrer sa culpabilité, sans qu'aient été joints à ce rapport ni le procès-verbal contenant les prétendus aveux, ni le procès-verbal de la visite domiciliaire ainsi opérée sans mandat.

³³⁴ Cass. crim., 25 juill. 1890, *Bull. crim.* n° 160 : (...) aux termes de l'article 1^{er} du décret du 1^{er} mars 1854, édicté en exécution de la loi du 28 germinal an VI, la gendarmerie est chargée d'assurer l'observation des lois ; (...) d'après l'article 125, n° 2 et 18, de ladite loi, et l'article 488 dudit décret, elle a la mission de découvrir et rechercher les crimes et les délits et de dresser les procès-verbaux, pour en constater l'existence ; (...) lesdits procès-verbaux, émanant d'agents compétents, doivent donc être considérés comme des actes d'instruction et de poursuite, et sont, en conséquence, interruptifs de prescription ».

³³⁵ Cass. crim., 30 mars 1911, *Bull. crim.* n° 177 : à propos de procès-verbaux de gendarmerie, « émanés d'agents compétents, [qui] doivent être considérés comme des actes d'instruction et de poursuite » et qui ont « en conséquence, interrompu la prescription décennale (...) ».

³³⁶ Pour une enquête effectuée par la gendarmerie, voir Cass. crim., 15 avr. 1937, *Bull. crim.* n° 76 ; S. 1938, I, 233, note Hugueney : « (...) la gendarmerie, qu'elle agisse d'office ou sur la réquisition du parquet, tire de l'article 125 de la loi du 28 germinal an VI et des décrets rendus pour l'exécution de cette loi le droit de prendre et recueillir tous les renseignements possibles sur les crimes et les délits », et l'enquête « revêt le caractère d'un acte d'instruction au sens des articles 637 et 638 du code d'instruction criminelle et 125 de la loi du 28 germinal an VI » ; dans le même sens, pour une enquête de police, voir Cass. crim., 11 févr. 1938, *Bull. crim.* n° 41 : « (...) il résulte de la combinaison des articles 8, 9 et 50 du code d'instruction criminelle que les commissaires de police, officiers de police judiciaire, ont compétence pour recevoir les plaintes, rechercher les infractions pénales, et en rassembler les preuves » et que des procès-verbaux établis par des commissaires de police sur instruction du parquet ayant pour objet de faire confirmer une plainte en abus de confiance et de recevoir les explications de la personne mise en cause « tendaient à la recherche et à la constatation de l'infraction dénoncée, [et] doivent être considérés comme des actes d'instruction, au sens de l'article 638 du code d'instruction criminelle » ; Cass. crim., 2 juin 1943, *Bull. crim.* n° 47 : « (...) il résulte de la combinaison des articles 8, 9 et 50 du code d'instruction criminelle que les commissaires de police, officiers de police judiciaire, ont compétence pour recevoir les plaintes, rechercher les infractions et en rassembler les preuves ». Dès lors, « le procès-verbal établi par le commissaire de police de Brive le 12 juillet 1941, moins de trois ans après les faits reprochés, doit être considéré comme un acte d'instruction, dans le sens de l'article 623 du code d'instruction criminelle, interruptif de la prescription » ; Cass. crim., 25 janv. 1955, *Bull. crim.*, n° 64 : « (...) la gendarmerie, qu'elle agisse d'office ou sur la réquisition du parquet, tire de l'article 125 de la loi du 28 germinal an VI le droit de prendre et recueillir tous les renseignements possibles sur les crimes et délits ; (...) l'enquête au cours de laquelle ont été dressés les procès-verbaux visés dans l'arrêt et qui relatent, comme le constate ledit arrêt, les constatations faites par les gendarmes et les déclarations de l'inculpé, revêt le caractère d'un acte d'instruction au sens des articles 637 et 638 et de l'article 125 susvisé ».

100. *Les profondes contradictions entre la ratio affichée et le régime juridique des actes de l'enquête d'infraction non flagrante.* La jurisprudence rendue sous l'empire du code d'instruction criminelle manifestait une grande faveur au profit du ministère public, en faisant une application distributive des conséquences juridiques qu'appelait, théoriquement, la nature de l'enquête d'infraction non flagrante. L'extra-légalité et la *ratio* qui fonde l'enquête devaient justifier que s'applique, tant à l'enquête qu'aux produits de celle-ci, le régime de l'inexistence. L'enquête devait, en conséquence, demeurer extra-processuelle, ce qui impliquait, chronologiquement, que les opérations de l'enquête soient préliminaires et que le produit des enquêtes soit officieux, inexistant processuellement. En ce sens, les opérations d'enquête devaient constituer, théoriquement, un préalable, non un substitut fonctionnel de l'instruction. Or, on l'a vu, la jurisprudence remit rapidement en cause le caractère préliminaire des opérations de l'enquête d'infraction non flagrante, admettant que le ministère public puisse déployer ses activités d'enquête postérieurement au déclenchement de l'action publique. Puis, progressivement, elle considéra que le produit de l'enquête pouvait être transmis au juge d'instruction, servir de preuve devant la juridiction de jugement, à condition d'avoir été soumis à la discussion contradictoire, et être interruptif de prescription. Elle tendait ainsi à consacrer l'existence processuelle du produit de l'enquête. Mais, parallèlement et contradictoirement, elle admettait que le ministère public pouvait conserver secret le produit de son enquête, ce qui aboutissait à faire une application distributive des conséquences de l'existence/inexistence du produit de l'enquête. L'acte d'enquête était considéré comme ayant une existence processuelle légitime lorsque le ministère public souhaitait le produire en justice. Mais le ministère public pouvait se prévaloir de l'inexistence de l'acte lorsqu'il ne souhaitait pas le produire. L'inexistence n'était donc pas une qualité de l'acte, mais une option en faveur du ministère public...

La jurisprudence faisait ainsi montre d'un apparent paradoxe. Actes dépourvus de caractère officiel destinés à éclairer le procureur de la République lorsqu'il prenait la décision relative à la poursuite, les actes de l'enquête officieuse auraient dû avoir pour seul destinataire le procureur de la République. Constituant non pas des preuves, mais de simples renseignements, la nature juridique de ces actes aurait dû conduire à ce que ceux-ci ne soient pas transmis au juge et que soit censurée toute décision fondée, non sur une preuve légalement administrée au procès, mais sur un simple renseignement même soumis à la discussion orale. En conséquence, le ministère public ne devait pouvoir, ni utiliser, ni produire en justice les actes transcrivant les résultats de son enquête officieuse.

101. En consacrant expressément les pouvoirs d'enquête consensuels du ministère public, les législateurs viennent *a priori* clore le débat : ces fonctions ne sont plus seulement compatibles, elles sont désormais pleinement conformes à la loi. Cependant, la question des attributs qu'il convient de reconnaître aux actes produits par ces fonctions, de même que celle des garanties devant entourer la fonction, demeurerait entière.

2. *La conformité contemporaine à la loi*

102. Consacrés par la loi, les actes d'enquête consensuels sont désormais, non plus simplement compatibles, mais véritablement conformes à la loi. En conséquence, le législateur entoure désormais de garanties les actes d'enquête consensuels (a) et confère à ceux-ci des attributs similaires à ceux reconnus aux actes du juge (b).

a. **La consécration de garanties entourant les fonctions d'enquête consensuelles**

103. Deux garanties ont résulté de la légalisation des fonctions d'enquête consensuelles : un encadrement temporel de ces fonctions, en France, un encadrement du recueil du consentement requis pour l'exercice de ces fonctions, en France comme en Angleterre.

104. *L'encadrement temporel.* Le code de procédure pénale qualifie expressément l'enquête d'infraction non flagrante d'enquête « préliminaire ». Le procureur peut, en conséquence, avant le déclenchement de l'action publique et pour apprécier s'il y a lieu de déclencher cette action, effectuer lui-même, ou faire effectuer sous sa direction par la police judiciaire, des actes d'investigation. Un auteur avait pu écrire, peu de temps après l'entrée en vigueur du code de procédure pénale, que « le qualificatif de « préliminaire » que le code de procédure pénale attribue à l'enquête de police, a pour résultat d'interdire » les pratiques antérieures consistant à effectuer une enquête d'infraction non flagrante après la mise en mouvement de l'action publique, parallèlement ou à l'issue d'une instruction régulière, « car il est évident que si l'enquête est dite « préliminaire », c'est qu'elle peut uniquement précéder les actes de justice »³³⁷. Le qualificatif législatif devait, dès lors, entraîner la

³³⁷ M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, op. cit., n° 247, p. 186. Dans le même sens, B. BOULOC, *L'acte d'instruction*, op. cit., n° 312 et H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 32, Paris, 1996, n° 198, p. 164. *Contra*, MIMIN (P.), « La nouvelle enquête policière », art. préc., n° 28 ; BLONDET (M.), « L'enquête préliminaire dans le nouveau code de procédure pénale », art. préc., p. 1513 et s., qui réserve les hypothèses du recueil fortuit de la preuve et de

condamnation des jurisprudences antérieures autorisant le parquet à effectuer une enquête postérieurement au déclenchement de l'action publique³³⁸ ou autorisant la commission du parquet, par la juridiction de jugement, aux lieu et place d'un supplément d'information, pour recueillir des renseignements complémentaires³³⁹. Le code, lui-même, invitait à une telle lecture puisqu'il dispose, en son article 14, alinéa 1^{er}, que la police judiciaire est chargée « 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 »³⁴⁰. La jurisprudence a, à cet égard, manifesté une certaine cohérence. Par un arrêt en date du 21 août 1961, rendu en matière militaire, dans lequel le commissaire du gouvernement avait procédé à certaines investigations postérieurement à la décision de renvoi du procureur militaire devant le tribunal permanent des forces armées et avant le jugement, la chambre criminelle avait considéré que ces actes « ayant le caractère d'actes d'information », ils ne pouvaient être effectués que par le seul président du tribunal militaire³⁴¹. Par un arrêt en date du 24 juillet 1961, elle a, certes, admis qu'une enquête préliminaire puisse se dérouler après une

l'apparence : « Une fois l'information ouverte, la police n'a plus à marcher sur les brisées du magistrat instructeur et à procéder, sous le nom d'enquête préliminaire, à une sorte de contrefaçon de l'information régulière. Mais elle n'est pas, pour autant, frappée de cécité et contrainte de laisser dépérir les preuves qui se présentent à elle et qui risquent d'échapper au juge. Elle ne peut plus chercher, elle peut encore saisir (...). L'enquêteur ne sait pas qu'une information est ouverte, il n'a pas l'obligation de se renseigner. Il peut donc procéder en toute quiétude et, même si le juge d'instruction était saisi, le complément d'enquête sera valable parce que son auteur ignorait la saisine du juge ». Et l'auteur de conclure que l'article 14 du code de procédure pénale « n'interdit que la quête du renseignement et non sa récolte ; il ne s'applique, d'autre part, que dans l'hypothèse où l'enquêteur savait ou pouvait présumer que l'information était ouverte ».

³³⁸ La jurisprudence avait, en effet, notamment autorisé le procureur général, ses substituts et les officiers de police judiciaire placés sous sa direction, à effectuer des actes d'enquête après l'arrêt de renvoi de la chambre des mises en accusation, mais avant l'ouverture des débats devant la cour d'assises. Voir ainsi, pour des auditions de témoins, Cass. crim., 4 août 1854, *S.* 1855, 1, 546 ; Cass. crim., 9 mars 1855, *S.* 1855, 1, 546 ; Cass. crim., 12 sept. 1861, *S.* 1862, 1, 109 ; pour des interrogatoires, Cass. crim., 18 mars 1870, *Bull. crim.* n° 66 ; Cass. crim., 29 août 1878, *Bull. crim.* n° 193 ; *D.* 1879, 1, 235 ; pour des perquisitions, Cass. crim., 12 févr. 1880, *D.* 1880, 1, 191 ; pour la commission d'experts, Cass. crim., 2 sept. 1847, *D.* 1847, 4, 132.

³³⁹ La jurisprudence était en effet allée jusqu'à autoriser la juridiction de jugement à confier de véritables suppléments d'information au ministère public, alors que la loi prévoyait que la désignation d'un juge par le tribunal constituait le procédé normal. Voir ainsi, Cass. crim., 15 déc. 1887, *Bull. crim.* n° 431 : « (...) si un second rapport, en audience publique, est nécessaire, lorsqu'un arrêt d'avant faire droit a prescrit une procédure nouvelle, pour porter légalement à la connaissance des juges et du prévenu les nouveaux errements produits par l'information ordonnée, cette règle n'est pas applicable au cas où le ministère public produit au débat des renseignements directement recueillis par lui ou pris sur sa demande ; (...) il suffit alors, pour que la liberté de la défense soit complètement assurée, que ces renseignements soient communiqués au prévenu (...) » ; Cass. crim., 11 mai 1888, *Bull. crim.* n° 171 ; Cass. crim., 24 mars 1906, *Bull. crim.* n° 150 et la note de Demogue (R.), *Rev. Crit.*, 1908, p. 336, qui s'élève contre cette « véritable petite instruction » confiée au ministère public : « (...) faite par un juge délégué par le tribunal, celle-ci présente des garanties d'impartialité ; faite par un magistrat du ministère public, même avec un désir indiscutable d'équité, elle donne un peu lieu à ce très grave soupçon dont le code a tenu compte en interdisant au procureur de faire l'instruction : involontairement il ne verra que les raisons en faveur de l'accusation qu'il a formulée » ; Cass. crim., 5 juill. 1928, *S.* 1930, 1, 115.

³⁴⁰ Le rôle de la police judiciaire se bornant, lorsqu'une information est ouverte, à exécuter « les délégations des juridictions d'instruction » et à déférer « à leurs réquisitions » (art. 14, al. 2, CPP).

³⁴¹ Cass. crim., 21 août 1961, *Bull. crim.* n° 362.

ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction, mais une telle solution est tout à fait logique puisque l'enquête est bien, en l'espèce, préliminaire à la reprise de l'information sur charges nouvelles³⁴².

105. L'encadrement du consentement. Le consentement ne peut théoriquement prétendre constituer le fondement de la conformité à la loi d'une activité que s'il est libre et éclairé. Les jurisprudences anglaises et françaises ont ainsi manifesté la volonté de rejeter toute présomption de consentement de la part de la personne subissant la perquisition. Après avoir exigé que le consentement soit libre³⁴³, la chambre criminelle a requis que celui-ci soit « libre, volontaire et donné en connaissance de cause »³⁴⁴. Depuis, elle a contraint les juges du fond à vérifier la réalité du consentement au-delà de l'apparence de son octroi³⁴⁵. De même, dans l'affaire *Sanghera* de 2001, la *Court of appeal* rejeta toute possibilité de consentement implicite³⁴⁶.

106. La garantie d'un consentement éclairé : l'information. En France, le Conseil constitutionnel, tout en reconnaissant la conformité à la Constitution de l'audition libre, avait imposé qu'une information soit délivrée au suspect auditionné dans ce cadre³⁴⁷, non

³⁴² Cass. crim., 24 juill. 1961, *Bull. crim.* n° 353.

³⁴³ Cass. crim., 13 déc. 1894, *DP* 1899, I, 457.

³⁴⁴ Cass. crim., 9 déc. 1910, *DP* 1912, I, 30, concernant l'annulation d'une perquisition opérée par un commissaire de police, hors les cas légaux, avec le consentement tacite des occupants du domicile ; Cass. crim., 12 mai 1923, *DP* 1924, I, 174, s'agissant de la régularité d'une perquisition opérée par un commissaire de police en dehors de toute flagrance et sans commission rogatoire. Voir également, l'instruction prise pour l'application de l'article C. 136 du code de procédure pénale, qui requiert que la personne déclare, dans l'autorisation écrite qu'elle remet à l'agent ou à l'officier de police judiciaire préalablement à une perquisition : « Sachant que je puis m'opposer à la visite de mon domicile, je consens expressément (...) ».

³⁴⁵ Cass. crim., 12 mai 1923, préc. ; Cass. crim., 9 juill. 1953, *D.* 1954, 110 ; Cass. crim., 19 juin 1957, *D.* 1958, 563, note J. Le Pavec.

³⁴⁶ Sur cette affaire, voir *supra*, § 78.

³⁴⁷ Dans le cadre de l'enquête de flagrance, voir Cons. const., 18 nov. 2011, décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, *Mme Élise A. et autres [Garde à vue II]*, consid. 19-20 : « (...) 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 (...). [t]outefois, le respect des droits de la défense exige qu'une 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 pour laquelle elle pourrait être placée en garde à vue, 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 ». Dans le cadre de l'enquête préliminaire, voir Cons. const., 18 juin 2012, décision n° 2012-257 QPC, *Société Olano Carla et autres [Convocation et audition par OPJ en enquête préliminaire]*, consid. 9 ; *D.* 2012, 1614 ; *Constitutions* 2012, 442, obs. A. Darsonville. Dans le même sens, voir Cass. crim., 3 avr. 2013, *Bull. crim.* n° 72 ; *Dalloz actualité*, 29 avr. 2013, obs. D. Le Drévo ; *D.* 2013, 1005 : « (...) la notification du droit de se taire et de ne pas s'accuser, n'est reconnue qu'aux personnes placées en garde à vue ou faisant l'objet d'une mesure de rétention douanière ». Et dernièrement, Cass. crim., 3 avr. 2013, *Bull. crim.* n° 74, à propos d'une perquisition

sans soulever de critiques³⁴⁸. 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, parfait le régime de l'audition libre³⁴⁹. La personne entendue doit, si elle est soupçonnée préalablement à son audition ou si elle devient suspecte au cours de son audition, comme l'avaient imposé les juges de la rue Montpensier, être informée de la qualification, de la date et du lieu de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise et de son droit de quitter les locaux à tout moment, et elle bénéficie désormais du socle de droits communs consacrés par la loi au profit de tous les suspects³⁵⁰ et du droit à l'assistance d'un avocat durant l'audition libre, si la suspicion porte sur un crime ou un délit puni d'emprisonnement³⁵¹. La loi du 27 mai 2014 établit donc une gradation des droits de la personne combinée à la suspicion nourrie et à son consentement : le témoin auditionné ne bénéficie pas des droits du suspect, le suspect coopérant auditionné bénéficie des droits évoqués, le suspect non coopérant, que l'officier de police judiciaire souhaite auditionner, doit être placé en garde à vue.

En Angleterre, le législateur avait entendu poser quelques garanties à l'audition libre, en

effectuée sur commission rogatoire en présence de la personne concernée. La chambre criminelle approuve la chambre de l'instruction d'avoir rejeté la requête en nullité fondée sur ce que cette dernière aurait dû être placée en garde à vue, dès le début de la perquisition, pour pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat, dès lors qu'elle se trouvait dans une position de contrainte, au motif que le procès-verbal de perquisition, signé sans réserve par elle, ne fait pas apparaître que la contrainte alléguée ait existé durant l'exécution de cette mesure, que la remise de la convocation à comparaître devant le magistrat instructeur ne saurait constituer une telle contrainte et que la présence de l'intéressée lors du déroulement de la perquisition, alors qu'il n'est pas sollicité d'elle d'audition par laquelle elle pourrait s'incriminer, est une garantie de ses droits. Selon la chambre criminelle, l'article 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales 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 au cours desquels elle n'est ni privée de liberté ni entendue sur les faits qui lui sont reprochés.

³⁴⁸ Pour une critique, voir H. MATSOPOULOU, « Le contradictoire dans l'enquête pénale » in C. RIBEYRE (dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal. Nouvelles perspectives*, Cujas, coll. « Actes & études », Paris, 2012, p. 73 et s., spéc. pp. 79-81 : « (...) l'audition libre, telle qu'elle est autorisée par la loi et avalisée par le Conseil constitutionnel, a pour conséquence de vider de sa substance le dispositif applicable à la garde à vue ». Voir également, S. GOLDMAN, « Les droits de la défense lors de l'audition 'libre' » in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de C. Lazerges, op. cit.*, p. 611.

³⁴⁹ Sur cette loi, voir E. VERGES, « Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale - À propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales », *Dr. pén.* 2014, étude 15 ; P. HENNION-JACQUET, « La consécration légale du statut du suspect libre. Quand la transposition des directives européennes conduit à une dualité de régimes superflue », *Gar. Pal.* 2014, n° 210, p. 9 et s. ; G. TAUPIAC-NOUVEL et A. BOTTON, « La réforme du droit à l'information en procédure pénale », *JCP G* 2014, doct. 802 ; R. OLLARD, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? - À propos de la loi du 27 mai 2014 », *JCP G* 2014, doct. 912.

³⁵⁰ Art. 61-1, 1° à 4°, CPP : droit d'être informée de la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'elle est soupçonnée avoir commise ou tenté de commettre, du droit de quitter à tout moment les locaux où elle est entendue, du droit d'être assistée par un interprète, du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire.

³⁵¹ Art. 61-1, 5°, CPP.

distinguant précisément, avec la section 29 du *PACE*, l'arrestation de la situation dans laquelle la personne était libre de partir du commissariat. La doctrine, toutefois, n'avait pas manqué de relever les ambiguïtés de la lettre de la section 29, puisque celle-ci n'exige pas que la personne auditionnée soit informée de la possibilité qui lui est offerte de quitter le commissariat³⁵². Il est donc tout à fait possible que l'intéressé pense être en état d'arrestation, alors qu'en réalité il ne l'est pas, ce qui permet à la police de retarder le point de départ du délai de la garde à vue et le contrôle du *custody officer*. Le *Code of Practice C* offrait toutefois, initialement, certaines garanties lorsque la personne auditionnée était suspectée d'avoir commis une infraction. Les paragraphes 10.1 à 10.2 exigeaient, en effet, que les personnes suspectées d'une infraction soient mises en garde, avant que des questions ne leur soient posées. Elles devaient également être informées qu'elles n'étaient pas en état d'arrestation et qu'elles n'étaient pas obligées de demeurer dans le commissariat, même si les tribunaux ont jugé que la méconnaissance de cette obligation d'information pouvait ne pas constituer une violation suffisamment caractérisée pour justifier l'exclusion de la preuve ainsi obtenue³⁵³. De plus, le texte ne prévoyait pas l'obligation pour l'individu suspecté, se rendant volontairement au commissariat, d'être informé de la nature de l'infraction dont il était soupçonné³⁵⁴. Enfin, comme l'avait fait remarquer Michael Zander, la section 29 ne comporte pas l'obligation, pour le policier, d'avertir la personne qu'elle est libre de ne pas l'accompagner au commissariat si elle le souhaite³⁵⁵. Dans de telles conditions, les pouvoirs d'audition consensuels pouvaient constituer pour la police une ressource précieuse, et Ian McKenzie avait d'ailleurs pu relever que près du tiers des personnes mises en causes étaient auditionnées sur un fondement consensuel³⁵⁶. Toutefois, la transposition de la directive 2012/13/UE a conduit, en mai 2014, à réviser le *Code of*

³⁵² En ce sens, A. SANDERS et R. YOUNG, « The Rule of Law, Due Process and Pre Trial Criminal Justice », [1994] *Current Legal Problems* 142. Voir toutefois, CLARK (D.), *Bevan and Lidstone's the investigation of crime : a guide to the law of criminal investigation*, *op. cit.*, n° 5.128, p. 291.

³⁵³ *R. v. Rajakuruna* [1991] *Crim LR* 458.

³⁵⁴ Lors de la discussion de la section 29 devant la Chambre des Lords, Lord Hutchinson souhaita introduire une distinction entre le simple témoin et le suspect et préconisa que le témoin soit informé, dès son arrivée au commissariat, oralement et par écrit, de son droit de partir à tout moment et de consulter un avocat en privé. Lord Elton rejeta l'amendement Hutchinson, choisissant d'ignorer la distinction entre suspect et témoin, s'inquiétant de son effet sur les victimes et les témoins hésitants et estimant que le volume considérable de formalités administratives qui serait produit « serait sans commune mesure avec ce qu'il serait bon d'en attendre ». Voir ainsi, *Hansard*, House of Lords, 5 juill. 1984, col. 503, cité par I. MCKENZIE, « Helping the police with their Enquiries », [1990] *Crim LR* 29.

³⁵⁵ M. ZANDER, *Cases and Materials on the English Legal System*, 10^{ème} éd., Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 200 : « [c]e serait l'équivalent du devoir de mettre en garde la personne reposant sur le droit au silence, mais ce devoir n'existe pas et ni la Commission Philips, ni le *PACE* n'y font référence ».

³⁵⁶ I. MCKENZIE, « Helping the police with their Enquiries », art. préc., p. 31. Voir également, D. BROWN, *PACE Ten Years On : A Review of the Research*, Home Office Research Study n° 155, HMSO, Londres, 1997, p. 68 et s.

practice C et à instituer un véritable droit d'information au profit de la personne se voyant auditionner librement qui se révèle suspecte d'une infraction. La nouvelle section 3.21 du *Code of practice C* impose désormais que la personne contre laquelle il existe des raisons de soupçonner qu'elle a commis une infraction soit informée de la nature de cette infraction, des motifs qui fondent la suspicion et « qu'elle n'est pas en état d'arrestation, qu'elle n'est pas obligée de rester au commissariat ou dans le lieu où elle se trouve, mais que, si elle accepte d'y demeurer, elle peut obtenir, si elle le souhaite, des conseils juridiques gratuits et indépendants ».

La légalisation a donc récemment permis d'accroître sensiblement les garanties entourant les actes d'enquête consensuels. Elle a également permis à ces actes de se voir reconnaître, désormais indiscutablement, en France, le bénéfice des attributs attachés aux actes du juge d'instruction.

b. L'affermissement des attributs reconnus aux actes de l'enquête consensuelle

107. *La recevabilité et la transitivité des actes de l'enquête préliminaire.* La légalisation de l'enquête d'infraction non flagrante a permis d'affermir la jurisprudence relative à la recevabilité des procès-verbaux d'enquête. Ceux-ci valent preuve et peuvent être produits devant la juridiction. Surtout, ils bénéficient de la transitivité et doivent être communiqués à la juridiction. La jurisprudence a mis fin à ce fragment d'inexistence qui permettait au procureur de la République de conserver secrets les actes de l'enquête d'infraction non flagrante qu'il ne souhaitait pas produire devant la juridiction. Elle fait désormais preuve de cohérence. Aussi, par un arrêt en date du 13 mars 1969, la chambre criminelle a-t-elle considéré que le parquet n'a pas le droit d'opérer un choix entre les documents reçus pour n'en transmettre que quelques-uns³⁵⁷.

³⁵⁷ Cass. crim., 6 juill. 1955, préc. ; Cass. crim., 13 mars 1969, *Bull. crim.* n° 121 ; *Gaz. Pal.* 1969, I, 269, à propos de rapports de surveillance et de procès-verbaux d'interrogatoire établis au cours de l'enquête préliminaire n'ayant pas été versés au dossier de l'information. La cour de sûreté de l'Etat avait considéré, pour rejeter la demande de nullité de l'enquête et de la procédure ultérieure, qu'« une enquête de police comprend toujours de nombreuses diligences qui, lors de la clôture de cette enquête, se révèlent inutiles ; qu'il en est ainsi, par exemple, des surveillances infructueuses ou de démarches du suspect qui ne révèlent qu'un caractère normal ; qu'il est contraire aux usages de faire mention de ces diligences qui ne peuvent avoir d'influence ni sur les débats, ni sur le jugement ». La chambre criminelle censure une telle motivation, considérant qu'elle n'a pas été mise en mesure d'exercer son contrôle sur la régularité de l'information et des débats et, par suite, de s'assurer de la légalité de la décision prononcée. Il appartenait, selon elle, à la cour de sûreté de l'Etat, de « déterminer les conséquences qu'une telle omission, dont le caractère arbitrairement discriminatoire était souligné, pouvait comporter au regard des garanties assurées à l'accusé quant à l'exercice de ses droits, tant à l'instruction qu'à l'audience ».

Les actes d'enquête produisent même un effet positif : la chambre criminelle estime ainsi que le visa, dans le réquisitoire introductif, des pièces qui y sont jointes équivaut à une analyse desdites pièces et qu'en conséquence, celles-ci déterminent, par les indications qu'elles contiennent, l'objet exact et l'étendue de la saisine du juge d'instruction³⁵⁸.

108. Le caractère interruptif de prescription des actes de l'enquête préliminaire. La question de savoir si les actes produits par l'enquête préliminaire interrompaient la prescription de l'action publique demeurait posée. La légalisation de l'enquête tendait théoriquement à y apporter une réponse positive. Cependant, le code n'a pas directement tranché cette question. Il qualifie, d'un côté, les actes de l'enquête – préliminaire comme de flagrance – d'actes « de police judiciaire » (art. 68, al. 2, CPP et art. 72, al. 2, CPP avant son abrogation par la loi du 23 juin 1999). Mais, d'un autre côté, il réserve l'attribut consistant à interrompre la prescription de l'action publique aux actes « d'instruction ou de poursuite ». Comme le relève Michèle-Laure Rassat, « les auteurs du code de procédure pénale croyaient probablement mettre un terme à toute discussion en donnant justement aux actes d'enquête la qualification propre « d'actes de police judiciaire » (art. 68 et 72 CPP) »³⁵⁹. Il fallait donc, pour que les actes de l'enquête puissent se voir reconnaître cet attribut, pouvoir les qualifier, ou d'acte d'instruction, ou d'acte de poursuite, comme sous l'empire du code d'instruction criminelle. Or, le caractère préliminaire de l'enquête invitait théoriquement à rejeter une telle qualification : puisque l'enquête est préliminaire, l'on aurait pu logiquement considérer que les actes d'investigation se situent en amont de la poursuite et de l'instruction. La jurisprudence a toutefois écarté cette difficulté en considérant, depuis un

³⁵⁸ Cass. crim., 11 juill. 1972, *Bull. crim.* n° 235, à propos d'un réquisitoire qui visait les articles L. 627 et suivants du code de la santé publique et se référait à un rapport de police, ainsi qu'à une lettre adressée au procureur par le directeur des services de police judiciaire de la sûreté nationale. Ces documents, joints au réquisitoire, mentionnaient l'existence d'un trafic international de stupéfiants auquel se livrait une bande comprenant Y., A. et autres, trafic qui avait été révélé à la suite de la découverte de plusieurs kilos d'héroïne dont Y. était le détenteur. La chambre criminelle approuve la cour d'appel d'avoir rejeté l'exception de prescription soulevée par l'un des membres du trafic, en considérant que le réquisitoire avait saisi le juge, non seulement du fait de détention illicite d'héroïne imputé à Y., mais aussi de tout le trafic de stupéfiants dans lequel s'insérait ce fait, et mis en mouvement l'action publique à l'encontre de tous ceux qui avaient participé à ce trafic ; Cass. crim., 2 juin 1992, *Bull. crim.* n° 216 ; *Gaz. Pal.* 1992, I, 478, à propos d'un réquisitoire visant le rapport des enquêteurs établi à la suite de la mise sur écoute des lignes téléphoniques, sur commission rogatoire, dans une autre information, révélant qu'un individu X. avait apporté son aide à des condamnés évadés de prison et préparant des actions criminelles. Le procureur ayant requis l'ouverture d'une nouvelle information contre personne non dénommée pour association de malfaiteurs, et X. ayant été condamné de ce chef pour connivence à évasion et recel de malfaiteurs, la chambre criminelle approuve la cour d'appel d'avoir considéré que le réquisitoire introductif satisfaisait, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale, car « il n'importe que la transcription des enregistrements des communications téléphoniques n'ait été versée qu'après l'ouverture de l'information dès lors que la saisine du juge d'instruction était suffisamment déterminée par les pièces annexées au réquisitoire ».

³⁵⁹ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, Ellipses, Paris, 2010, n° 420, p. 449.

arrêt en date du 9 mai 1936, que constituent de tels actes ceux « qui ont pour objet de constater une infraction, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs »³⁶⁰. Tout acte diligenté par un organe détenteur d'un pouvoir de police judiciaire, que ce soit pour la conduite d'une enquête de flagrance ou préliminaire ou d'une information judiciaire, constitue donc un acte de poursuite ou d'instruction au sens de l'article 7 du code de procédure pénale et est interruptif de la prescription.

109. L'on aurait pu s'attendre à ce que la légalisation des pouvoirs d'enquête du ministère public, opérée par les législateurs français et anglais, soit suivie d'une interdiction du recours aux pouvoirs jusque-là officieux, c'est-à-dire les pouvoirs d'enquête consensuels. Après tout, disposant désormais d'un cadre législatif permettant à celui-ci de diligenter des investigations, le recours aux pouvoirs consensuels pouvait paraître inutile. Au lieu de cela, les législateurs ont préféré ne pas interdire et, même, légaliser les pouvoirs d'enquête consensuels, non pas tant pour en limiter le développement et en encadrer l'exercice que pour étendre le bénéfice des attributs conférés aux actes coercitifs à ces actes consensuels. Finalement, derrière l'apparente modestie des pouvoirs consensuels, se profile en réalité une véritable extension des pouvoirs du ministère public : si la fonction – l'activité – ne se voit pas reconnaître un accès à l'usage de la coercition, le produit de la fonction – l'acte qui en résulte – se voit, lui, reconnaître des attributs similaires à ceux conférés au produit de la fonction coercitive. Surtout, la loi offre au ministère public une option entre l'usage d'un pouvoir coercitif et l'usage d'un pouvoir consensuel, lui permettant ainsi d'éviter les conditions de fond et de forme du pouvoir coercitif, en recueillant l'assentiment de la personne.

§ 2nd L'EXTENSION DES POUVOIRS D'ENQUÊTE COERCITIFS

110. L'extension des pouvoirs d'enquête coercitifs du ministère public se révèle considérable, tant dans les procédures de droit commun³⁶¹ (A) que dans le cadre des

³⁶⁰ Cass. crim., 9 mai 1936, *D. H.* 1936, 333.

³⁶¹ Même si la procédure pénale n'est pas codifiée en Angleterre, le *PACE* 1984 peut être considéré comme le droit commun de la procédure anglaise. L'évolution postérieure a d'ailleurs été marquée par une dispersion des textes. Pour une critique du phénomène, voir J. R. SPENCER, « Prosecution powers to gather evidence : the case for reform », (2005) 8 *Archbold News* 6 : « (...) si le *PACE* constituait un pas dans la bonne direction, toutes les mesures législatives adoptées postérieurement ont été prises dans la mauvaise et, en conséquence, le droit en résultant est encore plus désordonné qu'il ne l'était avant 1984. En premier lieu, depuis 1984, les gouvernements successifs ont convaincu le Parlement de modifier le *PACE* dans un sens répressif afin

procédures spéciales³⁶² (B).

A. L'extension dans les procédures de droit commun

111. Dans le cadre des procédures de droit commun, les législateurs ont continuellement étendu les pouvoirs de leurs ministères publics, diminuant corrélativement le champ de la juridictionnalisation qu'il était traditionnellement nécessaire d'emprunter. Nous verrons que l'extension est considérable tant en Angleterre (1) qu'en France (2).

1. L'extension continue des pouvoirs coercitifs de la police anglaise

112. Depuis l'entrée en vigueur du *PACE* 1984, les perquisitions, fouilles et saisies (a), de même que l'arrestation et la détention (b), ont vu leur domaine s'élargir et leur recours facilité en droit anglais.

a. Les perquisitions, fouilles et saisies

113. Trois exemples permettront de se convaincre de l'atrophie de la juridictionnalisation de l'investigation en procédure pénale anglaise : celui des fouilles, celui de l'arrestation et celui de la détention policières.

114. *L'extension du champ des perquisitions coercitives.* Antérieurement au *PACE* 1984, le *common law* permettait à un *constable* de fouiller le domicile où l'individu avait été interpellé³⁶³. Il était possible de fouiller le domicile de la personne interpellée même si l'interpellation avait eu lieu ailleurs, mais, dans ce cas, la perquisition était illégale si elle ne présentait aucun lien avec l'infraction pour laquelle l'individu avait été arrêté³⁶⁴. Le *common law* reconnaissait également à tout agent de police le pouvoir de pénétrer dans un local privé en cas d'urgence. Il en allait ainsi, notamment, afin de traiter un trouble à l'ordre

d'ajouter de nouveaux pouvoirs de coercition, ou de lever les restrictions sur l'utilisation des anciens (...). Mais l'unité du régime initial a été encore plus soigneusement détruite par une foule de nouveaux pouvoirs coercitifs et invasifs permettant de collecter des preuves, tous créés par la nouvelle législation qui figure en dehors du *PACE* et qui ignore complètement le schéma qu'il contient ».

³⁶² Sur la notion de procédure spéciale, voir M. TOUILLIER, *Procédure pénale de droit commun et procédures pénales spéciales*, Thèse, Montpellier, 2012.

³⁶³ *Dillon v. O'Brien & Davies* (1887) 16 Cox Crim. cas. 245.

³⁶⁴ *Jeffrey v. Black* [1978] Q.B. 490. Cependant, les preuves obtenues à la suite de cette perquisition peuvent être déclarées recevables.

public (*breach of the peace*), c'est-à-dire lorsqu'un individu cause un dommage, ou semble susceptible d'en causer un, à des personnes ou à des biens, ou agit d'une manière dont la conséquence naturelle est d'inciter autrui à la violence³⁶⁵. En revanche, le pouvoir de pénétrer dans un local privé afin de prévenir un trouble à l'ordre public ne fut consacré qu'à compter de l'affaire *Thomas v. Sawkins* de 1935³⁶⁶. De même, en allait-il ainsi dans le cadre de la recherche d'une personne récemment en fuite³⁶⁷. De nombreux *statutes* prévoyaient également la possibilité pour l'agent de police, dans certaines circonstances, de pénétrer dans un local privé sans le consentement de son occupant. Dans certaines hypothèses, l'agent n'avait pas besoin d'un mandat. Il en allait ainsi en cas de soupçons de

³⁶⁵ La jurisprudence a cependant varié dans la définition de cette notion. Dans l'affaire *R. v. Howell (Errol)* [1982] Q.B. 416, Lord Justice Watkins avait considéré qu'il « est probable que se produira une atteinte à l'ordre public si une personne ou, en sa présence, ses biens, subissent un préjudice ou sont susceptibles d'en subir un, ou si une personne redoute une telle éventualité en raison d'une agression, d'une rixe, d'une émeute, d'une réunion illégale ou d'un autre trouble » (p. 427). En octobre 1981, dans l'arrêt *R. v. Chief Constable of Devon and Cornwall Ex p. Central Electricity Generating Board* [1982] Q.B. 458, qui traitait d'une action de protestation contre la construction d'une centrale nucléaire, Lord Denning, *Master of the Rolls*, donna un sens plus large à cette notion. Il déclara qu'« il y a atteinte à l'ordre public chaque fois qu'une personne effectuant légalement son travail en est illégalement et physiquement empêchée par une autre. La loi confère à chacun le droit de faire son travail dans les conditions légales. Quiconque entrave le travailleur illégalement et physiquement, en se couchant ou en s'enchaînant à une installation ou autre, se rend coupable d'une atteinte à l'ordre public » (p. 471). Dans l'affaire *Percy v. DPP* (1995) 1 W.L.R. 1382, traitée par la *Divisional Court*, le juge Collins s'était davantage inspiré de la définition posée dans l'affaire *Howell* que de celle résultant de l'affaire *ex parte Central Electricity Generating Board* ; il considéra, en effet, qu'il ne peut y avoir atteinte à l'ordre public s'il n'y a pas eu auparavant risque de violence. Selon lui, il n'est toutefois pas indispensable que la violence soit perpétrée par l'accusé dès lors qu'il est établi que la conséquence naturelle de son comportement serait de provoquer la violence chez autrui : « il n'est pas nécessaire que le comportement en question constitue en lui-même un trouble à l'ordre public ou une infraction pénale. Il suffit que, s'il persiste, sa conséquence naturelle soit d'inciter autrui à la violence, d'où un danger réel de porter atteinte à l'ordre public » (p. 1392). Dans une autre affaire examinée par la *Divisional Court*, *Nicol and Selvanayagam v. DPP* (1996) 160 J.P. 155, Lord Justice Simon Brown a déclaré : « (...) le tribunal ne conclurait certainement pas qu'une [atteinte à l'ordre public] est établie si les éventuels actes de violence susceptibles d'avoir été provoqués chez autrui n'étaient pas seulement illégaux mais totalement disproportionnés, ce qui serait naturellement le cas si le comportement de l'accusé était non seulement légal mais n'entraînait également aucune ingérence concrète dans les droits d'autrui et, à plus forte raison, si l'accusé exerçait correctement ses droits fondamentaux, que ce soit le droit de se réunir, de manifester ou de s'exprimer librement » (p. 163).

³⁶⁶ *Thomas v. Sawkins* (1935) 2 K.B. 249, où Lord Chief Justice Hewart affirma : « Je pense qu'il existe des motifs tout à fait suffisants pour étayer la thèse selon laquelle il appartient à la police, dans le cadre de ses pouvoirs de prévention, et donc de ses obligations en la matière, de pénétrer et demeurer dans des locaux privés lorsqu'elle a des motifs raisonnables d'inquiétude, comme les juges ont estimé que c'était le cas en l'espèce. Il va sans dire que les pouvoirs et devoirs de la police visent non à défendre l'intérêt de la police, mais à protéger la population (...). Je ne souscris nullement à la jurisprudence selon laquelle ce n'est que lorsqu'il y a eu, ou il y a [atteinte à l'ordre public], que la police est habilitée à entrer et demeurer dans un lieu privé. Il me semble au contraire qu'un policier a entièrement le droit d'agir ainsi, *ex virtute officii*, lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire qu'une [atteinte à l'ordre public] est imminente ou probable » (pp. 254-255). Sur cette décision, voir le commentaire de Goodhart (A. L.), (1936-1938) 6 *Cambridge Law Journal* 22. Dans l'affaire *McLeod c/ Royaume-Uni*, la Cour européenne a reconnu que ce pouvoir était prévu par la loi et poursuivait un but légitime, même si elle constate en l'espèce une violation en raison de la disproportion dans l'usage de ce pouvoir dans l'hypothèse d'une querelle conjugale. CEDH, Chambre, 23 sept. 1998, req. n° 72/1997/856/1065, *McLeod c/ Royaume-Uni*, § 58.

³⁶⁷ L'entrée dans le local n'était cependant permise que si l'arrestation qui a précédé la fuite était elle-même légale et que la fuite précédait immédiatement l'arrestation. A défaut, le *constable* devait obtenir un mandat, sauf si l'infraction constituait une *arrestable offence* et que l'entrée était permise par le *Criminal Justice Act* 1967.

production ou de fourniture de produits stupéfiants³⁶⁸ Il en allait de même lorsque le *constable* exécutait un mandat d'arrestation : le *constable* se voyait reconnaître le pouvoir de pénétrer dans un local privé afin d'exécuter ledit mandat. En outre, il pouvait pénétrer dans un local privé pour procéder à l'arrestation d'un individu soupçonné de toute « *arrestable offence* », en dehors de tout mandat en ce sens, sur le fondement de la section 2 (6) du *Criminal Justice Act 1967*³⁶⁹. En dehors de ces hypothèses, le *constable* devait être détenteur d'un mandat de perquisition. Plusieurs *statutes* donnaient ainsi pouvoir au *magistrate* de délivrer mandat de perquisition à l'agent de police³⁷⁰. Les dispositions les plus utilisées résultaient de la section 26 (1) du *Theft Act 1968*³⁷¹ et de la section 23 (3) du *Misuse of Drugs Act 1971*³⁷².

Depuis l'entrée en vigueur du *PACE* 1984, se manifeste un déclin continu du champ du contrôle juridictionnel *a priori* des perquisitions³⁷³. Les sections 17, 18 et 32 du *PACE*, tout en abrogeant les pouvoirs de perquisition issus du *common law*, à l'exception du pouvoir fondé sur un trouble à l'ordre public³⁷⁴, consacrent en effet un large pouvoir de perquisition au profit de la police, antérieurement à toute arrestation ou postérieurement à celle-ci, emportant pouvoir de fouiller les lieux dans une mesure qui est raisonnablement nécessaire pour les fins pour lesquelles le pouvoir de pénétrer est exercé. D'une part, en vertu de la section 17 du *PACE*, un agent de police peut pénétrer dans un local privé et perquisitionner celui-ci sans mandat et sans le consentement de l'occupant pour plusieurs

³⁶⁸ *Misuse of drugs Act 1971*, section 23 (1) : « Un *constable* ou toute autre personne habilitée à cet effet par un ordre général ou spécial du secrétaire d'Etat (...) doit, aux fins d'exécution du présent *Act*, disposer du pouvoir de pénétrer dans les locaux d'une personne se livrant à une activité de producteur ou de fournisseur de toutes les drogues réglementées, d'inspecter les stocks et d'exiger la production de tout livre ou document relatif à de telles transactions ».

³⁶⁹ Aux termes de laquelle : « Afin de procéder à l'arrestation d'une personne en vertu des pouvoirs conférés par la présente section, un policier peut pénétrer (si besoin est, par la force) et perquisitionner dans tout lieu où cette personne se trouve ou, si le policier a des motifs raisonnables, la soupçonne d'être ». En dehors de cette hypothèse, le pouvoir de procéder à l'arrestation sans mandat n'emportait celui de perquisitionner que pour certaines infractions, notamment les infractions de violation et de maintien dans un domicile, conformément à la section 11 de la deuxième partie du *Criminal Law Act 1977*.

³⁷⁰ Voir la liste figurant à la table 5.1 de l'*Appendix 5* in ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc.

³⁷¹ (1) « (...) s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une personne a sous sa garde ou en sa possession ou dans ses locaux des biens volés, le juge peut délivrer un mandat afin de procéder à leur perquisition et saisie (...) ».

³⁷² Le *Justice of the peace* pouvait délivrer mandat de perquisition « s'il existe des motifs raisonnables de soupçonner (a) que toute drogue réglementée, en violation du présent *Act* ou de ses règlements d'application, se trouve en la possession d'une personne dans un local privé ».

³⁷³ Comme le relèvent Steve Uglow et *alii*, dès avant l'entrée en vigueur du *PACE*, seulement 17 % des perquisitions étaient réalisées en vertu d'un mandat du juge. Les recherches postérieures ont montré que, depuis l'entrée en vigueur des sections 18 et 32 du *PACE*, seulement 12 % des perquisitions sont réalisées en vertu d'un mandat. Voir sur cette question, S. UGLOW, L. DICKSON, D. CHENEY et K. DOOLIN, *Criminal Justice, op. cit.*, n° 3.8.4, p. 125.

³⁷⁴ Section 17 (5) et (6) du *PACE* 1984.

motifs : pour exécuter un mandat d'arrêt, pour procéder à l'arrestation d'une personne ayant commis une *indictable offence* ou l'une des nombreuses infractions énumérées par la section 17 (1) (c)³⁷⁵, pour procéder à l'arrestation d'une personne se trouvant illégalement en liberté, pour sauver la vie ou l'intégrité physique d'une personne (*to save life and limb*)³⁷⁶, ou pour prévenir des dommages graves à la propriété. Excepté dans ce dernier cas, l'agent ne peut exercer le pouvoir de perquisitionner que s'il a des motifs raisonnables de croire que la personne qu'il recherche se trouve dans les locaux. Ensuite, d'après la section 18 du *PACE*, un agent de police peut pénétrer dans les locaux occupés ou contrôlés par une personne qui est en état d'arrestation pour une *indictable offence* et perquisitionner ces locaux s'il a des motifs raisonnables de soupçonner qu'il y a, à l'intérieur de ces locaux, des éléments de preuve qui se rapportent à cette infraction ou à une autre *indictable offence* similaire ou qui présente un lien de connexité avec elle³⁷⁷. Enfin, en vertu de la section 32 du *PACE*, un agent de police peut fouiller une personne qui vient d'être arrêtée s'il a des raisons de croire que la personne peut présenter un danger pour elle-même ou pour autrui. Il peut également, si l'infraction pour laquelle l'individu a été arrêté constitue une *indictable offence*³⁷⁸, pénétrer dans les lieux où se trouvait l'individu au moment de son arrestation ou juste avant celle-ci et perquisitionner ces derniers, pour recueillir des preuves de toute infraction, s'il a des raisons de croire qu'il existe en ces lieux de telles preuves. Ce pouvoir ne peut cependant justifier une perquisition effectuée plusieurs heures après l'arrestation³⁷⁹.

115. L'extension du champ des fouilles coercitives. Antérieurement au *PACE* 1984, la police pouvait passer outre le refus de la personne de subir une fouille dans deux séries d'hypothèses : lorsqu'un *statute* reconnaissait ce pouvoir en dehors de toute arrestation véritable et, dans certaines circonstances, lorsque la personne avait été arrêtée. S'agissant

³⁷⁵ Antérieurement au *Serious Organised Crime and Police Act* 2005, ce pouvoir pouvait, certes, être exercé pour procéder à l'arrestation de toute *arrestable offence*. Cependant, cette limitation se révèle de peu de portée, le législateur ayant parallèlement multiplié la liste des infractions figurant à la section 17 (1) (c). Surtout, le texte vise les *indictable offences*, non les *only indictable offences*, ce qui permet d'inclure dans le champ de la section 17 les *either-way offences* pouvant être jugées soit par la *magistrates' court*, soit par la *Crown court*.

³⁷⁶ Ce qui comprend le fait de sauver l'occupant contre lui-même. Voir en ce sens, *Baker v. CPS* (2008) EWHC 29.

³⁷⁷ Les pouvoirs conférés par la section 18 ne peuvent être exercés que si une autorisation d'un officier ayant le grade d'inspecteur a été donnée par écrit, sauf si la perquisition a lieu avant que la personne n'ait été conduite au commissariat ou libérée sous caution. Dans ce dernier cas, toutefois, la présence de la personne est requise lors de la perquisition, et l'agent doit informer, dès que possible après la réalisation de celle-ci, l'officier supérieur. L'agent qui autorise une perquisition doit dresser un procès-verbal précisant les motifs de la perquisition et la nature des preuves recherchées.

³⁷⁸ Antérieurement au *Serious Organised Crime and Police Act* 2005, ce pouvoir pouvait être exercé lorsque la personne avait été arrêtée pour une *arrestable offence*.

³⁷⁹ *R. v. Badbam* [1987] *Crim LR* 202 ; *R. v. Churchill* [1989] *Crim LR* 226.

des *statutes* reconnaissant ce pouvoir en dehors de toute arrestation véritable, certains avaient une portée nationale, alors que d'autres ne reconnaissaient qu'un pouvoir local. Les pouvoirs nationaux devaient avoir pour objet la recherche de drogues³⁸⁰, d'armes à feu³⁸¹, de plantes ou d'animaux sauvages³⁸² et devaient se fonder sur des soupçons raisonnables que la personne objet de la fouille se trouve en possession des objets spécifiés dans le *statute*. Les pouvoirs locaux permettaient, quant à eux, de retenir et de fouiller une personne contre laquelle il existait des raisons de soupçonner qu'elle était en possession de biens volés ou illégalement obtenus³⁸³. S'agissant du pouvoir de fouiller, dans certaines circonstances, une personne placée en état d'arrestation, il résultait du *common law*. Selon le *Halsbury's Laws Of England*, « il n'y a aucun droit général, tiré du *common law*, permettant de fouiller une personne qui a été arrêtée, mais une telle personne peut être fouillée s'il y a des motifs raisonnables de croire (1) qu'elle est porteuse d'une arme avec laquelle elle pourrait se blesser ou blesser quiconque ou d'un outil qui lui permettrait de s'échapper, ou (2) qu'elle est en possession de preuves pertinentes de l'infraction pour laquelle elle est inculpée »³⁸⁴. Cependant, ce pouvoir ne pouvait être désolidarisé de l'arrestation : la fouille n'était possible que si l'arrestation était effective³⁸⁵.

Le *PACE* viendra consacrer deux types de pouvoirs de fouille : des pouvoirs requérant des motifs raisonnables de soupçonner une personne, d'autres qui ne requièrent pas une telle suspicion³⁸⁶.

S'agissant des pouvoirs requérant des motifs raisonnables de soupçonner une personne, la *Philip's Commission* avait recommandé la création d'un pouvoir général de rétention et de fouille aux fins de découverte de biens volés et autres objets dont la possession constitue

³⁸⁰ *Misuse of Drugs Act 1971*, section 23 (2).

³⁸¹ Aux termes de la section 1, un agent de police, « (2) [s]ous réserve des paragraphes (3) à (5) ci-après (...), (a) peut fouiller (i) toute personne ou tout véhicule, (ii) tout ce qui se trouve dans ou sur un véhicule, pour rechercher des objets volés ou interdits (...); (b) peut retenir une personne ou un véhicule afin d'effectuer une telle recherche ».

³⁸² *Conservation of Wild Creatures and Wild Plants Act 1975*, section 10.

³⁸³ Par exemple, *Metropolitan Police Act 1839*, section 66, qui conférait à la police londonienne le pouvoir « d'arrêter, de fouiller et de détenir (...) toute personne qui pourrait être raisonnablement suspectée de transporter ou d'avoir transporté, de quelque manière que ce soit, des biens volés ou obtenus d'une manière illégale ».

³⁸⁴ Cité par ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc., *Appendix*, p. 10.

³⁸⁵ *Barnett and Grant v. Campbell* (1902) 2 NZLR 484, spéc. 493, où Cooper J. considéra que « le droit de procéder à une fouille repose clairement, non sur le droit d'arrestation, mais sur le fait de l'arrestation, et sur le fait qu'à l'époque de la fouille la personne était *in custodia regis* ».

³⁸⁶ Les pouvoirs d'interpellation et de fouille reconnus aux agents de police par les divers *statutes* impliquent un pouvoir de rétention de la personne ou du véhicule, un pouvoir de fouille, ainsi qu'un pouvoir de saisie. Ces pouvoirs bénéficient de l'attribut de la coercition : il peut être recouru à un usage raisonnable de la force lors de l'exercice de ces pouvoirs. A côté de ces attributs, les pouvoirs permettent à l'agent d'interroger la personne, afin de recueillir d'éventuelles explications. La personne n'est cependant pas obligée de répondre.

une infraction³⁸⁷. Cette recommandation fut suivie et consacrée par la section 1 du *PACE* 1984. Le paragraphe 3 de la section 1 pose cependant comme condition à l'exercice de ces pouvoirs que l'agent ait « des motifs raisonnables de soupçonner qu'il trouvera des objets, articles volés ou interdits ». La notion de « biens volés » renvoyait initialement aux biens dérobés en contrariété avec la section 1 du *Theft Act* 1968. La notion d'« objets interdits » est définie par les sous-sections 1 (7) et (8) : ce sont les armes d'assaut, tout objet utilisé en vue de perpétrer un cambriolage, un vol, l'emprunt d'un véhicule sans l'autorisation de son propriétaire, une fraude. Le *Criminal Justice Act* 1988 y ajouta la possession d'objets sans motif valable conformément à la section 139 dudit *Act* (lame ou objet pointu). La section 1 du *Criminal Justice Act* 2003 y adjoignit les objets susceptibles d'être utilisés pour commettre une destruction de propriété, le *Serious Organised Crime and Police Act* 2005, les feux d'artifice prohibés. Ces pouvoirs viennent compléter, non abroger, les pouvoirs antérieurs au *PACE* et précédemment étudiés, notamment les pouvoirs de rétention et de fouille dans le cadre de la lutte contre le trafic de drogues.

S'agissant des pouvoirs ne requérant pas de motifs raisonnables de soupçonner une personne d'avoir commis une infraction, de nombreux pouvoirs de rétention et de fouille résultent de textes postérieurs et extérieurs au *PACE* 1984. Ainsi, la section 60 du *Criminal Justice and Public Order Act* 1994 (*CJPO*) avait permis à un officier supérieur (*senior officer*) qui a des raisons de croire qu'en lien avec quelque particularité locale, « des incidents impliquant des violences graves » peuvent se dérouler dans sa zone de police, de donner aux agents de police, pour une durée maximale de vingt-quatre heures, l'autorisation de retenir et fouiller tout piéton, ainsi que tout véhicule, tout conducteur ou tout passager. La section 8 du *Knives Act* 1997 est venue amender la section 60 du *CJPO* et, désormais, l'officier pouvant délivrer l'autorisation peut n'être qu'un inspecteur et l'autorisation peut être délivrée si celui-ci a des raisons de croire que des personnes sont, dans la zone de police, « détentrices d'instruments dangereux ou d'armes offensives, sans raison valable ». L'autorisation peut d'ailleurs être prolongée pour une durée de vingt-quatre heures, par un officier ayant rang de *superintendent*, s'il lui apparaît qu'une telle prolongation est opportune compte tenu des infractions qui ont, ou sont raisonnablement soupçonnées d'avoir, été

³⁸⁷ ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc., n° 3.17 : « Nous considérons qu'il y aurait un avantage considérable dans la création d'un seul pouvoir uniformisé de rétention et de fouille pour toute l'Angleterre et le Pays de Galles. Mais les motifs de ces pouvoirs de rétention et de fouille doivent fermement reposer sur des soupçons raisonnables, et l'exercice de ces pouvoirs doit être l'objet de strictes garanties ».

commises³⁸⁸. La section 87 du *Serious Criminal Act* 2007 a encore étendu ce pouvoir aux hypothèses où l'inspecteur a des raisons de croire que des incidents impliquant des violences graves ont eu lieu dans la zone de police et que des armes ou des instruments dangereux utilisés dans ces incidents sont transportés dans la zone de police et qu'il est opportun de délivrer une autorisation pour rechercher ces objets.

D'autres pouvoirs sont reconnus à la police, connus comme des pouvoirs de « *stop and produce* » : c'est le cas de la section 163 du *Road Traffic Act* 1988 qui permet à un agent de police de retenir un véhicule et de requérir du conducteur la production de son permis de conduire et de son certificat d'assurance. L'exercice de ces pouvoirs ne suppose pas qu'une infraction particulière soit suspectée d'être en train de se commettre ou d'avoir été commise. Il fut ainsi considéré comme parfaitement légal l'usage du pouvoir de retenir des voitures au hasard afin de vérifier s'il n'y avait pas des preuves – telle une odeur d'alcool – qui pourraient justifier un contrôle d'alcoolémie³⁸⁹. Cependant, la police ne peut, sur le seul fondement de la section 163, procéder à une fouille en vue de découvrir des biens volés ou des stupéfiants. La section 4 du *PACE* viendra renforcer le pouvoir consacré par la section 163 du *Road Traffic Act* 1988. Elle permet à un officier supérieur (*senior officer*) d'autoriser un contrôle routier de tout véhicule ou de certains véhicules répondant à un ou des critères qu'il détermine, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une personne, illégalement en liberté ou ayant commis ou étant sur le point de commettre une *indictable offence* ou étant témoin d'une telle infraction, se trouve dans le lieu où le contrôle se déroule.

b. L'arrestation et la détention policières

116. L'extension du champ de l'arrestation sans mandat : des seules « arrestable offences » à toutes les infractions. Antérieurement au *PACE* 1984, plusieurs *statutes* prévoyaient que l'arrestation pouvait s'opérer sans mandat³⁹⁰. Le pouvoir le plus général résultait de la section 2 du *Criminal Law Act* 1967, qui abrogeait l'ancienne distinction entre les *felonies* et les *misdemeanours* et créait les « *arrestable offences* »³⁹¹, catégorie qui regroupait les

³⁸⁸ Sur les dérives des pouvoirs fondés sur la section 60, voir « Met police to publish stop and search data », *The Guardian*, 26 août 2014 : « Her Majesty's Inspectorate of Constabulary (HMIC) a constaté que 27 % des interpellations et fouilles ne reposaient pas sur des motifs raisonnables de soupçonner [la personne] », ce qui signifie que plus du quart des fouilles effectuées en 2013 auraient pu être illégales.

³⁸⁹ *Chief Constable of Gwent v. Dash* [1986] R.T.R. 41.

³⁹⁰ Voir, par exemple la section 13 (1) du *Children and Young Persons Act* 1933.

³⁹¹ « (1) Les pouvoirs d'arrestation sommaire conférés par les paragraphes ci-après s'appliquent aux infractions – et aux tentatives d'infractions – pour lesquelles la peine est fixée par la loi ou pour lesquelles une personne (qui n'a pas été auparavant condamnée) peut, en application ou en vertu de toute loi, être

infractions les plus graves (le meurtre, les violences, le vol, l'incendie volontaire). En vertu de ce texte, un policier pouvait procéder à l'arrestation de toute personne contre laquelle il avait des motifs raisonnables de croire qu'elle avait commis une *arrestable offence* ou qu'elle était sur le point de commettre une telle infraction.

Le droit postérieur au *PACE* 1984 a manifesté un allègement continu des conditions de fond des pouvoirs d'arrestation sans mandat. Bien que la Commission Philips ait souhaité restreindre les larges pouvoirs d'arrestation conférés par le *Criminal Justice Act* 1967, estimant que les pouvoirs coercitifs de la police étaient souvent utilisés sans véritable nécessité³⁹², le *PACE* avait maintenu au profit de la police le pouvoir de procéder à une arrestation pour les *arrestable offences*³⁹³. Les sections 24³⁹⁴ et 25³⁹⁵ du *PACE* avaient même étendu ce pouvoir d'arrestation sans mandat à des *non-arrestable offences*.

condamnée à un emprisonnement d'une durée maximale de cinq ans ; et, au sens du présent *Act*, et au sens de toute modification apportée par le présent *Act* à tout autre texte, 'infraction passible d'arrestation (*arrestable offence*)' s'entend de toute infraction ou toute tentative d'infraction ainsi définie. (2) Toute personne peut arrêter sans mandat toute personne qui est en train, ou contre laquelle elle a un motif raisonnable de suspecter qu'elle est en train de commettre une infraction passible d'arrestation. (3) Si une infraction passible d'arrestation a été commise, toute personne peut arrêter sans mandat toute personne qui est, ou contre laquelle elle a un motif raisonnable de suspecter qu'elle est, coupable de l'infraction. (4) Lorsqu'un policier a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction passible d'arrestation a été commise, il peut arrêter sans mandat toute personne contre laquelle il a un motif raisonnable de suspecter qu'elle est coupable de l'infraction. (5) Un agent de police peut arrêter sans mandat toute personne qui est, ou contre laquelle il a un motif raisonnable de suspecter d'être, sur le point de commettre une infraction passible d'arrestation. (6) Aux fins d'arrestation d'une personne en vertu des pouvoirs conférés par la présente section, un policier peut entrer (si besoin, par la force) et perquisitionner dans tout endroit où se trouve cette personne ou tout endroit où, par des motifs raisonnables, le policier la soupçonne de se trouver. (7) La présente section ne doit pas affecter la portée de tout texte législatif restreignant l'institution d'une procédure à l'encontre d'une infraction, ni préjudicier aux pouvoirs d'arrestation conférés en dehors de cette section ».

³⁹² ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc., n° 3.75 : « Nos propositions sur l'arrestation sans mandat poursuivent deux objectifs principaux qui sont liés : limiter les circonstances dans lesquelles la police peut exercer le pouvoir de priver une personne de sa liberté à celles pour lesquelles ce pouvoir est véritablement nécessaire pour permettre d'exécuter leur devoir de prévenir la commission d'infractions, d'enquêter sur les crimes et de traduire les suspects coupables devant les tribunaux, et de simplifier, de clarifier et de rationaliser les pouvoirs légaux existants ».

³⁹³ La section 24 (7) reconnaissait ainsi au *constable* le pouvoir de procéder à l'arrestation d'une personne qui s'apprête à commettre une *arrestable offence* ou contre laquelle il a des motifs raisonnables de croire qu'elle s'apprête à commettre une telle infraction.

³⁹⁴ En vertu des sections 24 (1) et (4) du *PACE* 1984, la police pouvait, comme toute personne, procéder à l'arrestation sans mandat d'une personne en train de commettre ou contre laquelle elle a des motifs raisonnables de croire qu'elle est en train de commettre, ou qui est coupable, ou contre laquelle elle a des motifs raisonnables de croire qu'elle est coupable d'avoir commis une infraction punie d'au moins cinq ans d'emprisonnement. La section 24 (2) (b) à (e) énumérait d'ailleurs d'autres infractions punies de moins de cinq ans d'emprisonnement pour lesquelles les pouvoirs d'arrestation s'appliquaient, et la section 24(3) étendait ces pouvoirs au complot, à la tentative et à la complicité de commission de ces infractions.

³⁹⁵ La section 25 du *PACE* reconnaissait initialement à un *constable* le pouvoir de procéder à l'arrestation d'une personne pour une infraction qui n'est pas une *arrestable offence* lorsqu'il a des motifs de croire que cette personne a commis ou est en train de commettre une telle infraction – mais non qu'elle s'apprête à commettre, à la différence de la section 24 –, « lorsqu'il lui apparaît que le recours à une assignation [*summons*] est impraticable ou inadéquate » et que le nom de cette personne est inconnu et ne peut être facilement déterminé, qu'il a des motifs raisonnables de croire que le nom fourni par la personne n'est pas son vrai nom, que la personne n'a pas fourni son adresse ou a fourni une adresse dont le *constable* a des raisons de croire

A la suite de la *Home Office Review* du *PACE* opérée en 2004 et de ses *Codes of Practice*, et pour simplifier « les pouvoirs et les procédures complexes et souvent déroutantes »³⁹⁶ créés par le *PACE*, la section 110 du *Serious Organised Crime and Police Act (SOCPA)* 2005 fut édictée, supprimant la distinction antérieure entre les *arrestable offences* et les *non arrestable offences*³⁹⁷. Désormais, une unique section 24 prévoit que la police peut procéder à l'arrestation sans mandat de toute personne qui, soit est en train de commettre ou contre laquelle elle a des motifs raisonnables de croire qu'elle est en train de commettre une infraction, soit qui est coupable ou contre laquelle elle a des motifs raisonnables de croire qu'elle est coupable d'avoir commis une infraction, soit qui s'apprête à commettre ou contre laquelle elle a des motifs raisonnables de croire qu'elle s'apprête à commettre une infraction. Ce pouvoir ne peut cependant être exercé que s'il est nécessaire pour parvenir à l'un des objectifs énumérés à la section 24 (5), c'est-à-dire pour permettre la vérification du nom et de l'adresse de la personne, pour éviter qu'elle ne cause, à elle-même ou à autrui, des blessures ou une perte ou des dommages à la propriété, ne commette une infraction contre la décence publique, ne provoque une obstruction illégale de la voie publique, pour protéger un enfant ou une autre personne vulnérable, afin de permettre une enquête rapide et efficace de l'infraction ou de sa conduite, pour empêcher que toute poursuite de l'infraction ne soit gênée par sa disparition.

117. De la garde à vue nécessaire à la garde à ouïe utile : la consécration légale de la mutation de la ratio de la privation policière de liberté. Antérieurement au *PACE* 1984, lorsque le policier arrêtait légalement un individu, sans mandat, plusieurs possibilités s'offraient à lui. Il pouvait remettre celui-ci en liberté sans l'inculper si, après l'arrestation, il découvrait des preuves démontrant son innocence ou estimait que les preuves étaient insuffisantes pour justifier une poursuite. Il pouvait choisir de remettre l'individu en liberté, la question de l'éventuelle poursuite demeurant en suspens jusqu'à ce qu'il décide éventuellement de procéder plus tard par la voie de la citation à comparaître (*summons*). Il pouvait décider de libérer l'individu sous condition de se présenter au commissariat si les investigations ne pouvaient être effectuées sans délai. Il pouvait remettre la personne en liberté sous condition de se présenter devant la *magistrates' court*. Il pouvait retenir l'individu

qu'elle n'est pas sa véritable adresse, que l'arrestation est nécessaire pour éviter que la personne ne souffre ou ne cause un dommage à elle-même ou à autrui.

³⁹⁶ HOME OFFICE, *Modernising Police Powers to Meet Community Needs - A Consultation Papers*, 2004, b), p. 4.

³⁹⁷ Sur cette suppression, voir R. C. AUSTIN, « The new powers of arrest : plus ça change : more of the same or major change ? », [2007] *Crim LR* 549.

en détention et le conduire devant la *magistrates' court* dès que possible³⁹⁸. Aussi, la détention policière ne constituait-elle en théorie qu'une garde à vue destinée à permettre la comparution de la personne appréhendée devant le juge, non une garde à ouïe destinée à recueillir des éléments de preuve.

Dans cette perspective, constatant que de trop nombreux suspects arrêtés auraient pu être seulement cités à comparaître au lieu d'être placés en détention policière, la Commission Philips a souhaité limiter cette détention aux situations où elle est véritablement nécessaire³⁹⁹. Ainsi, en vertu de la section 37 du *PACE*, lorsqu'une personne est arrêtée et conduite au commissariat, le *custody officer* doit déterminer s'il dispose de preuves suffisantes pour l'inculper [*to charge*] pour l'infraction pour laquelle elle a été arrêtée et peut la retenir au commissariat le temps nécessaire pour lui permettre de le faire. Si le *custody officer* ne dispose pas de telles preuves, la personne arrêtée doit en principe être libérée, avec ou sans caution. Aussi, la section 37 vient-elle consacrer en théorie le principe de nécessité de la garde à vue en imposant au *custody officer* d'inculper l'individu contre lequel des preuves suffisantes ont été recueillies et, soit de le remettre en liberté sous condition, soit de le détenir dans l'attente de sa comparution devant la juridiction. Si l'arrestation se fonde sur des motifs raisonnables de suspicion et qu'il existe des preuves suffisantes pour justifier d'une poursuite, celle-ci sera légale, mais une audition en garde à vue qui serait décidée postérieurement à une telle arrestation serait en théorie illégale. Pourtant, en pratique, le *custody officer* est tributaire des informations qui lui sont fournies par le policier ayant procédé à l'arrestation et considère que l'appréciation de la suffisance des preuves ne peut être effectuée qu'après qu'un interrogatoire du suspect ait eu lieu⁴⁰⁰. Aussi, les recherches ont-elles montré que la décision de placement en garde à vue d'une personne arrêtée et conduite au commissariat était quasiment automatique⁴⁰¹.

³⁹⁸ La procédure était régie par la section 38 du *Magistrates' Court Act* 1952, amendée par le *Bail Act* 1976. Voir *infra* n° 302.

³⁹⁹ ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc., n° 3.75 à 3.79.

⁴⁰⁰ Sur cette question, voir E. CAPE, « Detention without Charge : What Does 'Sufficient Evidence To Charge' Mean ? », [1999] *Crim LR* 874.

⁴⁰¹ Voir ainsi, M. MCCONVILLE, A. SANDERS et R. LENG *The Case for the Prosecution*, Routledge, Londres et New-York, 1991, pp. 40-47, spéc. p. 44. Les auteurs constatent ainsi que, pour les *custody officers* interrogés, « une personne légalement placée en état d'arrestation doit être placée en garde à vue ». En effet, « [n]e pas détenir [celle-ci] entamerait l'autorité des officiers procédant à l'arrestation et remettrait en cause leur jugement et leur capacité » et les *custody officers* « ne sont pas préparés à le faire : une solidarité de groupe, une culture policière et des relations professionnelles amicales imposent un renfort mutuel de l'autorité » ; I. MCKENZIE, « Helping the police with their Enquiries », art. préc., p. 24, qui relève que « [l]orsque nous leur avons demandé s'il y avait des circonstances dans lesquelles ils n'autoriseraient pas le placement en garde à vue, les *custody officers* nous ont unanimement répondu qu'il n'y en avait aucune » car, comme le relève l'un d'eux, « [s]i un agent a jugé bon d'exercer un pouvoir d'arrestation et conduit la personne ici [au commissariat], il est de notre devoir de veiller à ce que nous avançons dans le processus en cours. C'est une

Surtout, la section 37 du *PACE* réserve une hypothèse. Si le *custody officer* ne disposant pas de preuves justifiant son inculpation doit en principe libérer la personne arrêtée, avec ou sans caution, le texte réserve le cas où il a des motifs raisonnables de croire que sa détention sans inculpation est nécessaire pour se procurer ou préserver des preuves relatives à l'infraction pour laquelle elle est en état d'arrestation ou obtenir de telles preuves en l'interrogeant. Aussi, la section 37 vient-elle consacrer le renversement des finalités de la garde à vue. Alors que, traditionnellement, l'arrestation et la garde à vue intervenaient à la fin des investigations et constituaient le prélude à la poursuite, ces mesures peuvent désormais être utilisées dès le début des investigations. En permettant le placement en garde à vue sans inculpation lorsqu'à la suite d'une arrestation, il n'y a pas suffisamment de preuves pour justifier d'une poursuite, la section 37 consacre la garde à vue comme un instrument au service de l'investigation et non plus comme une mesure permettant de s'assurer de la comparution de l'individu cité devant la juridiction⁴⁰².

118. L'extension de la durée de la détention policière. Antérieurement au *PACE*, la durée de la garde à vue était « dans un état de confusion »⁴⁰³. Il était généralement admis que la police devait déférer l'individu devant les juridictions dans un délai de vingt-quatre heures. Cependant, une telle opinion résultait d'une méprise. La seule disposition légale qui fixait une limite à la durée de la garde à vue était la section 43(1) du *Magistrates' Courts Act* 1980, aux termes de laquelle une personne inculpée d'une infraction qui n'était pas grave (*serious*) et qui ne pouvait pas être déférée devant la *magistrates' court* dans un délai de vingt-quatre heures devait être libérée sous la condition de comparaître devant la juridiction.

forme de protection pour lui et moi (...) » ; D. DIXON, K. BOTTOMLEY, C. COLEMAN, M. GILL et D. WALL, « Safeguarding the Rights of Suspects in Police Custody », (1990) 1 (2) *Policing and Society : An International Journal* 115, spéc. 130, où les auteurs relèvent que « la réception en détention est devenue un processus essentiellement routinier » ; C. PHILIPS et C. BROWN, *Entry into the Criminal Justice System : A survey of Arrests and their Outcomes*, Home Office Research Study n° 185, HMSO, Londres, 1998, p. 43 : « (...) la présente étude émet des doutes sur la façon dont le *custody officer* s'enquiert de la suffisance des preuves. La réception en détention fut souvent trouvée comme étant une question routinière et, en règle générale, il n'est pas demandé à l'agent ayant procédé à l'arrestation de fournir beaucoup d'informations sur l'infraction ». L'étude relève de fortes disparités sur le taux de placement en détention en fonction de l'origine ethnique de la personne et de la gravité de l'infraction : plus l'infraction est grave, plus le taux de placement en détention est important (voir ainsi le tableau 2.5 p. 45). Voir également, R. MORGAN, R. REINER et I. MCKENZIE, *Police Powers and Policy : A Study of Custody Officers, Final Report to the Economic and Social Research Council*, 1990.

⁴⁰² Voir ainsi, A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice, op. cit.*, n° 4.3.4, p. 218, qui relèvent que « ce qui constituait autrefois une partie d'un processus judiciaire (l'arrestation suivant la décision sur la poursuite) est désormais une partie d'un processus exécutif. Cela signifie non seulement que la police prend la décision initiale du placement en garde à vue (comme nous l'avons vu jusqu'à 36 heures sans aucun contrôle d'une autorité judiciaire) mais également que dans près de la moitié des affaires cette garde à vue n'est pas suivie par une quelconque procédure judiciaire ».

⁴⁰³ M. ZANDER, *Cases and Materials on the English Legal System, op. cit.*, p. 208.

Cette disposition n'imposait donc pas que l'individu soit déféré devant la *magistrates' court* dans un délai de vingt-quatre heures, mais seulement que, dans l'hypothèse où l'individu ne pouvait être déféré devant la juridiction dans un délai de vingt-quatre heures suivant le début de son placement en garde à vue, il devait être remis en liberté sous condition, à moins que l'infraction fut une *serious offence*. D'ailleurs, aucune définition n'était donnée à la notion de « *serious offence* », laquelle était par conséquent largement laissée à l'appréciation de la police. En réalité, la seule disposition légale qui semblait véritablement fixer une durée à la garde à vue était la section 43(4) du *Magistrates' Courts Act* 1980, aux termes de laquelle « lorsqu'une personne est placée en détention pour une infraction sans mandat et est retenue en détention, elle doit être déférée à la *magistrates' court* dès que cela apparaît praticable ». Il n'y avait donc aucune limitation précise de la durée de la garde à vue et il résultait de la pratique policière que l'expression « dès que cela apparaît praticable » était interprétée comme signifiant dès que cela apparaissait praticable après l'inculpation et non dès que cela apparaissait praticable après le placement en garde à vue, ce qui permettait à la police de placer un individu en garde à vue afin de se livrer à des investigations.

La Commission Philips avait considéré que la durée de la garde à vue ne devait pas dépasser, initialement, vingt-quatre heures. Elle proposa un mécanisme en vertu duquel six heures après le début du placement, le *custody officer* devait examiner la nécessité d'une prolongation. À l'issue d'un délai de vingt-quatre heures, la personne gardée à vue devait être soit inculpée (*charged*), soit remise en liberté, soit déférée devant la *magistrates' court* qui pouvait autoriser une prolongation de la garde à vue pour une durée de vingt-quatre heures. Le suspect pouvait être présent à cette audience et pouvait être représenté par un avocat. La Commission n'avait cependant pas limité le nombre de prolongations de la garde à vue par la *magistrates' court*.⁴⁰⁴

Le *PACE* ne reprit pas l'intégralité des recommandations de la Commission Philips. Dans sa version initiale, l'*Act* prévoyait que la garde à vue pouvait avoir une durée initiale de trente-six heures pour les *serious arrestable offences*.⁴⁰⁵ Pour les autres infractions, la durée initiale était fixée à vingt-quatre heures⁴⁰⁶. Le *Criminal Justice Act* 2003 a autorisé la garde à vue pour une durée de trente-six heures pour toutes les *arrestable offences*. Le *Serious Organised Crime and Police Act* 2005 ayant supprimé la notion d'*arrestable offences*, la durée de trente-six heures s'applique désormais à toute les *indictable offences*. Ainsi, les *either-way offences* – c'est-à-

⁴⁰⁴ ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc., n° 3.104 à 3.107.

⁴⁰⁵ Section 42 (1) du *PACE*, dans sa version antérieure au *Criminal Justice Act* 2003.

⁴⁰⁶ Section 41 (1) du *PACE*, dans sa version antérieure au *Criminal Justice Act* 2003.

dire les infractions pouvant être jugées soit par la *magistrates' court*, soit par la *Crown court* – peuvent faire l'objet d'une garde à vue de trente-six heures. Le maintien de la personne en garde à vue doit être reconsidéré régulièrement par un officier supérieur ne participant pas aux investigations. Ce « *review officer* » sera le *custody officer* si le suspect a été inculqué ou un officier ayant au moins rang d'inspecteur en l'absence d'inculpation⁴⁰⁷. L'examen du maintien doit intervenir une première fois dans les six premières heures qui suivent la décision de placement en garde à vue, une deuxième fois dans les neuf heures suivant le premier examen et dans les neuf heures suivant le deuxième examen⁴⁰⁸. La prolongation de la garde à vue au-delà de vingt-quatre heures – prolongation qui ne peut concerner que les *indictable offences* – doit être autorisée par un officier ayant au moins rang de *superintendent*. L'examen peut être retardé en cas de circonstances exceptionnelles et devra avoir lieu dès que cela sera praticable. Le « *reviewing officer* » ne peut autoriser la poursuite de la garde à vue que si le motif initial de celle-ci le justifie toujours et que les investigations sont conduites « avec diligence et promptitude »⁴⁰⁹. Le *reviewing officer* doit rechercher et prendre note des protestations formulées par le gardé à vue à l'encontre de la prolongation de sa détention⁴¹⁰. Cependant, la section 40 du *PACE*, modifiée par le *Criminal Justice Act* 2003, permet que l'examen de la nécessité de la prolongation soit effectué par téléphone et la section 6 de ce dernier *Act* précise que le recours à la voie téléphonique n'est pas subordonné à l'impossibilité de présenter la personne au *review officer*. La décision de prolongation de la garde à vue au-delà de vingt-quatre heures nécessite cependant que le *superintendent* rencontre la personne.

2. L'extension continue des pouvoirs coercitifs du ministère public français

119. La coercition infrajuridictionnelle se développe, en France, par des modalités différentes selon que l'investigation se situe en enquête préliminaire (a) ou en enquête de flagrance (b).

⁴⁰⁷ Section 40 (1) du *PACE*.

⁴⁰⁸ Section 40 (3) du *PACE*.

⁴⁰⁹ Section 42 (1) (c) du *PACE*.

⁴¹⁰ Section 40 (12) à (14) du *PACE*. Sur l'intérêt de recueillir les protestations, voir E. CAPE, « Detention without Charge : What Does 'Sufficient Evidence To Charge' Mean ? », art. préc.

a. L'extension continue du domaine de la coercition dans l'enquête préliminaire

120. *La reconnaissance originaire d'une coercition infrajuridictionnelle limitée dans l'enquête préliminaire.* Si l'enquête préliminaire était traditionnellement considérée comme non coercitive⁴¹¹, en raison de sa filiation directe avec l'enquête officieuse, le législateur avait cependant largement invalidé cette approche. Dès 1959, le code de procédure pénale permettait en effet le recours à la garde à vue d'une personne, soupçonnée ou non, « pour les nécessités de l'enquête préliminaire » (art. 77 CPP). Aussi, l'absence de caractère coercitif de l'enquête, qui avait pu justifier l'émergence et le développement de l'ancienne enquête officieuse, se trouvait-elle en réalité, dès l'adoption du code de procédure pénale, contredite : l'officier pouvait priver de sa liberté toute personne – y compris le témoin récalcitrant ou la personne qui refuserait une perquisition⁴¹² – pour vingt-quatre heures de sa propre autorité, et pour vingt-quatre heures supplémentaires sur autorisation écrite du procureur de la République.

121. *L'extension contemporaine de la coercition infrajuridictionnelle dans l'enquête préliminaire.* L'attribution de la coercition dans l'enquête préliminaire s'est depuis manifestée à de multiples occasions, en dehors de tout contrôle du juge, notamment dans le cadre des réquisitions, des prélèvements, des comparutions et des fouilles.

Un pouvoir de réquisition a ainsi été conféré au procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, à l'officier de police judiciaire, par la loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 portant diverses dispositions de procédure pénale et de droit pénal, modifiée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale. Aussi, la réquisition peut-elle porter sur des examens techniques ou scientifiques⁴¹³, la remise de documents⁴¹⁴, des données informatiques⁴¹⁵, un décryptage⁴¹⁶, la nomination d'un expert⁴¹⁷.

⁴¹¹ G. DENIS, *L'enquête préliminaire. Étude théorique et pratique*, op. cit., p. 173 ; M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, op. cit., p. 169 et s.

⁴¹² Voir STEFANI (G.) et LEVASSEUR (G.), *Droit pénal général et procédure pénale*, tome II : *Procédure pénale*, Dalloz, coll. « Précis », 3^{ème} éd., Paris, 1968, n° 274, p. 218 : « (...) on comprend mal que le législateur ait autorisé cette mesure au cours de l'enquête préliminaire ».

⁴¹³ Art. 77-1 CPP : « S'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques, le procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier de police judiciaire, a recours à toutes personnes qualifiées ».

⁴¹⁴ La loi du 9 mars 2004 a conféré au procureur ou, sur autorisation de celui-ci, à l'officier de police judiciaire, le pouvoir de requérir « toute personne, tout établissement ou organisme privé ou public ou toute administration publique », de lui remettre des documents intéressant l'enquête, y compris d'ordre informatique (art. 77-1-1 CPP). L'abstention de réponse est constitutive d'un délit puni d'une peine d'amende de 3.750 euros (art. 77-1-1, al. 2, CPP, renvoyant à l'art. 60-1, al. 2, CPP).

En outre, le procureur ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier de police judiciaire, peut faire procéder aux opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens techniques ou scientifiques de comparaison et de prise d'empreintes digitales, palmaires ou de photographies, sur 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 infraction⁴¹⁸.

La coercition se manifeste également dans le cadre de la comparution, par la reconnaissance d'un pouvoir d'interpellation. La loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale avait consacré l'obligation pour les témoins convoqués par l'officier de police judiciaire de se présenter à celui-ci. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité avait par la suite précisé que l'officier de police peut contraindre à comparaître par la force publique, avec l'autorisation du procureur de la République, 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. 78, al. 1^{er}, CPP). Cette dernière loi a même conféré au procureur de la République le pouvoir de décerner un mandat de recherche visant toute personne suspecte d'une infraction punie d'une peine égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement (art. 77-4 CPP).

⁴¹⁵ La loi du 18 mars 2003, réformée par celle du 9 mars 2004, a conféré au procureur de la République le pouvoir d'autoriser l'officier de police judiciaire, intervenant par voie télématique ou informatique, à requérir les organismes publics ou personnes morales de droit privé de mettre à sa disposition les informations utiles à la manifestation de la vérité contenues dans le ou les systèmes informatiques ou traitements de données nominatives qu'ils administrent. Le requis doit produire, par voie télématique ou informatique, les éléments demandés, à moins qu'un secret ne les protège, sous peine d'une amende de 3.750 euros (art. 77-1-2 CPP, renvoyant à l'art. 60-2 CPP).

⁴¹⁶ La loi du 15 novembre 2001 a conféré au procureur de la République le pouvoir de désigner toute personne physique ou morale qualifiée, en vue d'effectuer les opérations techniques permettant d'obtenir la version en clair de données qui, saisies ou obtenues au cours de l'enquête, ont fait l'objet d'opérations de transformations empêchant d'accéder aux informations qu'elles contiennent ou de les comprendre, ou, en cas de nécessité, la convention secrète de déchiffrement si un moyen de cryptologie a été utilisé. Le procureur a d'ailleurs reçu le pouvoir de prescrire le recours aux moyens de l'Etat soumis au secret de la défense nationale, à la double condition que la peine encourue pour les faits, objets de l'enquête, soit au moins égale à deux ans d'emprisonnement, et que les nécessités de l'enquête l'exigent. Dans ce dernier cas, il doit adresser sa réquisition écrite au service national de la police judiciaire chargé de la lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information (art. 230-1 et 230-2 CPP).

⁴¹⁷ La loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, modifiée par la loi du 9 mars 2004, a reconnu au procureur de la République le pouvoir d'ordonner une expertise de la personne impliquée pour des infractions de meurtre ou assassinat précédé ou accompagné d'un viol, pour des actes de torture ou de barbarie ou pour agression ou atteintes sexuelles commis à l'encontre d'un mineur (art. 706-47, al. 4, CPP) et d'ordonner une expertise médico-psychologique du mineur qui en est victime (art. 706-48, al. 2, CPP).

⁴¹⁸ Art. 76-2 CPP, renvoyant à l'art. 55-1 CPP. Le refus de la personne de se soumettre à ces opérations et de prélèvement et de relevé signalétique est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende.

Enfin, la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne a rendu possible les fouilles de véhicules pour des temps et lieux déterminés par réquisitions du procureur sans le consentement de l'intéressé pour la recherche de nombreuses infractions (vol, recel, terrorisme, armes et explosifs, stupéfiants notamment).

122. Ainsi, la coercition infrajuridictionnelle se trouve-t-elle soumise dans l'enquête préliminaire, subordonnée à une autorisation du parquet, à l'exception de la garde à vue dont la décision de placement demeure un pouvoir propre de l'officier de police judiciaire.

b. L'extension continue du domaine de l'enquête de flagrance coercitive

123. La portée singulière et les conditions strictes de l'enquête de flagrance, qui venaient historiquement en limiter l'exorbitance, se trouvent aujourd'hui largement remises en cause.

124. *La portée unilatéraliste de la flagrance sous le code de procédure pénale.* La flagrance constituait, en effet, sous l'empire du code d'instruction criminelle, une exception à la séparation de la poursuite et de l'instruction. L'évidence de la commission de l'infraction et l'urgence qu'il y a à ne pas laisser dépérir les preuves justifiaient que soit remise en cause la répartition des compétences entre le procureur et le juge d'instruction, et que chacun de ces deux magistrats puisse exercer les fonctions habituellement dévolues à l'autre⁴¹⁹. La flagrance commandait ainsi la réciprocité des entorses à la répartition de principe en justifiant que le juge d'instruction puisse s'autosaisir et que le procureur puisse instruire.

Le code de procédure pénale remet en cause le compromis issu du code d'instruction criminelle et marque une rupture d'équilibre au profit du ministère public.

D'une part, la flagrance n'y constitue plus une exception à l'interdiction faite au ministère public d'effectuer l'instruction, puisque l'enquête préliminaire permet au procureur et à ses auxiliaires de se livrer à des investigations et d'empiéter ainsi sur les fonctions historiquement dévolues au juge d'instruction. Désormais, elle consiste seulement à conférer au procureur et à ses auxiliaires officiers de police judiciaire les attributs historiques de la fonction d'instruction, c'est-à-dire le recours à la coercition.

⁴¹⁹ Sur l'origine de cette combinatoire, voir *supra* n° 49.

D'autre part, la flagrance n'octroie de pouvoirs exorbitants qu'au ministère public ou à ses auxiliaires, à l'exclusion du juge d'instruction. Le code vient en effet remettre en cause la réciprocité de l'exception à la répartition des fonctions, ce qui est révélateur de l'éviction du juge d'instruction. Une telle éviction s'est manifestée, en premier lieu, à l'égard de l'information à destination du juge. Le code de procédure pénale a ainsi supprimé l'obligation qui pesait jusque-là sur le procureur en vertu de l'article 53 du code d'instruction criminelle d'informer le juge d'instruction qu'un crime flagrant vient de se commettre⁴²⁰, et oblige à l'inverse l'officier de police judiciaire à informer le procureur de la République⁴²¹. L'éviction s'est, en deuxième lieu, traduite par la suppression de la saisine d'office du juge. Sous l'empire du code d'instruction criminelle, le juge d'instruction, informé par le procureur, s'autosaisissait par son arrivée sur les lieux. Il n'avait point besoin d'un réquisitoire introductif du procureur et « il se comportait donc non pas en officier de police judiciaire, mais en juge d'instruction »⁴²². Sous l'empire du code de procédure pénale, sa présence sur les lieux d'une infraction flagrante n'ouvrait plus l'instruction : en vertu de l'article 72 du code de procédure pénale, dans sa version initiale, il lui était nécessaire, pour être valablement saisi en tant que magistrat instructeur, d'obtenir un réquisitoire du procureur, réquisitoire que ce dernier pouvait délivrer s'il le souhaite. En effet, l'article 72, alinéa 4, du code de procédure pénale prévoyait que les opérations terminées, « le juge d'instruction transmet[tait] les pièces de l'enquête au procureur de la République à toutes fins utiles ». L'éviction s'est, en troisième lieu et plus récemment, manifestée de façon plus catégorique par la suppression des pouvoirs d'enquête du juge d'instruction. L'article 72 du code de procédure pénale avait reproduit l'article 53 du code d'instruction criminelle prévoyant que l'arrivée du juge d'instruction sur les lieux d'une infraction flagrante dessaisissait « le procureur de la République ainsi que les officiers de police judiciaire » (al. 1^{er}) et que le juge d'instruction pouvait accomplir « tous actes de police judiciaire » (al. 2). La réforme opérée par la loi du 23 juin 1999, en modifiant l'article 72 du code de procédure

⁴²⁰ Art. 32 CIC : « Dans tous les cas de flagrant délit, lorsque le fait sera de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante, le procureur impérial se transportera sur le lieu sans aucun retard, pour y dresser les procès-verbaux nécessaires à l'effet de constater le corps du délit, son état, l'état des lieux, et pour recevoir les déclarations des personnes qui auraient été présentes, ou qui auraient des renseignements à donner » (al. 1^{er}) ; « Le procureur impérial donnera avis de son transport au juge d'instruction, sans être toutefois tenu de l'attendre, pour procéder, ainsi qu'il est dit au présent chapitre » (al. 2).

⁴²¹ Art. 54, al. 1^{er}, CPP : « En cas de crime flagrant, l'officier de police judiciaire qui en est avisé, informe immédiatement le procureur de la République, se transporte sans délai sur le lieu du crime et procède à toutes constatations utiles ».

⁴²² M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, op. cit., n° 233, p. 174.

pénale, a supprimé la possibilité pour le juge d'instruction d'effectuer des actes de police judiciaire dans ce cadre d'enquête.

Exit donc le juge d'instruction de la procédure de flagrance. Sous l'empire du code d'instruction criminelle, l'évidence et l'urgence postulaient une indifférence quant à l'autorité qui recueille la preuve – juge ou procureur – et la bilatéralisation des atteintes à la répartition des fonctions. Sous l'empire du code de procédure pénale, ces mêmes motifs viennent seulement justifier l'usage de la coercition par le procureur et donc une unilatéralisation de l'exorbitance des pouvoirs.

125. La portée autonomiste de l'enquête de flagrance et les évolutions du code de procédure pénale. En outre, initialement, l'attribution de la coercition distinguait assez largement l'enquête de flagrance de l'enquête préliminaire.

La flagrance permettait en effet au procureur, sous l'empire du code d'instruction criminelle, de se voir autoriser le recours aux attributs de la fonction d'instruction. Le procureur pouvait notamment diligenter une expertise (art. 43 et 44 CIC) ou procéder à l'arrestation de la personne soupçonnée en délivrant un mandat d'amener (art. 40 CIC). Toutefois, cette attribution demeurait limitée : le procureur n'avait le droit de perquisitionner qu'au domicile de la personne soupçonnée⁴²³ et le droit d'entendre que les témoins du crime à l'exclusion des témoins de moralité⁴²⁴, et il pouvait seulement empêcher ceux-ci de s'éloigner du lieu de commission du crime jusqu'à clôture de son procès-verbal, sans pouvoir les contraindre à comparaître devant lui. Le code de procédure pénale a toutefois renforcé les pouvoirs de flagrance. Ainsi, la flagrance permet à l'officier de police judiciaire, au procureur et à ses substituts de procéder à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies au domicile des personnes « qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés » (art. 53, al. 1^{er},

⁴²³ Art. 36 CIC : « Si la nature du crime ou du délit est telle que la preuve puisse vraisemblablement être acquise par les papiers ou autres pièces et effets en la possession du prévenu, le procureur du roi se transportera de suite dans le domicile du prévenu, pour y faire la perquisition des objets qu'il jugera utiles à la manifestation de la vérité ». Nous soulignons.

⁴²⁴ Art. 32, al. 1^{er}, CIC : « Dans tous les cas de flagrant délit, lorsque le fait sera de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante, le procureur du roi se transportera sur le lieu, sans aucun retard, pour y dresser les procès-verbaux nécessaires à l'effet de constater le corps du délit, son état, l'état des lieux, et pour recevoir les déclarations des personnes qui auraient été présentes ou qui auraient des renseignements à donner ». Nous soulignons. L'article 33 du code d'instruction criminelle précise que « [l]e procureur du roi pourra aussi, dans le cas de l'article précédent, appeler à son procès-verbal les parents, voisins ou domestiques, présumés en état de donner des éclaircissements sur le fait (...) ». Le procureur ne pouvait ainsi « s'égarer dans la recherche des antécédents de l'inculpé ou de ses moyens de défense ; il s'agit d'une instruction sommaire, à charge, accessoire aux constatations matérielles ». Voir ainsi GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome III, *op. cit.*, n° 946, pp. 251-252. Dans le même sens, voir LABORDE (A.), *Cours élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, n° 1079-1080, pp. 610-611.

CPP), sans l'assentiment de ces personnes : le pouvoir de perquisition coercitif n'est donc plus, dans le code de procédure pénale, limité, *in loci*, au domicile de la personne soupçonnée d'un crime, mais s'étend aux domiciles des personnes qui sont susceptibles de détenir des informations ou objets relatifs à un crime ou à un délit puni d'emprisonnement (art. 56 CPP). Depuis la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, l'article 57-1 du code de procédure pénale permet d'ailleurs aux officiers de police judiciaire ou, sous leur responsabilité, aux agents de police judiciaire de procéder à la perquisition de données stockées à distance ou sur des terminaux mobiles à partir d'un système informatique implanté dans les locaux de la police ou de la gendarmerie.

Désormais, ce n'est plus tant la coercition elle-même qui distingue l'enquête de flagrance de l'enquête préliminaire, que le domaine de cette coercition et l'absence de conditionnement de la validité des actes à l'autorisation du procureur de la République. L'enquête préliminaire est en effet devenue coercitive et c'est à l'officier de police judiciaire que le code attribue en principe les actes de l'enquête.

S'agissant du domaine de la coercition, la spécificité de l'enquête de flagrance réside désormais dans la possibilité de réaliser des perquisitions, durant les heures légales sans le consentement de l'intéressé, dans une enquête relative à un délit puni de moins de cinq ans d'emprisonnement car, au-delà, sur autorisation du procureur, une telle perquisition est possible en enquête préliminaire sur autorisation du juge des libertés et de la détention (art. 76, al. 4, CPP). Sa spécificité réside également dans le fait qu'en flagrance, sur autorisation du juge des libertés et de la détention, des perquisitions de nuit sont possibles en matière de criminalité organisée (art. 706-89 et 706-90 CPP).

S'agissant du conditionnement des pouvoirs, la spécificité de l'enquête de flagrance réside dans le fait que l'officier de police judiciaire n'a pas besoin d'obtenir l'autorisation du procureur pour forcer à comparaître les personnes présentes sur les lieux (art. 62, al. 2, CPP), pour effectuer des prélèvements corporels externes (art. 55-1 CPP), pour délivrer des réquisitions aux fins d'exams techniques ou scientifiques⁴²⁵, de remise de documents⁴²⁶ ou de données informatiques⁴²⁷, pour requérir, depuis la loi du 13 novembre 2014, toute personne susceptible de connaître les mesures de protection des données auxquelles il est permis d'accéder lors de la perquisition ou leur remettre les informations pour accéder à

⁴²⁵ Art. 60 CPP.

⁴²⁶ Art. 60-1 CPP.

⁴²⁷ Art. 60-2 CPP.

ces données, et pour réaliser des perquisitions, durant les heures légales, sans l'assentiment de la personne dans une enquête relative à un délit puni de cinq ans d'emprisonnement.

La loi semble toutefois avoir voulu accroître le rôle du procureur comme corrélat de l'augmentation des pouvoirs autonomes de l'officier de police judiciaire. L'article 53 du code de procédure pénale énonce ainsi que la police judiciaire procède, dans l'enquête de flagrance, « sous le contrôle » du procureur. L'article 54 impose d'ailleurs que l'officier de police judiciaire « informe immédiatement le procureur de la République ». De même, l'article 68, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale prévoit que l'arrivée du procureur de la République sur les lieux dessaisit l'officier de police judiciaire et qu'il revient alors en principe à celui-ci d'accomplir tous les actes de police judiciaire (art. 68, al. 2, CPP), à moins qu'il ne prescrive aux officiers de police judiciaire de poursuivre leurs opérations. Cependant, la chambre criminelle considère que l'obligation d'information du procureur n'est pas prescrite à peine de nullité⁴²⁸. Et la jurisprudence a pratiquement vidé de sa substance le principe posé par l'article 68, alinéa 1^{er}, en considérant que le choix du procureur de prescrire aux officiers de police judiciaire de poursuivre leurs investigations est implicite, dès lors que celui-ci n'a pas revendiqué expressément de procéder lui-même aux investigations⁴²⁹.

126. L'enquête de flagrance a ainsi vu sa portée bouleversée et, avec elle, la limitation de son exorbitance au regard de la juridictionnalisation de la répression. Exception réciproque à la répartition des pouvoirs entre le juge d'instruction et le procureur, elle est devenue une exception unilatérale à l'absence de pouvoirs coercitifs de ce dernier pour désormais devenir seulement une exception à la subordination des pouvoirs de l'officier de police judiciaire à l'autorisation du procureur. Cette mutation est considérable au regard de la juridictionnalisation, d'autant que les conditions de l'enquête de flagrance ont été elles-mêmes considérablement élargies : les infractions susceptibles de donner lieu à enquête de flagrance, mais aussi la notion de flagrance et la durée de l'enquête de flagrance.

⁴²⁸ Cass. crim., 26 févr. 1991, préc.

⁴²⁹ Cass. crim., 20 mars 1995, *Bull. crim.* n° 111 ; *Dr. pén.* 1995, chron. 54 : pour refuser d'annuler les actes accomplis par les officiers de police judiciaire lors de l'enquête de crime flagrant, postérieurement à l'arrivée du procureur de la République sur les lieux, sans viser des réquisitions expresses de ce magistrat, les juges d'appel avaient considéré qu'il suffit que le magistrat du ministère public ne s'oppose pas formellement à la poursuite des opérations par les officiers de police judiciaire pour que ceux-ci puissent continuer régulièrement leurs investigations. La chambre criminelle approuve : « (...) dès lors qu'en donnant des consignes particulières aux enquêteurs qui s'y sont référés pour accomplir certains actes, le procureur de la République n'a fait qu'user des pouvoirs généraux de direction d'enquête qu'il tient de l'article 41 du code de procédure pénale, l'arrêt attaqué n'encourt pas les griefs allégués au moyen ».

127. L'extension légale des infractions pouvant donner lieu à enquête de flagrance.

Le développement de la procédure de flagrance s'est en effet manifesté par l'extension des infractions susceptibles de donner lieu à la procédure de flagrance.

La question de la nature des infractions susceptibles d'autoriser le déploiement des pouvoirs de flagrance avait été discutée sous l'empire du code d'instruction criminelle car les textes n'étaient pas d'une clarté indiscutable. L'article 32 du code d'instruction criminelle, le premier qui traitait de la flagrance, envisageait le transport du procureur de la République « lorsque le fait sera de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante », ce qui visait le seul crime. Mais les articles 35, 36, 42 et 43 du code envisageaient le crime ou le délit. Quant à l'article 41, il visait le seul délit. Malgré l'approximation du vocabulaire employé, les interprètes avaient estimé majoritairement que l'expression « crime ou délit » signifiait simplement « infraction » et que l'enquête de flagrance n'était possible que dans l'hypothèse d'un crime, seule infraction punie d'une peine afflictive et infamante⁴³⁰. L'article 157 de l'ordonnance du 29 octobre 1820 confirmait d'ailleurs une telle interprétation⁴³¹. Il n'y avait que deux exceptions à cette interprétation. La première, législative, concernait le cas dans lequel le procureur de la République était requis de procéder aux actes d'enquête par le chef de maison : de ce que l'article 46 du code d'instruction criminelle, qui visait ce cas, était placé à la suite des articles relatifs au flagrant délit et envisageait une hypothèse qui ne s'apparentait pas aux autres cas de flagrance, et de ce que cet article n'exigeait pas que le fait soit de nature à entraîner une peine afflictive et infamante, on pouvait conclure que les pouvoirs attribués au procureur de la République s'étendaient à toute infraction, criminelle

⁴³⁰ En ce sens, BOITARD (J.-E.), *Leçons sur les codes pénal et d'instruction criminelle*, *op. cit.*, n° 637, p. 479, qui parle de « faits de nature à entraîner peine afflictive et infamante, crime proprement dit dans le sens technique du code pénal » ; HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome IV, H. Plon, 2^{ème} éd., Paris, 1866, n° 295, p. 684 : « (...) cette condition, impérieusement prescrite par les art. 32, 40 et 106 du C. d'instr. Crim., est absolue et n'admet aucune restriction : ce n'est qu'à raison de la gravité des faits que la loi a qualifiés crimes, qu'elle a consenti, par une exception aux règles générales de la compétence, à intervertir les attributions judiciaires et à déléguer temporairement aux officiers de police les pouvoirs du juge, et au juge lui-même les pouvoirs du ministère public ; cette double dérogation au principe qui sépare les droits de la poursuite et les droits de la juridiction, est fondée (...) sur l'intérêt social, qui veut la protection des personnes dans l'intérêt de la justice, qui sollicite la prompte constatation des crimes. Mais lorsque le fait n'est passible que d'une peine correctionnelle, ces motifs n'existent plus, ou du moins, ne se présentent plus avec la même force ; il n'y a donc plus de raison suffisante de s'écarter des règles ordinaires (...) » ; ORTOLAN (J.-L.-E.), *Éléments de droit pénal : pénalité - juridictions - procédure, suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence avec les données de nos statistiques criminelles*, tome 2, *op. cit.*, n° 1824, p. 856 ; ROGRON (J. A.), *Code d'instruction criminelle expliqué par ses motifs et par des exemples*, *op. cit.*, n° 32, p. 23 ; CARNOT (M.), *De l'instruction criminelle*, tome I, *op. cit.*, n° 5, p. 252.

⁴³¹ En vertu duquel : « Toute infraction qui, par sa nature, est seulement passible de peines correctionnelles, ne peut constituer un flagrant délit. Les officiers de gendarmerie ne sont point autorisés à faire des instructions préliminaires pour la recherche de ces infractions. Le flagrant délit doit être un véritable crime contre lequel une peine afflictive ou infamante est prononcée ». Cette disposition sera reprise à l'article 250 du décret du 1^{er} mars 1854.

comme délictuelle⁴³². La seconde, prétorienne, reposait sur l'apparence et la difficulté de la qualification juridique des faits. La jurisprudence admettait ainsi que, dans l'hypothèse où il apparaissait difficile de qualifier criminellement ou délictuellement les agissements commis, en raison d'une mauvaise description par un citoyen ou en raison de l'évolution possible du préjudice subi, les actes d'information faits au cours d'une enquête de flagrance étaient valables, même s'il apparaissait par la suite que les agissements répréhensibles ne constituaient qu'une infraction délictuelle, du moment qu'à l'ouverture de l'enquête ils présentaient l'apparence d'un crime⁴³³.

Des discussions doctrinales naquirent toutefois à la suite de l'entrée en vigueur de la loi des 20 mai - 1^{er} juin 1863. La loi des 20 mai - 1^{er} juin 1863 sur l'instruction des flagrants délits devant les tribunaux correctionnels⁴³⁴ avait en effet créé une procédure rapide pour juger immédiatement les délits flagrants commis dans les circonstances prévues par l'article 41 du code d'instruction criminelle, c'est-à-dire le délit qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre (art. 41, al. 1^{er}, CIC), et les hypothèses où l'individu est poursuivi par la clameur publique, il est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice, pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit (art. 41, al. 2, CIC)⁴³⁵. Plusieurs auteurs cependant avaient considéré que cette loi, qui s'applique aux délits – *stricto sensu* – flagrants, avait pour effet d'étendre le champ de l'enquête de flagrance du code d'instruction criminelle aux infractions de nature correctionnelle. Ainsi, Garraud considérait-il que la loi des 20 mai - 1^{er} juin 1863, « exclusivement applicable à l'instruction et à la poursuite des délits correctionnels

⁴³² En ce sens, HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome IV, *op. cit.*, p. 236. La commission du Corps législatif avait proposé de restreindre cette disposition au cas où le fait entraînerait une peine afflictive ou infamante. Cette proposition fut cependant rejetée « parce que le chef de la maison peut avoir intérêt à faire constater à l'instant même un délit purement correctionnel ». Voir ainsi, LOCRE DE ROISSY (J. G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, tome XXV, *op. cit.*, p. 78.

⁴³³ Cass. crim., 1^{er} sept. 1831, *S.* 1831, 353, à propos de la découverte d'une certaine quantité de cartouches et de poudre de guerre cachés par le prévenu dans sa grange et de l'utilisation des procès-verbaux dressés en flagrance dans la poursuite de celui-ci pour détention illicite de poudre de guerre et de munitions : « Attendu que la loi en faisant une obligation au procureur du roi dans les cas de flagrant délit et lorsque le fait est de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante, de se transporter sur les lieux et d'y dresser des procès-verbaux, ne frappe pas de nullité les procès-verbaux dans la prévision d'un crime lorsque le fait constaté par le procureur du roi perd les premiers caractères qu'on lui avait supposés ; attendu que l'amas d'armes et de poudre, dénoncé par la clameur publique, pouvait être considéré comme une préparation à la guerre civile et un moyen de la soutenir ; qu'ainsi le procureur a pu se croire dans les cas prévus par les articles 31 et 41 du code d'instruction criminelle ».

⁴³⁴ J.-B. DUVERGIER, *Lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, tome 63, Paris, 1863, p. 489 et s.

⁴³⁵ Art. 1^{er} de la loi du 20 mai - 1^{er} juin 1863. Et uniquement l'article 41, à l'exclusion de l'article 46 du code d'instruction criminelle. Voir ainsi, exposé des motifs, n° 1, rapports n° 17, 27, 35, *D.* 1863, 4, p. 108 et s., cités par LABORDE (A.), *Cours élémentaire de droit criminel*, Arthur Rousseau, Paris, 1891, n° 1089, p. 614, *ad notam*.

flagrants, paraît avoir réagi sur les attributions du procureur de la République et les avoir élargies, dans le sens d'une extension de sa compétence d'instruction, même en cas de délit de police correctionnelle flagrant »⁴³⁶. L'analyse fut cependant condamnée par l'article 127 du décret du 20 mai 1903 qui reprendra les dispositions de l'article 157 de l'ordonnance du 29 octobre 1820. La jurisprudence, elle-même, refusa l'extension⁴³⁷, si bien qu'à la veille de l'entrée en vigueur du code de procédure pénale, la notion de flagrance était susceptible de revêtir trois acceptions : pour constituer l'exception réciproque à la séparation de la poursuite et de l'instruction, le flagrant délit était en réalité un crime flagrant ; pour constituer l'exception réciproque à la séparation de la poursuite et de l'instruction, en cas de réquisitions du chef de maison, le flagrant délit se définissait, conformément à l'article 46 du code d'instruction criminelle, comme un crime et un délit flagrants ; pour l'usage des pouvoirs reconnus par la loi des 20 mai - 1^{er} juin 1863, c'est-à-dire pour l'instruction et la poursuite des délits flagrants devant le tribunal correctionnel, le flagrant délit était le délit qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre (art. 41, al. 1^{er}, CIC), ou qui recouvre les hypothèses où l'individu est poursuivi par la clameur publique et celles où il est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice, pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit (art. 41, al. 2, CIC).

La question fut finalement définitivement tranchée dans un sens extensif en 1959 car le code de procédure pénale décline les pouvoirs de flagrance dans un chapitre I « Des crimes et des délits flagrants ». Tous les pouvoirs résultant de l'enquête de flagrance peuvent donc désormais être mis en œuvre aussi bien pour un délit que pour un crime, si toutefois le délit est punissable d'emprisonnement comme le précise l'article 67 du code de procédure pénale.

⁴³⁶ GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome III, Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1912, n° 933, p. 238. Dans le même sens, TREBUTTIEN (E.), *Cours élémentaire de droit criminel*, tome II : *Instruction criminelle*, op. cit., n° 430, p. 300 (implicite). *Contra*, LABORDE (A.), *Cours élémentaire de droit criminel*, *ibid.*, n° 1087, p. 614 ; DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Librairie du recueil Sirey, 3^{ème} éd., Paris, 1947, n° 1383-1384, pp. 788-789 ; MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, tome II, Cujas, 2^{ème} éd., Paris, 1973, n° 1047, p. 269 ; VIDAL (G.), *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, tome II : *Procédure pénale - Domaine de la loi en matière pénale*, Rousseau, 9^{ème} éd. par MAGNOL (J.), Paris, 1949, n° 810, p. 1159 (implicite) ; VILLEY (E.), *Précis d'un cours de droit criminel*, Pédone-Lauriel, 2^{ème} éd., Paris, 1880, p. 296 (implicite).

⁴³⁷ Cass. crim., 18 févr. 1910, *S.* 1911, 1, 233 ; Cass. crim., 26 mars 1917, *S.* 1920, 1, 189 ; *D.* 1921, I, 48 ; Cass. crim., 12 mai 1923, *préc.* ; Cass. crim., 13 févr. 1925, *D.* 1925, I, 148 ; *S.* 1925, 1, 235 ; Cass. crim., 31 janv. 1914, *S.* 1916, 1, 59 ; Cass. crim., 29 mars 1917, *S.* 1920, 1, 189 ; *contra*, Cass. req., 6 janv. 1903, *S.* 1903, 1, 501 ; CA Douai, 7 juill. 1909, *S.* 1910, 2, 185 (qui admettent que les pouvoirs du code d'instruction criminelle, et non seulement les pouvoirs prévus par la loi du 20 mai 1863, s'appliquent au délit).

128. *L'extension légale de la notion de flagrance et des infractions réputées flagrantes.* Le développement de la procédure de flagrance s'est ensuite manifesté par la consécration par la loi d'une notion extensive de la flagrance et une extension des hypothèses réputées flagrantes.

Sous l'empire du code d'instruction criminelle, l'infraction flagrante était, à proprement parler, aux termes de l'article 41, alinéa 1^{er}, du code d'instruction criminelle, « [l]e délit qui se commet actuellement ». Mais le code manifestait déjà une définition extensive de la flagrance, en visant également le délit qui « vient de se commettre »⁴³⁸ et en réputant délits flagrants le cas où « le prévenu est poursuivi par la clameur publique, et celui où le prévenu est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice, pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit ». Par ailleurs, le code assimilait à la flagrance des infractions même non flagrantes dans leur nature. Il en allait ainsi de la découverte d'un cadavre à la suite d'une mort violente ou suspecte (art. 44 CIC) et de la réquisition du chef de maison (art. 46 CIC).

Le code de procédure pénale vint consacrer les hypothèses prévues jadis par le code d'instruction criminelle, sans distinguer toutefois entre la flagrance proprement dite et les infractions réputées flagrantes. Aussi, l'article 53, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale prévoit-il quatre cas de flagrance : « Est qualifié crime ou délit flagrant 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 ».

Initialement, le code de procédure pénale avait repris, en son article 53, alinéa 2, l'hypothèse de l'assimilation à la flagrance des réquisitions du chef de maison. Et son article 59 prévoyait d'ailleurs que ces réquisitions permettaient que les perquisitions et les visites domiciliaires puissent être commencées avant six heures et après vingt-et-une heures. La loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale a toutefois, depuis, supprimé ce cas d'assimilation à l'infraction flagrante.

Le code de procédure pénale a par ailleurs repris et étendu les autres cas de flagrance par assimilation. L'article 74 du code de procédure pénale reprend l'enquête de mort suspecte

⁴³⁸ ORTOLAN (J.-L.-E.), *Éléments de droit pénal : pénalité - juridictions - procédure, suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence avec les données de nos statistiques criminelles*, tome 2, *op. cit.*, n° 768, p. 318 : « Si, au lieu de se commettre actuellement, le délit vient de se commettre, on ne peut plus dire avec exactitude qu'il soit flagrant : la flamme (...) est éteinte ; ce qui reste, ce sont des vestiges chauds encore, ou des cendres encore fumantes. Le méfait n'est point présent, il est passé ».

et, depuis la loi du 9 mars 2004, l'étend à l'hypothèse de « la découverte d'une personne grièvement blessée lorsque la cause de ses blessures est inconnue ou suspecte » (art. 74, al. 4, CPP). La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice a consacré à l'article 74-1 du code de procédure pénale deux autres cas de flagrance par assimilation : d'une part, l'hypothèse de la disparition d'un mineur ou d'un majeur protégé venant d'intervenir ou d'être constatée, aux fins de découvrir la personne disparue (art. 74-1, al. 1^{er}, CPP) ; d'autre part, l'hypothèse de la disparition d'un majeur présentant un caractère inquiétant ou suspect eu égard aux circonstances, à l'âge de l'intéressé ou à son état de santé. La loi du 9 mars 2004 a, quant à elle, consacré un nouveau cas d'infraction flagrante par assimilation : l'hypothèse de la recherche d'une personne en fuite faisant l'objet d'un mandat d'arrêt (délivré par le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention, la chambre de l'instruction ou son président, le président de la cour d'assises alors qu'elle est renvoyée devant une juridiction de jugement, ou délivré par une juridiction de jugement ou par le juge de l'application des peines), ou d'une personne condamnée à une peine privative de liberté sans sursis supérieure ou égale à un an, lorsque cette condamnation est exécutoire ou passée en force de chose jugée (art. 74-2, al. 1^{er}, CPP). L'assimilation à la flagrance connaît toutefois une limite : la durée de ces enquêtes de flagrance par assimilation est limitée à huit jours, sans possibilité de prolongation par le procureur de la République⁴³⁹.

La jurisprudence quant à elle se montre extrêmement libérale dans sa définition de la flagrance. D'abord, dans son interprétation du critère temporel : si le code de procédure pénale avait semblé plus exigeant que le code d'instruction criminelle dans l'appréciation du critère temporel de la flagrance en requérant que l'individu soit trouvé « dans un temps très voisin de l'action » – et non plus seulement dans un temps « voisin de l'action » – en possession d'objets laissant penser qu'il a participé à l'infraction, la jurisprudence estime que des données psychologiques, liées notamment au traumatisme des victimes, autorisent une enquête de flagrance qui ne débiterait que plusieurs heures après les faits⁴⁴⁰. Ensuite,

⁴³⁹ L'application de l'article 53 du code de procédure pénale, dont l'alinéa 3 prévoit la possibilité d'une prolongation par le procureur pour une durée de huit jours supplémentaires, est exclue pour les hypothèses visées aux articles 74, 74-1, 74-2 dudit code, puisque ces articles ne renvoient qu'aux seuls actes énumérés aux articles 56 à 62.

⁴⁴⁰ Cass. crim., 26 févr. 1991, *Bull. crim.* n° 96 ; *JCP G* 1996, IV, 218, concernant la victime d'un viol ayant déposé plainte trente heures après les faits. La chambre criminelle estime que « les autorités de police avaient été saisies des faits dans un temps très voisin de l'action » ; Cass. crim., 8 avr. 1998, pourvoi n° 97-80.610, *Gaz. Pal.* 1998, II, chron. 139, note J.-P. Doucet, concernant la victime de faits d'extorsion de fonds sous la menace d'une arme ayant déposé plainte deux jours après les faits. Voir cependant, Cass. crim., 11 févr. 1998, *Bull. crim.* n° 55 : « (...) ne pouvait être qualifiée de crime flagrant une infraction révélée six jours après sa commission ».

parce qu'elle adopte une conception de la flagrance fondée non pas seulement sur une évidente certitude, mais également sur une présomption apparente. Elle requiert ainsi, pour que soit ouverte une enquête de flagrance et, partant, que soit justifié l'usage de la coercition, l'existence d'un ou plusieurs indices apparents laissant présumer la commission d'une infraction⁴⁴¹. La suspicion des policiers peut dès lors se fonder sur des éléments non seulement qui constatent mais aussi qui permettent de déduire la commission d'une infraction.

129. L'extension de la durée de l'enquête de flagrance. Le développement de la procédure de flagrance s'est ensuite manifesté par une extension de la durée de l'enquête.

Le code de procédure pénale, comme le code d'instruction criminelle, n'avait initialement rien prévu et maintenait, par prétérition, les solutions prétoriennes antérieures. La jurisprudence s'était montrée relativement souple, considérant ainsi que l'enquête de flagrance pouvait se prolonger plusieurs jours, à condition toutefois que les actes accomplis l'aient été sans discontinuer⁴⁴².

La loi du 9 mars 2004 est venue préciser la durée de celle-ci : huit jours (art. 53, al. 2, CPP). Elle a surtout autorisé le procureur à décider, lorsque 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 ne peuvent être différées, la prolongation de l'enquête pour une durée maximale de huit jours (art. 53, al. 3, CPP). La seule limite à cette extension de la durée de l'enquête de flagrance pourrait toutefois consister en la consécration de la nécessaire continuité des actes d'enquête. Mais la jurisprudence a admis que le premier acte d'enquête pouvait être réalisé vingt-quatre heures après la commission des faits⁴⁴³ et qu'il n'importait pas qu'aucun procès-verbal relatant les investigations n'ait été établi pourvu qu'il puisse être déduit des pièces de la procédure que l'enquête s'est poursuivie sans

⁴⁴¹ Cass. crim., 4 janv. 1982, *Bull. crim.* n° 2, s'agissant d'un individu ayant marqué un temps d'hésitation et tenté de s'enfuir, ce qui a justifié son interpellation, et ayant fait au commissariat des déclarations laissant présumer une fraude quant à ses documents d'identité, ce qui a justifié une perquisition de son domicile. Selon la chambre criminelle, « les officiers de police judiciaire avaient relevé des indices apparents d'un comportement délictueux, révélant l'existence d'infractions répondant à la définition de l'article 53 du code de procédure pénale ». Dans le même sens, Cass. crim., 26 avr. 1983, *Bull. crim.* n° 117, s'agissant du nom d'un individu figurant sur une liste de personnes étrangères ayant obtenu d'un tribunal d'instance des certificats de nationalité dans des conditions suspectes, faisant naître de très lourdes présomptions que les documents présentés au moment de l'interpellation n'avaient pas été régulièrement obtenus.

⁴⁴² Cass. crim., 9 sept. 1853, *D.* 1853, 5, 265 : un officier de police judiciaire ne peut continuer à accomplir des actes d'enquête s'il a déjà remis un dossier au parquet.

⁴⁴³ Cass. crim., 5 oct. 1976, *Bull. crim.* n° 278 : perquisition sans assentiment de l'intéressé, effectuée vingt-quatre heures après les faits, ayant permis la découverte, au domicile d'un individu, du coffre-fort frauduleusement soustrait.

discontinuer⁴⁴⁴.

130. L'extension des pouvoirs du ministère public se révèle, dans les procédures de droit commun, considérable, tant en France qu'en Angleterre. La mutation de la *ratio* et de la portée des actes d'enquête – la garde à vue en Angleterre – ou des cadres d'enquête – la flagrance en France –, l'extension des conditions du recours aux pouvoirs coercitifs – l'ensemble des infractions ou les *indictable offences* pour l'arrestation ou la garde à vue en Angleterre, l'ensemble des infractions punies d'un an d'emprisonnement pour la flagrance en France – favorisent ainsi l'autonomie du ministère public qui se voit de moins en moins contraint de demander au juge un surcroît de coercition. D'autant que les procédures spéciales renforcent encore les pouvoirs de celui-ci.

B. L'extension par les procédures spéciales

131. L'extension des pouvoirs de la police en matière de terrorisme et de criminalité organisée est souvent justifiée par le contrôle accru du juge : les dérogations apportées aux procédures de droit commun doivent en effet être compensées par un contrôle renforcé du juge. Conformément à cette logique, l'extension de la durée de la garde à vue est, par exemple, en France, soumise à une autorisation préalable du juge⁴⁴⁵. Pourtant, derrière cette compensation garantiste de principe, se manifeste bien souvent, plus discrètement, un accroissement des pouvoirs du ministère public qui ne se trouvent pas subordonnés à une autorisation du juge. Aussi, par le biais des procédures dérogatoires, les législations anglaise et française conduisent-elles à renforcer les pouvoirs infrajuridictionnels du ministère public, particulièrement en matière de terrorisme (1) et de criminalité organisée (2).

1. Les pouvoirs infrajuridictionnels spécifiques en matière de terrorisme

132. La lutte contre le terrorisme constitue la source d'un important renforcement des pouvoirs infrajuridictionnels du ministère public en Angleterre (a) comme en France (b).

⁴⁴⁴ Cass. crim., 11 févr. 1992, *Bull. crim.* n° 64 ; Cass. crim., 20 déc. 1994, pourvoi n° 94-84.744, *Dr. pén.* 1995, chron. 17, obs. V. Lesclous et C. Marsat.

⁴⁴⁵ Voir ainsi, art. 706-88 CPP pour la prolongation de la garde à vue au-delà de 48 heures.

a. Les pouvoirs infrajuridictionnels spécifiques en Angleterre

133. A la faveur d'une définition large du terrorisme, la police anglaise voit ses pouvoirs d'enquête renforcés. La section 1 du *Terrorism Act* 2000 définit en effet les actes terroristes comme des actes ou des menaces d'actes impliquant des violences graves à l'encontre d'une personne, des dommages graves à la propriété, mettant en danger la vie d'une personne, un risque pour la santé du public, ou conçus pour sérieusement entraver ou perturber gravement un système électronique, ces actes ou menaces d'actes tendant à influencer le gouvernement ou à intimider le public en vue de promouvoir une cause politique, religieuse ou idéologique⁴⁴⁶.

134. *Des pouvoirs de stop and search non subordonnés à la suspicion.* De larges pouvoirs de fouille sont ainsi consacrés par les sections 44 et 45 du *Terrorism Act* 2000, sans pour autant que ces pouvoirs ne soient subordonnés à l'existence d'une suspicion particulière. La police peut retenir tout véhicule ou toute personne aux fins de rechercher des objets pouvant présenter un lien avec le terrorisme. L'autorisation de procéder à de telles fouilles doit être délivrée par un officier ayant au moins rang d'*Assistant Chief Constable*, qui doit être convaincu qu'elle sera « opportune pour prévenir les actes terroristes »⁴⁴⁷. L'autorisation ne peut excéder une durée de vingt-huit jours, mais elle est renouvelable indéfiniment⁴⁴⁸. L'autorisation doit être confirmée par le *Home Secretary*, qui peut décider d'une durée plus brève, et doit préciser la zone du contrôle, mais, à la

⁴⁴⁶ Sur l'histoire de cette définition et la problématique soulevée par la définition du terrorisme en droit anglais, voir C. WALKER, *Terrorism and the Law*, OUP, Oxford, 2011, n° 1.107-1.154, pp. 34-47 ; du même auteur, « The legal definition of 'terrorism' in United Kingdom law and beyond », [2007] *P.L.* 331. Voir également, M. INNES et D. THIEL, « Policing terror » in T. NEWBURN (ed.), *Handbook of Policing*, Willan Publishing, 2^{ème} éd., Cullompton, Devon et Portland (Oregon), 2008, p. 553 et s., spéc. pp. 556-558. Pour une approche criminologique, voir M. INNES et M. LEVI, « Terrorism and counter-terrorism » in M. MAGUIRE, R. MORGAN et R. REINER (ed.), *The Oxford Handbook of Criminology*, op. cit., p. 660 et s., spéc. pp. 661-664.

⁴⁴⁷ Sur ce pouvoir, voir A. STANFORTH, *Blackstone's Counter-Terrorism Handbook*, OUP, 2^{ème} éd., Oxford, 2010, n° 5.2.2, pp. 304-309.

⁴⁴⁸ La *Court of appeal* et la Chambre des Lords, dans l'affaire *Gillan*, ont avalisé la pratique, initiée conjointement par la *Metropolitan Police* et le *Home Secretary*, consistant à renouveler systématiquement les autorisations pour la zone du Grand Londres. Voir ainsi, R. (*on the application of Gillan*) v. *Commissioner of Police of the Metropolis* [2004] EWCA Civ 1067 (51), décision confirmée par la Chambre des Lords in R. (*on the application of Gillan*) v. *Commissioner of Police of the Metropolis* [2006] UKHL 12 ; [2006] *Crim LR* 751, comm. critique A. Ashworth ; (2007) 70(4) *M.L.R.* 659, comm. D. Moeckli. Cependant, dans cette dernière décision, Lord Bingham précisa que l'absence, dans la loi, de toute exigence de suspicion pour l'exercice de ce pouvoir, « ne peut, de façon réaliste, être interprétée comme un mandat permettant de retenir et de fouiller des individus qui ne sont pas, objectivement, suspectés d'être des terroristes, ce qui serait vain et constituerait une perte de temps. Il s'agit de s'assurer qu'un *constable* n'est pas dissuadé de retenir et de fouiller une personne qu'il suspecte d'être un potentiel terroriste par la crainte de ne pouvoir démontrer les motifs raisonnables de sa suspicion ».

différence du pouvoir résultant de la section 60 du *CJPO*, elle peut porter sur l'entière zone de police. La section 45 prend toutefois le soin de préciser que le pouvoir conféré par la section 44 (1) ou (2) : « (a) ne peut être exercé que dans le but de rechercher des objets qui pourraient être utilisés en relation avec le terrorisme, et (b) peut être exercé si la police a des raisons de soupçonner la présence d'articles de ce genre ». Toutefois, si la police, à l'issue de la fouille, découvre une infraction qui ne présente aucun lien avec le terrorisme, elle peut procéder à l'arrestation de l'individu.

Dans l'affaire *Gillan et Quinton c/ Royaume-Uni* de 2010, la Cour européenne a cependant considéré que le dispositif résultant des sections 44 et 45 du *Terrorism Act* 2000 méconnaissait l'article 8 de la Convention européenne. La Cour a en effet considéré que les pouvoirs d'autorisation et de confirmation, ainsi que les pouvoirs d'interpellation et de fouille, prévus par les sections 44 et 45 du *Terrorism Act* 2000 ne sont ni suffisamment circonscrits ni assortis de garanties juridiques adéquates contre les abus. Dès lors, ils ne sont pas « prévus par la loi »⁴⁴⁹. Aussi, le pouvoir de la section 44 fut-il remplacé provisoirement en mars 2011⁴⁵⁰, puis définitivement par la section 61 du *Protection of Freedom Act* 2012, entré en vigueur le 10 juillet 2012. Désormais, en vertu de la section 47 A du *Terrorism Act* 2000, l'autorisation de recourir à l'usage d'un pouvoir de rétention et de fouille ne peut être octroyée que si un officier de police a des « raisons de suspecter qu'un acte de terrorisme aura lieu » et estime raisonnablement que l'usage d'un tel pouvoir « est nécessaire pour empêcher un tel acte ». L'autorisation ne peut durer plus longtemps et

⁴⁴⁹ CEDH, 4^{ème} sect., 12 janv. 2010, req. n° 4158/05, *Gillan and Quinton c/ Royaume-Uni*, § 80 et s ; [2010] *Edin LR* 477, comm. C. Mac Amhlaigh ; [2010] *Crim LR* 533, comm. R. Buxton ; [2010] *Crim LR* 415, comm. A. Ashworth. Au stade de l'autorisation et de la confirmation, la Cour relève d'abord que les policiers haut gradés peuvent autoriser le recours au pouvoir d'interpellation et de fouille s'ils considèrent que cela est « opportun », et non pas lorsque ce pouvoir est nécessaire pour prévenir des actes de terrorisme, de sorte qu'une appréciation de la proportionnalité de la mesure n'est pas exigée par la loi. En outre, si l'autorisation doit être confirmée par le ministre dans un délai de quarante-huit heures, celui-ci ne peut modifier le champ d'application territorial d'une autorisation et il semble qu'en pratique il n'ait jamais refusé de la confirmer ni n'en ait jamais avancé la date d'expiration. Les restrictions temporelles et territoriales prévues par la loi n'ont pas réellement permis de mettre un frein à l'émission des autorisations par le pouvoir exécutif, comme le démontre le fait que l'autorisation initiale accordée pour le district de la police métropolitaine a été continuellement renouvelée par « rotation ». De même, il n'est guère possible de contester une autorisation : si une procédure de contrôle juridictionnel est possible, l'étendue des pouvoirs discrétionnaires en jeu est telle que les requérants doivent faire face à des obstacles considérables pour parvenir à prouver qu'une autorisation ou confirmation a été émise *ultra vires* ou constitue un abus de pouvoir, tandis que les pouvoirs de l'autorité de surveillance indépendante se limitent à rendre compte de la manière générale dont sont appliquées les dispositions législatives et ne comprennent pas la faculté d'annuler ou de modifier les autorisations. Enfin, la Cour se montre préoccupée par le pouvoir discrétionnaire dont jouit chaque policier. Non seulement celui-ci n'est pas tenu de démontrer l'existence d'un motif raisonnable de soupçonner une infraction, mais il n'est même pas obligé d'avoir le moindre soupçon subjectif à l'égard de la personne qui fait l'objet de l'interpellation et de la fouille. La seule condition est que la fouille doit avoir pour but de rechercher des objets de nature à être utilisés à des fins terroristes, ce qui constitue une très large catégorie couvrant de nombreux articles que n'importe quel passant peut avoir sur lui.

⁴⁵⁰ *Terrorism Act 2000 (Remedial) Order* 2011.

couvrir une zone plus étendue que ce qu'il estime raisonnablement nécessaire pour empêcher un tel acte et, en toute hypothèse, ne peut durer plus de quatorze jours⁴⁵¹. Toutefois, la nouvelle section 47 A ne requiert toujours pas que le policier procédant à la fouille nourrisse une suspicion particulière⁴⁵².

135. Des pouvoirs d'arrestation non subordonnés à l'existence d'une suspicion « raisonnable » ou « plausible » et permettant un report plus large du droit à l'avocat. De larges pouvoirs d'arrestation sont également consacrés en matière de terrorisme qui permettent à la police à la fois de procéder à des arrestations sans mandat sans avoir à justifier d'une suspicion raisonnable et de reporter le droit de la personne détenue de s'entretenir avec un avocat.

En vertu de l'article 11 du *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1978* et du *Prevention of Terrorism Act 1979*, la police pouvait procéder à l'arrestation sur un simple « soupçon » qu'une infraction terroriste a été ou est sur le point d'être commise, sans qu'il lui soit nécessaire de démontrer que la suspicion est « raisonnable ». Dans l'affaire *Fox, Campbell et Hartley c/ R.U.*, la Cour européenne avait cependant conclu à une violation de l'article 5 § 1. Elle avait en effet considéré que les condamnations infligées jadis à M. Fox et Mme Campbell du chef d'actes de terrorisme liés à l'I.R.A. pouvaient renforcer des soupçons les associant à des infractions de type terroriste, mais non constituer la base exclusive de soupçons justifiant leur arrestation sept ans plus tard, en 1986 : « [à] eux seuls, les éléments précités n'autorisent pas à conclure à l'existence de soupçons plausibles », et « [l]e gouvernement n'ayant pas fourni d'autres indices sur lesquels reposaient les soupçons dirigés contre les intéressés, ses explications ne remplissent pas les conditions minimales de l'article 5 § 1 c) (art. 5-1-c) en matière de plausibilité des soupçons motivant l'arrestation

⁴⁵¹ *Protection of Freedom Act 2012*, schedule 5(6).

⁴⁵² En ce sens, E. CAPE, « The counter-terrorism provisions of the Protection of Freedoms Act 2012 : preventing misuse or a case of smoke and mirrors ? », [2013] *Crim LR* 385, spéc. 397-398 : « La cour, dans l'affaire Gillan et Quinton, s'était préoccupée de ce que, sous l'empire du droit antérieur, l'agent n'avait pas à 'suspecter, même subjectivement, la personne interpellée et fouillée'. Cela n'a pas changé avec la section 47A. La section 47A (5) précise que le pouvoir conféré par une autorisation peut être exercé, que l'agent ait ou non des motifs raisonnables de soupçonner qu'il existe des preuves de terrorisme, et ne requiert pas que le policier ait des soupçons (...). Si une personne portant des vêtements, transportant un sac ou se trouvant dans un véhicule, se situe dans la zone couverte par l'autorisation, cela sera, semble-t-il, suffisant pour qu'elle soit l'objet d'une rétention et d'une fouille en application de la section 47A » ; J. IP, « The reform of counterterrorism stop and search after Gillan v United Kingdom », (2013) 13(4) *H.R.L. Rev.* 729, spéc. 746, qui loue les modifications apportées quant aux conditions de délivrance de l'autorisation, mais constate que les conditions d'exercice du pouvoir de fouille dans le cadre de cette autorisation n'ont pas été modifiées.

d'un individu »⁴⁵³. Aussi, le *Prevention of Terrorism Act* 1979 fut-il remplacé par le *Terrorism Act* 2000 et l'*Anti-Terrorism Act* 2001. Aux termes de la section 41 (1), « un *constable* peut procéder à l'arrestation sans mandat de toute personne qu'il soupçonne raisonnablement d'être un terroriste ». Désormais, le pouvoir d'arrestation sans mandat doit se fonder sur une suspicion raisonnable. Toutefois, la suspicion raisonnable doit porter sur le fait que la personne est un terroriste, non qu'elle est en train de participer actuellement à des infractions de nature terroriste. Par conséquent, en s'appuyant sur une lecture *a contrario* de la décision *Fox, Campbell et Hartley*, le législateur autorise la police à procéder à l'arrestation d'une personne pourvu que les raisons qui lui font soupçonner que la personne est un terroriste ne reposent pas uniquement sur une condamnation antérieure.

En outre, la section 8 de la schedule 8 du *Terrorism Act* 2000 prévoit que, si les personnes suspectées d'infractions terroristes détenues bénéficient des mêmes droits que les autres suspects détenus, la police est autorisée à différer l'exercice de ces droits pour de larges motifs tenant à la nécessité de ne pas entraver le bon déroulement des investigations ou de prévenir des atteintes imminentes à la vie ou d'importants dégâts matériels⁴⁵⁴. La Cour européenne a d'ailleurs récemment considéré, dans son arrêt *Ibrahim et autres* du 16 décembre 2014, qu'un tel report n'emportait pas violation de la Convention s'il était justifié par les circonstances⁴⁵⁵.

b. Les pouvoirs infrajuridictionnels spécifiques en France

136. Si de nombreux pouvoirs d'enquête renforcés sont, en France, communs à la procédure applicable à la criminalité organisée et à celle applicable en matière de terrorisme, certains pouvoirs demeurent cependant spécifiques à la lutte contre le terrorisme. Aussi,

⁴⁵³ CEDH, Chambre, 30 août 1990, req. n° 12244/86, 12245/86, 12383/86, *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*, §§ 35-36.

⁴⁵⁴ Voir ains, section 8 (4), schedule 8, du *Terrorism Act* 2000, qui vise notamment le risque de dépérissement des preuves et le risque d'avertissement des coauteurs ou complis.

⁴⁵⁵ CEDH, 4^{ème} sect., 16 déc. 2014, req. n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni*, *Dalloz actualité*, 19 déc. 2014, obs. A. Portmann. En l'espèce, trois suspects avaient été arrêtés et un quatrième entendu librement deux semaines après les attentats-suicides commis dans le métro de Londres, le 7 juillet 2005, ce qui avait permis à la police de déjouer un attentat. Les trois premiers requérants s'étaient ainsi vu refuser par la police l'assistance d'un avocat, le temps pour les policiers de conduire des interrogatoires sur le fondement de la section 41 du *Terrorism Act* 2000. Les déclarations faites par les quatre personnes avaient été utilisées dans la procédure. La Cour rappelle qu'elle a toujours considéré, et notamment dans son arrêt *Salduz c/ Turquie*, que le droit à l'assistance d'un avocat pouvait connaître des restrictions pour des raisons valables et estime qu'en l'espèce, en ce qui concerne les trois requérants arrêtés comme suspects, il existait bien une nécessité impérieuse de reporter l'intervention de l'avocat. Elle relève, à cet égard, que l'arrestation avait eu lieu deux semaines après les attentats meurtriers qui s'étaient déroulé dans la capitale britannique et les autorités étaient, de ce fait, soumises à des pressions substantielles.

comme la police anglaise, police et procureur de la République voient-ils leurs pouvoirs d'enquête renforcés pour les infractions visées par l'article 421-1 du code pénal et commises « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »⁴⁵⁶. Ils peuvent en outre, comme la police anglaise, reporter le droit pour la personne placée en garde à vue de s'entretenir avec un avocat.

137. *Les techniques spéciales d'enquêtes infrajuridictionnelles.* Ainsi, l'article 706-25-2 du code de procédure pénale, issu de la loi dite « LOPPSI 2 » du 14 mars 2011, permet la mise en place de cyberpatrouilles pour enquêter sur les infractions d'apologie du terrorisme et de provocation au terrorisme. De même, afin de renforcer l'efficacité de la lutte contre l'apologie du terrorisme et la provocation au terrorisme prévus et réprimés par l'article 24, alinéa 6, de la loi de 1881, l'article 706-25-2 du code de procédure pénale autorise désormais les services enquêteurs spécialement habilités à cette fin à participer sous un pseudonyme aux échanges électroniques, à être en contact par ce moyen avec les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions et à extraire, acquérir ou conserver par ce moyen les éléments de preuve et les données sur les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions.

138. *Report infrajuridictionnel du droit à l'avocat.* En outre, antérieurement à la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, la personne en garde à vue ne pouvait bénéficier d'un avocat qu'à compter de la soixante-douzième heure. Désormais, la personne qui fait l'objet d'un placement en garde à vue en matière de terrorisme bénéficie, comme n'importe quel gardé à vue, des droits attachés à la mesure que sont le droit de prévenir un proche, le droit à un médecin, le droit au silence et le droit d'être assisté immédiatement par un avocat, sauf raisons impérieuses⁴⁵⁷. Toutefois, le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire peuvent décider de reporter l'intervention de l'avocat sans autorisation du juge jusqu'à la fin de la vingt-quatrième heure et sur autorisation du juge au-delà, jusqu'à la soixante-douzième heure, « pour raisons impérieuses

⁴⁵⁶ Sur la problématique de la définition du terrorisme, voir J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, Dalloz, coll. « Bibliothèque des thèses », Paris, 2010, n° 13 et s., p. 17 et s., et spécialement pour la France, n° 94 et s., p. 81 et s.

⁴⁵⁷ M. Schwendener, « La nouvelle garde à vue 'terrorisme' issue de la loi du 23 janvier 2006 », *AJ pén.* 2006, p. 164 et s.

tenant aux circonstances particulières de l'enquête, soit pour permettre le recueil ou la conservation de preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes » (art. 706-88, al. 6 et 7, CPP).

139. Toutefois, ce report n'est plus spécifique au terrorisme que par sa durée, puisqu'il est désormais possible dans le cadre de la procédure applicable à la criminalité organisée.

2. Les pouvoirs infrajuridictionnels relatifs à la criminalité organisée

140. Les deux systèmes renforcent les pouvoirs d'investigation du ministère public afin de lutter contre la criminalité organisée. Toutefois, alors que le droit anglais consacre des pouvoirs spécifiques à la lutte contre la criminalité organisée (a), le droit français consacre des pouvoirs communs à la lutte contre la criminalité organisée et à la lutte contre le terrorisme (b).

a. Les pouvoirs infrajuridictionnels spécifiques à la criminalité organisée en Angleterre

141. En Angleterre, deux agences spécifiques sont susceptibles d'investiguer en matière de criminalité organisée : le *Serious Fraud Office (SFO)* et la *Serious Organised Crime Agency (SOCA)*, remplacée par la *National Crime Agency (NCA)*.

142. *Les pouvoirs du Serious Fraud Office.* Créé par le *Criminal Justice Act (CJA) 1987*⁴⁵⁸, le *SFO* est une agence compétente pour l'investigation et pour la poursuite des « fraudes graves »⁴⁵⁹. A cette fin, des pouvoirs d'investigation exceptionnels sont reconnus au directeur du *SFO*. En particulier, la section 2 du *CJA 1987* reconnaît à celui-ci le pouvoir de requérir d'une personne qu'elle réponde à ses questions ou lui fournisse certains

⁴⁵⁸ Sur cette création, voir J. WOOD, « The Serious Fraud Office », [1989] *Crim LR* 175. Sur la complexité du système anglais de lutte contre les fraudes, voir M. LEVI, « Policing fraud and organised crime » in T. NEWBURN (ed.), *Handbook of Policing, op. cit.*, p. 522 et s. Sur la critique de l'abandon de la séparation de l'investigation et de la poursuite par le législateur anglais, voir R. M. WHITE, « Investigators and prosecutors or, desperately seeking Scotland : re-formulation of the 'Philips principle' », 2006 69(2) *M.L.R.* 143.

⁴⁵⁹ Comme le relève John R. Spencer, si l'expression « fraudes graves » ne comporte aucune définition exacte dans la loi, l'agence l'interprète « comme une fraude comprenant 1 million de livres sterling ». Voir ainsi, J. R. SPENCER, « La criminalité organisée en Angleterre » in J. PRADEL et J. DALLEST (dir.), *La criminalité organisée. Droit français, droit international et droit comparé*, Lexisnexis, coll. « Droit & Professionnels », Paris, 2012, p. 343.

renseignements⁴⁶⁰ et qu'elle lui produise certains documents⁴⁶¹. Le particularisme de ces pouvoirs résulte de ce qu'ils sont assortis de sanctions pénales. En effet, le fait de ne pas répondre à une demande du directeur, sans excuse raisonnable⁴⁶², ou le fait de donner des informations fausses constitue une infraction⁴⁶³. Toutefois, afin de respecter le traditionnel *privilege against self-incrimination*⁴⁶⁴, les pouvoirs résultant de la section 2 du *CJA* 1987 ont seulement vocation à l'obtention de renseignements et ne sont pas destinés à l'obtention de preuves pouvant être utilisées au procès. Mais cette sauvegarde trouve elle-même une limite puisque toute preuve découverte à l'aide de ces informations pourra, elle, être utilisée dans toute poursuite éventuelle.

143. Les pouvoirs de la Serious Organised Crime Agency puis de la National Crime Agency. Le *Serious Organised Crime and Police Act (SOCPA)* 2005 avait quant à lui créé la *Serious Organised Crime Agency*, agence chargée de la prévention, de la détection et de la réduction des conséquences de la criminalité organisée, regroupant les *National Criminal Intelligence Service* et *National Crime Squad*, et dont le directeur était, contrairement à la tradition anglaise, nommé par le *Home Secretary*⁴⁶⁵. La section 62 du *SOCPA* reconnaît, au profit des *investigative authorities*, le *DPP* et le *Director of Revenue and Customs Prosecutions*, un pouvoir de réquisition d'informations – « *disclosure notice* » – similaire à celui reconnu au directeur du *Serious Fraud Office*, également assorti de sanctions pénales en cas de refus de répondre ou de réponses mensongères⁴⁶⁶. Ces *investigative authorities* peuvent ainsi autoriser un *constable*, un agent de la *SOCA* ou un agent du *Revenue and Customs* à requérir des informations pour les infractions visées par la section 61 du *SOCPA*.

Le *Crime and Court Act* 2013 intègre la *SOCA* dans une structure plus large, la *National Crime Agency*, ayant débuté ses activités le 7 octobre 2013.

⁴⁶⁰ Section 2(2) du *CJA* 1987.

⁴⁶¹ Section 2(3) du *CJA* 1987.

⁴⁶² Section 2(13) du *CJA* 1987. La personne encourt une peine d'emprisonnement de six mois et une amende.

⁴⁶³ Section 2(14) et (15) du *CJA* 1987. La personne encourt une peine d'emprisonnement de deux ans sur *indictment* ou de six mois sur *summary conviction* et une amende. Sur les pouvoirs tirés de la section 2 *CJA*, voir S. SAVLA, « Fraud : SFO, powers under the Criminal Justice Act 1987, s.2 and the Police and Criminal Evidence Act 1984 », [1996] *Company Lawyer* 19 ; S.N. FROMMEL, « The right to silence and the powers of the Serious Fraud Office », [1994] *Company Lawyer* 227.

⁴⁶⁴ Sur ce *privilege* voir, J. H. LANGBEIN, « The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law », art. préc. Voir également, P. MCINERNEY, « The privilege against self-incrimination from early origins to Judges' Rules : challenging the 'orthodox view' », (2014)18 *The International Journal of Evidence & Proof* E&P 101.

⁴⁶⁵ Sur les craintes suscitées par la création de la *SOCA*, voir B. BOWLING et J. ROSS, « The Serious Organised Crime Agency - should we be afraid ? », [2006] *Crim LR* 1019. Sur le particularisme de la *SOCA*, voir C. HARFIELD, « SOCA. A Paradigm Shift in British Policing », (2006) 46 *Brit. J. Criminol* 743.

⁴⁶⁶ Section 67 du *SOCPA*.

b. Les pouvoirs infrajuridictionnels communs au terrorisme et à la criminalité organisée en France

144. En France, le procureur de la République et les officiers de police judiciaire peuvent mettre en œuvre plusieurs techniques spéciales d'enquête communes à la procédure applicable à la criminalité organisée et à celle applicable en matière de terrorisme.

145. *Les techniques spéciales d'enquêtes infrajuridictionnelles.* Il en va ainsi des opérations d'infiltration autorisées par le procureur de la République, qui consistent, pour un officier ou un agent de police judiciaire, à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme l'un de leurs coauteurs, complices ou receleurs (art. 706-81 à 706-87 CPP). De même, est-il possible aux policiers d'étendre les opérations de surveillance. L'article 706-80 du code de procédure pénale prévoit en effet que les officiers de police judiciaire et, sous leur autorité, les agents de police judiciaire, après en avoir informé le procureur de la République et sauf opposition de ce magistrat, peuvent étendre à l'ensemble du territoire national la surveillance de personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de les soupçonner d'avoir commis l'un des crimes et délits entrant dans le champ d'application des articles 706-73 ou 706-74 ou la surveillance de l'acheminement ou du transport des objets, biens ou produits tirés de la commission de ces infractions ou servant à les commettre.

Dernièrement, la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme est venue étendre la procédure applicable à la criminalité organisée aux infractions d'atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données lorsque ces infractions ont été commises en bande organisée et à l'encontre d'un système de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par l'État, ainsi qu'au blanchiment des mêmes délits et à l'association de malfaiteurs lorsqu'elle a pour objet la préparation de l'un de ces délits (art. 323-4-1 C. pén. ; art. 706-72 CPP). En outre, la loi vient généraliser l'enquête sous pseudonyme, « équivalent virtuel de l'infiltration »⁴⁶⁷. Dans le but de constater les infractions mentionnées aux articles 706-72 (atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données) et 706-73 (infractions de criminalité

⁴⁶⁷ H. ROUIDI, « La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme : quelles évolutions », *AJ pén.* 2014, p. 555. Sur la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, voir également C. MAURO, « Une nouvelle loi contre le terrorisme : quelles innovations ? - À propos de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 », *JCP G* 2014, act. 1203.

organisée), lorsque celles-ci sont commises par un moyen de communication électronique, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, les officiers ou agents de police judiciaire agissant au cours de l'enquête ou sur commission rogatoire peuvent notamment, s'ils sont affectés dans un service spécialisé désigné par arrêté du ministre de l'intérieur et spécialement habilités à cette fin, participer sous un pseudonyme aux échanges électroniques ; extraire, acquérir ou conserver par ce moyen les éléments de preuve et les données sur les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions ; extraire, transmettre en réponse à une demande expresse, acquérir ou conserver des contenus illicites, dans des conditions fixées par décret. Toutefois, à peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre ces infractions.

*

146. Conclusion de la Section 1^{ère}. En légalisant les pouvoirs d'enquête consensuels et en étendant les pouvoirs coercitifs du ministère public, les législateurs français et anglais favorisent continuellement l'éviction du juge.

La légalisation des traditionnels pouvoirs consensuels pouvait paraître anodine, voire anecdotique. Elle est pourtant fondamentale, puisqu'elle permet au ministère public français comme anglais non plus seulement de suppléer une carence de pouvoirs d'enquête, mais d'éviter les conditions posées par la loi pour l'exercice des pouvoirs d'enquête qu'elle consacre. Elle a en outre permis au ministère public français de voir ses actes bénéficier des attributs qui étaient historiquement conférés aux actes du juge d'instruction : ils interrompent désormais la prescription de l'action publique et peuvent figurer au dossier transmis au juge.

La consécration de pouvoirs d'enquête coercitifs permet aux ministères publics français et anglais de bénéficier des attributs reconnus à la fonction du juge, c'est-à-dire la coercition. Et, en renforçant continuellement les pouvoirs coercitifs du ministère public, les législateurs s'efforcent d'éviter à ce dernier de se trouver dans une situation de carence coercitive l'obligeant à saisir le juge, *Justice of the peace*, juge d'instruction ou juge des libertés et de la détention.

On peut pourtant considérer qu'en l'absence de consentement de la personne objet des investigations et lorsque les conditions légales d'un pouvoir coercitif ne sont pas réunies, le ministère public se trouve démuné. Ce serait toutefois adopter des pouvoirs d'enquête une vision statique et oublier que les systèmes internes ont su développer une approche

relativement compréhensive, favorable à l'extension dynamique de tels pouvoirs.

Section 2nde **LA CONSOLIDATION DYNAMIQUE DES POUVOIRS D'ENQUETE INFRAJURIDICTIONNELS**

147. Dans une perspective dynamique, système français et système anglais favorisent encore davantage l'élargissement des pouvoirs d'enquête infrajuridictionnels du ministère public.

La loi et la jurisprudence apportent en effet leur mutuel soutien à l'éviction du juge en favorisant la flexibilité des actes et cadres définis statiquement par les textes. Elles autorisent ainsi le ministère public, lorsqu'il est dénué statiquement de coercition, à rechercher, voire à provoquer, de manière dynamique, la condition qui lui permettra de revendiquer le pouvoir coercitif qui lui faisait défaut. Elles autorisent également le juge à opérer le sauvetage de procédures vouées, *a priori*, à être annulées, en substituant sa propre appréciation, *a posteriori*, des faits à celle éventuellement retenue par le ministère public.

Ainsi, non sans un apparent paradoxe, c'est le jurisprudentiel, tout autant que le législatif, qui favorise la tendance à diminuer le juridictionnel en favorisant, d'une part, la mutabilité des cadres d'enquête (§ 1^{er}) et en admettant, d'autre part, la substituabilité de l'appréciation juridictionnelle à l'appréciation policière du cadre d'enquête (§ 2nd).

§ 1^{er} L'ADMISSION DE LA MUTABILITE DES CADRES D'ENQUETE

148. La jurisprudence, anglaise comme française, adopte une interprétation souple de la suspicion requise pour l'exercice d'un pouvoir coercitif. En adoptant une conception arithmétique de la suspicion et en se montrant indifférente à la source des indices caractérisant le cadre d'enquête (A), elle favorise ainsi la mutabilité des cadres de l'investigation policière (B), mutabilité qui confère aux autorités en charge des investigations une grande flexibilité et leur permet de mettre en œuvre des tactiques d'enquête qui leur évitent de se retrouver dans la situation où elles seraient obligées de requérir un pouvoir juridictionnalisé.

A. Une conception souple de la suspicion

149. Le juge anglais, comme le juge français, se livre à une interprétation relativement libérale des conditions de fond de l'usage des pouvoirs coercitifs. Il adopte ainsi, d'un côté, une conception souple de la nature de la suspicion requise par la loi (1) et se montre, de l'autre, indifférent à la source des indices qui fondent cette suspicion (2).

1. Une conception souple de la nature de la suspicion

150. La plupart des pouvoirs coercitifs de la police sont subordonnés à la caractérisation d'une suspicion particulière : des « motifs raisonnables de soupçonner » la personne qui en fera l'objet pour le droit anglais, un « indice apparent » pour l'enquête de flagrance française. Toutefois, la limitation des pouvoirs coercitifs de la police résultant de la nécessaire caractérisation préalable de cette suspicion se révèle bien relative. La jurisprudence, anglaise (a) comme française (b), par son interprétation libérale de la suspicion requise, n'a ainsi pas manqué de renforcer les pouvoirs infrajuridictionnels de la police.

a. La souplesse du juge anglais

151. *La caractérisation de la « suspicion raisonnable » par la conjonction d'indices simples.* La subordination de l'usage de ses pouvoirs coercitifs par la police à l'existence de « motifs de soupçonner » devait constituer la principale sauvegarde de la sûreté des citoyens, selon les vœux formulés par la Commission Philips⁴⁶⁸. Pour mettre en œuvre cette sauvegarde, le législateur anglais utilise toutefois deux formulations. Parfois, l'usage d'un pouvoir coercitif est subordonné à l'existence de « motifs raisonnables de croire » que l'usage des pouvoirs est justifié (« *reasonable grounds to believe* »). C'est le cas, par exemple, en vertu de la section 8 du *PACE*, pour la délivrance d'un mandat de perquisition par le *JP*. D'autres fois, l'usage d'un tel pouvoir est subordonné à l'existence de « motifs raisonnables de suspecter » (« *reasonable grounds to suspect* ») ou d'une « suspicion raisonnable » (« *reasonable suspicion* »). C'est le cas par exemple des pouvoirs de *stop and search* prévus par la section 1 du *PACE* ou des pouvoirs d'arrestation prévus par la section 24 du même *PACE*. Certains

⁴⁶⁸ ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc., n° 3.24-3.25.

auteurs considèrent que le premier critère se veut plus exigeant que le second, tout en constatant que les pouvoirs utilisés le plus fréquemment sont soumis seulement à l'existence de « motifs raisonnables de soupçonner »⁴⁶⁹. D'autres soulignent la faiblesse de ce dernier critère⁴⁷⁰. Les juridictions n'ont d'ailleurs pas manifesté la volonté d'exercer un véritable contrôle de l'existence de « motifs raisonnables », ni dans le cadre des pouvoirs d'arrestation, ni dans le cadre des pouvoirs de fouille.

Ainsi, dans l'affaire *Castorina v. Chief Constable of Surrey* de 1988, la police procéda à l'arrestation d'une femme pour le cambriolage de l'entreprise dont elle avait été récemment licenciée. Le motif de son arrestation reposait sur la rancune que celle-ci nourrissait à l'encontre de l'entreprise et sur le fait que le cambriolage était apparu comme ayant été réalisé par quelqu'un appartenant à ladite entreprise. Elle n'avait cependant pas de casier judiciaire et la victime elle-même doutait de sa culpabilité. Malgré cela, la juridiction considéra que cela suffisait à constituer des motifs raisonnables et insista sur ce que des soupçons de culpabilité ne constituaient pas une condition de la légalité de l'arrestation. La véritable question est, selon elle, de savoir si, au regard des informations dont la police disposait au moment où elle a procédé à l'arrestation, les soupçons pouvaient être considérés comme raisonnables⁴⁷¹. De même, dans l'affaire *Cumming & Ors v. Chief Constable of Northumbria Police* de 2003, la police s'était procurée les enregistrements vidéo d'un individu ayant tenté de forcer les portes de plusieurs véhicules en stationnement. Cependant, à la suite du visionnage, il lui apparut que les enregistrements avaient été falsifiés. Les agents procédèrent en conséquence à l'arrestation de six techniciens travaillant pour l'autorité locale détentrice des enregistrements, sur le fondement d'une entrave à la justice. Ces derniers agirent en réparation de ce qu'ils prétendaient être une arrestation illégale et une séquestration. Le juge rejeta cependant leurs demandes, considérant que les policiers avaient agi de bonne foi, qu'ils avaient eu des motifs raisonnables de soupçonner que chacun d'eux avait entravé le cours de la justice et que la décision d'arrêter constituait

⁴⁶⁹ Voir ainsi, CLARK (D.), *Bevan and Lidstone's the investigation of crime : a guide to the law of criminal investigation*, op. cit., n° 2.83-2.89, pp. 32-34, s'appuyant sur l'affaire *Baker v. Oxford* [1980] R.T.R. 315 : « 'suspecter' impliquait une imagination que quelque chose existe sans preuve, alors que 'croire' impliquait une acceptation de ce qui était vrai (...). Il n'est pas nécessaire de disposer d'une preuve substantielle pour pouvoir dire que quelqu'un 'croit', mais l'existence d'une croyance implique qu'il y ait plus d'informations disponibles, lesquelles transforment des conjectures ou des hypothèses en acceptation que quelque chose est vrai ».

⁴⁷⁰ Voir ainsi, A. SANDERS et R. YOUNG, « The Rule of Law, Due Process and Pre-Trial Criminal Justice », art. préc., spéc. p. 132 et s.

⁴⁷¹ *Castorina v. Chief Constable of Surrey* (1996) 160 L.G. Rev. 241. Voir sur cette décision, le commentaire critique de CLAYTON R. et TOMLINSON R., « Arrest and Reasonable Grounds for Suspicion », (1988) 7 Sep. *LS Gaz* 22 : « (...) si la police peut procéder à l'arrestation d'une quinquagénaire ayant bonne réputation sur des motifs aussi fragiles, sans même interroger celle-ci sur son alibi ou sur son éventuelle motivation, alors la loi fournit une protection très faible des personnes suspectées d'avoir commis une infraction ».

l'exercice légitime d'un pouvoir des agents. L'un des individus, qui avait été reconnu innocent de l'entrave, interjeta appel, et la *Court of appeal* considéra que l'arrestation était parfaitement légale puisque, lorsqu'un petit nombre de personnes ont été identifiées comme étant les seules capables d'avoir commis l'infraction, en l'absence de toute information qui pourrait ou devrait permettre à la police de réduire le nombre de suspects, cela constitue un motif raisonnable de les soupçonner toutes⁴⁷².

La jurisprudence a également manifesté une certaine mansuétude à l'égard des pouvoirs de fouille. Dans l'affaire *Slade*, le fait que l'individu ait été trouvé à proximité d'une adresse connue pour être un lieu de trafic de drogues, combiné au fait que celui-ci, après avoir aperçu l'agent de police, ait plongé sa main dans sa poche en souriant d'un air suffisant, fut considéré comme constituant un motif de suspicion raisonnable justifiant une fouille⁴⁷³.

152. Ainsi, la conjonction d'indices simples semble suffire au juge anglais pour que soit caractérisé le motif raisonnable de soupçonner permettant le recours à un pouvoir coercitif, peu important que ces indices soient vagues ou qu'ils aient été contredits par d'autres indices.

b. La souplesse du juge français

153. *La caractérisation de l'indice apparent par la conjonction d'indices simples.* La jurisprudence française ne se montre pas véritablement plus exigeante que la jurisprudence

⁴⁷² *Cumming & others v. Chief Constable of Northumbria* [2003] EWCA Civ 1844.

⁴⁷³ Lexis, CO/1678/96, oct. 1996, cité par A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice, op. cit.*, p. 74, *ad notam*. Toutefois, dans l'affaire *Francis*, le fait qu'un conducteur soit trouvé dans une zone connue pour être une zone de trafic de drogues et que, lors d'une précédente fouille, son passager fut trouvé en possession de drogues ne fut pas considéré comme constituant une « suspicion raisonnable ». Lexis, CO/1434/91, juin 1992, cité par A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *ibid*. Le *Code of Practice A*, édicté par le *Home Office* en vertu de la section 67(7B) du *PACE*, plusieurs fois révisé, s'efforce toutefois de donner une définition de la « suspicion raisonnable » justifiant une fouille, dans son paragraphe 2.2 : « Les motifs raisonnables de soupçonner une personne dépendent des circonstances de chaque cas. Il doit y avoir un fondement objectif du soupçon, appuyé sur des faits, des informations, et/ou des renseignements qui sont pertinents quant à la probabilité de trouver un objet d'une certaine nature ou, dans le cas de fouilles effectuées en vertu de la section 43 du *Terrorism Act* 2000, quant à la probabilité que la personne soit un terroriste. Les motifs raisonnables de soupçonner une personne ne peuvent jamais résulter de facteurs personnels. Ils doivent reposer sur des renseignements ou des informations ou sur une attitude particulière de la personne concernée. Par exemple, excepté lorsqu'elle résulte de la description d'un suspect, l'apparence physique d'une personne (...), ou le fait que la personne soit connue pour avoir subi une condamnation antérieure, ne peut être utilisé seul ou combiné avec tout autre facteur, comme motif pour fouiller cette personne. Les motifs raisonnables de soupçonner une personne ne peuvent pas être fondés sur des généralisations ou des images stéréotypées de certains groupes ou catégories de personnes comme étant susceptibles d'être impliqués dans des activités criminelles ».

anglaise⁴⁷⁴. Si elle requiert, pour que les pouvoirs coercitifs de l'enquête de flagrance puissent être déployés, la caractérisation d'un indice apparent, elle admet que l'apparence d'un indice peut résulter de l'addition de plusieurs indices simples. Ainsi, si une dénonciation anonyme ne constitue pas un indice apparent en raison de son caractère invérifiable⁴⁷⁵, une dénonciation anonyme corroborée par un autre indice peut, à l'inverse, constituer un indice apparent et justifier l'usage de la coercition⁴⁷⁶. La conjonction d'indices autorise donc, avec une vraisemblance suffisante, la caractérisation immédiate d'une flagrance qui fonde l'emploi de la coercition. Pris isolément, ces indices n'auraient pas été suffisants pour être qualifiés d'apparents. Additionnés, ils le deviennent.

154. L'admission de la provocation à l'indice apparent. Cette approche mathématique de la suspicion conduit à affaiblir l'exigence probatoire requise en matière de flagrance et, partant, à renforcer les pouvoirs infrajuridictionnels. Un arrêt en date du 5 octobre 2011 montre parfaitement le risque de dérive qui résulte d'une telle approche⁴⁷⁷.

En l'espèce, informés par une dénonciation anonyme de l'existence d'un trafic de cocaïne en région parisienne depuis la République dominicaine, les services de police avaient ouvert une enquête préliminaire à l'encontre de M. X., soupçonné d'être en relation avec M. Z., individu défavorablement connu des services de police pour des faits de trafic de stupéfiants. Les enquêteurs, ayant appris que M. X. et sa femme revenaient d'un séjour en République dominicaine et que M. Z. venait chercher ceux-ci à l'aéroport, décidèrent, au constat que M. X. revenait avec cinquante kilos de bagages supplémentaires par rapport à son départ de France, de mettre en place un dispositif de surveillance et de procéder au contrôle d'identité de tous ces individus sur le parking de l'aéroport. À la suite de ce contrôle, les enquêteurs avaient demandé aux intéressés d'ouvrir l'une de leurs valises qui étaient toutes verrouillées, mais ceux-ci avaient prétendu n'avoir ni code, ni clé. Devant un tel refus, les enquêteurs décidèrent de forcer les serrures et purent constater que la valise contenait des pains de cocaïne. La chambre de l'instruction avait considéré que, lors de

⁴⁷⁴ Sur cette question, voir F. DEFFERRARD, *La suspicion légitime*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 322, Paris, 2000 ; G. ROUSSEL, *Suspicion et procédure pénale équitable*, L'Harmattan, coll. « Bibliothèque de droit », Paris, 2010.

⁴⁷⁵ Cass. crim., 2 févr. 1988, *Bull. crim.* n° 52.

⁴⁷⁶ Cass. crim., 28 juin 2000, pourvoi n° 00-80.926 : en l'espèce, les policiers, informés par un renseignement anonyme d'un trafic de stupéfiants, avaient mis en place un dispositif de surveillance au cours duquel ils avaient repéré les allées et venues d'un individu paraissant aux aguets, porteur d'un sac en plastique qu'il avait ensuite dissimulé sous le siège de son véhicule, et, à la vue des policiers, il était sorti rapidement de l'automobile.

⁴⁷⁷ Cass. crim., 5 oct. 2011, *Bull. crim.* n° 195 ; D. 2011, 2275, comm. S. Destraz ; JCP G 2011, 1244, note critique H. Matsopoulou ; *AJ pén.* 2011, p. 598, obs. critiques G. Roussel.

L'ouverture de la valise, « il existait déjà des indices objectifs apparents, rendant probable la commission d'une infraction ». Or, il est clair que, parmi ces indices, la chambre de l'instruction ne manque pas de relever « les déclarations des époux X. quant à leur impossibilité de procéder à l'ouverture de leurs propres bagages ».

Aussi, est-ce la demande d'ouverture de la valise et les explications peu crédibles des protagonistes qui semblent rendre suffisante la vraisemblance de la commission de l'infraction, vraisemblance seulement esquissée par la réunion des autres indices. C'est donc bien la demande d'ouverture émanant des policiers qui emporte la conviction de la chambre de l'instruction, et ce sont les policiers qui ont finalement provoqué la réaction du suspect. Une telle position n'est pas sans risque puisqu'elle vient valider la technique de la provocation à l'apparence, qui elle-même viendra justifier l'usage de la coercition.

155. Le juge, anglais comme français, adopte ainsi une conception souple de la nature de la suspicion nécessaire à l'exercice d'un pouvoir coercitif. Il se montre également indifférent quant à la source de l'indice permettant de caractériser cette suspicion.

2. L'indifférence à la source des indices caractérisant la suspicion

156. Outre la souplesse de leur interprétation de la nature de la suspicion requise par la loi ou la jurisprudence, le juge anglais (a) comme français (b) manifeste une complète indifférence à la source de celle-ci.

a. L'indifférence du juge anglais

157. Le juge anglais se montre indifférent quant à la source de la suspicion pouvant justifier l'usage d'un pouvoir coercitif. Si le peu de décisions rendues ayant trait à l'existence de « motifs raisonnables de soupçonner » ne permettent pas de définir avec précision cette notion, elles permettent cependant de préciser qu'elle peut être fondée sur des éléments de preuve qui ne seraient pas admissibles devant les juridictions⁴⁷⁸. Aussi, le juge anglais

⁴⁷⁸ Voir ainsi, Lord Devlin in *Shaaban Bin Hussein v. Chong Fook Kam* (1970) A.C. 942 à 948-9, à propos des motifs raisonnables permettant de retenir et de fouiller un individu : « (...) les soupçons apparaissent au début ou à un moment proche du début d'une investigation dont l'obtention d'une preuve *prima facie* est l'objectif (...). Une preuve *prima facie* consiste en une preuve admissible. Les soupçons peuvent prendre en compte des éléments qui ne pourraient aucunement constituer une preuve ». Voir également, CLARK (D.), *Bevan and Lidstone's the investigation of crime : a guide to the law of criminal investigation*, *op. cit.*, n° 2.90, p. 35, qui relève que « l'adjectif 'raisonnable' implique une norme objective et exige des faits et des circonstances qui conduiraient

admet-il que la source de l'indice caractérisant la « suspicion raisonnable » puisse résulter d'un oui-dire (*hearsay*) ou être tirée des antécédents y compris judiciaires de la personne. De même, une information fournie par un indicateur ou un coup de téléphone anonyme pourra constituer la source de la suspicion requise par la loi, à condition toutefois que le policier se livre à quelques vérifications⁴⁷⁹.

b. L'indifférence du juge français

158. La Cour de cassation se montre elle aussi indifférente à la source des indices constitutifs de la flagrance. Elle admet que les officiers de police judiciaire, agissant en enquête préliminaire, puissent procéder selon les règles prévues pour l'enquête de flagrance dès l'instant où ils relèvent des indices apparents d'un comportement délictueux révélant que l'infraction, objet de leurs investigations, répond à la définition de l'article 53 du code de procédure pénale⁴⁸⁰. De même, valide-t-elle la saisine de la police en flagrance dès lors qu'avait été révélée une infraction au cours d'une opération administrative régulière, comme c'est le cas d'un contrôle d'identité⁴⁸¹, voire d'un contrôle douanier⁴⁸² ou même d'un contrôle routier⁴⁸³.

une tierce partie impartiale à se forger la croyance ou à nourrir la suspicion en question », et que, « [d]ans la formation de la croyance ou de la suspicion, la personne n'est pas limitée, comme l'est un tribunal, par les règles de preuve », même si, par exemple, « le oui-dire ou l'information [provenant d'un informateur] doivent eux-mêmes être raisonnables, et le *constable* satisfait qu'il est vrai ou peut être vrai, selon que le standard est 'la croyance' ou 'la suspicion' ».

⁴⁷⁹ Sur le coup de téléphone anonyme, voir CLARK (D.), *ibid.* Sur l'information émanant d'un indicateur, voir l'affaire *James v. Chief Constable of South Wales (Independent)*, April 28, 1991), où la cour précise qu'une telle information doit être traitée avec réserve.

⁴⁸⁰ Cass. crim., 17 nov. 1998, *Bull. crim.* n° 302 : informés de ce qu'un trafic de parfums volés était organisé par Z..., les fonctionnaires de police, agissant en enquête préliminaire, ont effectué une perquisition au domicile de celle-ci. Ayant découvert, au cours de cette perquisition, des produits de beauté et parfums d'origine frauduleuse ainsi qu'un carnet mentionnant le numéro de téléphone des fournisseurs, identifiés comme étant les époux X..., les policiers se sont rendus aussitôt au domicile de ces derniers où ils ont procédé à une perquisition sans leur assentiment préalable. La chambre criminelle approuve la chambre d'accusation d'avoir, pour rejeter la demande d'annulation du procès-verbal de perquisition et des actes subséquents, retenu que les enquêteurs étaient en droit de procéder comme ils l'ont fait, dès lors qu'ils avaient relevé au domicile de Z... « des indices faisant clairement ressortir qu'un délit était en train de se commettre, en l'espèce un trafic 'consistant en' l'écoulement de produits volés ». Selon la chambre criminelle, « les officiers de police judiciaire agissant en enquête préliminaire peuvent procéder selon les règles prévues pour l'enquête de flagrance dès l'instant où ils relèvent des indices apparents d'un comportement délictueux révélant que l'infraction, objet de leurs investigations, se commet actuellement ou vient de se commettre et qu'elle répond ainsi à la définition de l'article 53 du code de procédure pénale ». Voir également, Cass. crim., 5 oct. 2011, préc.

⁴⁸¹ Cass. crim., 13 janv. 1986, *Bull. crim.* n° 19 : à propos de l'interpellation et de la saisie sans placement sous scellé d'un passeport, à la suite d'un contrôle d'identité régulier d'un individu ayant présenté un passeport attestant de sa nationalité étrangère et établissant qu'entré en France le 7 mars 1982, il bénéficiait d'un visa valable pour un séjour de deux mois à compter du franchissement de la frontière. La chambre criminelle valide la saisie, en considérant que « le passeport de X... a été annexé au procès-verbal dressé le 28 juin 1983

Certains auteurs ont pu critiquer cette indifférence quant à la source des indices constitutifs de la flagrance. Une telle indifférence favorise en effet nécessairement les stratégies – si ce n'est les stratagèmes – d'enquête et permet de contourner – si ce n'est d'affaiblir – les conditions posées par la textes. Aussi, Haritini Matsopoulou dénonce-t-elle, dans sa thèse de doctorat, « un risque très sérieux de détournement de procédure » car les policiers peuvent ainsi « se satisfaire de maigres indices pour se croire autorisés à accomplir des perquisitions d'office » alors même que l'enquête préliminaire a une finalité autonome par rapport à l'enquête de flagrance et que le législateur n'a pas voulu que l'une puisse précéder l'autre⁴⁸⁴.

159. En conférant une nature arithmétique à la suspicion requise par la loi, en se montrant indifférents à la source des indices qui fondent cette suspicion, les juges français et anglais privilégient une approche essentiellement quantitative au détriment d'une approche qualitative. Encore que l'approche quantitative soit elle-même fragmentaire car, alors que les motifs de suspecter s'additionnent toujours en faveur de la coercition, ceux de disculper ne se soustraient jamais à son détriment. L'interprétation donnée par les juges anglais et français de la suspicion requise par la loi pour autoriser l'exercice d'un pouvoir coercitif se révèle ainsi propice à l'extension des pouvoirs et à l'éviction corrélative du juge, puisqu'elle favorise la mutabilité des actes et des cadres d'enquête.

dans le cadre d'une enquête de flagrant délit diligentée contre lui du chef d'infraction à la législation sur les étrangers ; que pour ce faire, l'officier de police judiciaire compétent s'est conformé aux prescriptions de l'article 54 alinéa 2 du code de procédure pénale » ; Cass. crim., 2 mai 2007, *Bull. crim.* n° 112 : « (...) au vu des manquements caractérisés à la réglementation sur la sécurité des travailleurs qu'ils avaient constatés, les policiers étaient en droit de procéder à un contrôle d'identité en application de l'article 78-2, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale et, ledit contrôle ayant révélé des délits flagrants de travail illégal, d'agir sur le fondement des articles 53 et suivants du même code ».

⁴⁸² Cass. crim., 18 avr. 1988, *Bull. crim.* n° 162.

⁴⁸³ Cass. crim., 9 janv. 2002, *Bull. crim.* n° 2 ; RSC 2002, p. 913, obs. J. Buisson : la chambre criminelle reconnaît la possibilité d'user des pouvoirs résultant de la flagrance « dès lors que l'existence d'indices apparents d'un comportement délictueux, en train de se commettre, a été révélée à l'occasion de vérifications régulièrement opérées, pour les besoins d'un contrôle routier, conformément aux articles L. 4, devenu L. 233-2, et R. 137, devenu R. 233-1, du code de la route, sans que, contrairement aux allégations du moyen, les policiers aient eux-mêmes procédé à l'ouverture du coffre du véhicule ni à la manipulation des objets s'y trouvant ».

⁴⁸⁴ H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police, op. cit.*, n° 159, p. 134. Voir également, B. BOULOC, « Les abus en matière de procédure pénale », RSC 1991, p. 221 et s.

B. La promotion de la mutabilité des actes et des cadres d'enquête

160. La souplesse de la jurisprudence dans l'interprétation de la suspicion requise par la loi promeut la mutabilité des actes et des cadres d'enquête autonomes (1) et la mutabilité des actes d'enquête effectués sur mandat du juge (2).

1. La mutabilité des actes et des cadres d'enquête autonomes

161. Dans une perspective dynamique, le juge anglais favorise la mutabilité des actes d'enquête (a). Le juge français promeut quant à lui la mutabilité des cadres d'enquête (b).

a. La mutabilité des actes d'enquête en Angleterre

162. L'indifférence du juge anglais à la source des indices qui fondent les motifs raisonnables de soupçonner une personne, combinée à l'interprétation souple qu'il donne de ces motifs, promeut la mutabilité des actes d'enquête.

163. *Le « stop and produce » ou le « stop and account », sources possibles de la suspicion autorisant la coercition.* Si, par exemple, un policier se livre à un contrôle sur le fondement de la section 163 du *Road Traffic Act* 1988 et découvre des motifs de soupçonner que la personne détient des biens volés, il pourra procéder à la fouille du véhicule et de l'individu sur ce motif. Par là-même, le juge anglais admet que les pouvoirs de « *stop and produce* » soient utilisés dans une perspective attentiste⁴⁸⁵.

Il en va de même des pouvoirs de « *stop and account* » : le policier peut fort bien interroger toute personne dans la rue afin de recueillir ses explications, sans avoir besoin de justifier d'un quelconque motif de la soupçonner de la commission d'une infraction et, finalement,

⁴⁸⁵ La jurisprudence se montre d'ailleurs très libérale. Voir ainsi, *R. (on the application of Smith) v. DPP* QBD (Admin Ct) (2002) EWHC 113 : un agent d'une brigade motorisée décida de suivre une voiture à l'intérieur de laquelle se trouvaient trois individus. L'agent remarqua que l'occupant se trouvant sur le siège arrière « montrait des signes d'impatience et déplaçait son bras gauche derrière son dos ». Il décida de stopper la voiture, suspectant cet individu d'être en possession de drogue. En ouvrant la portière côté conducteur, l'agent remarqua qu'un paquet de feuilles Rizla se trouvait sur le tableau de bord et sentit une odeur de cannabis. Il décida de procéder à la fouille du passager arrière sur le fondement de la section 23 du *Misuse of Drugs Act* 1971. Le passager résista et fut poursuivi pour rébellion. La question posée était celle de savoir si l'agent avait agi légalement en arrêtant la voiture. La défense soutint que l'agent avait arrêté la voiture en raison de la couleur des occupants, et que cela constituait un usage arbitraire des pouvoirs conférés par la section 163. La cour considéra que les motifs nourris initialement par l'agent, pour suspecter que le passager arrière était en possession de drogues, reposant sur le fait qu'il « montrait des signes d'impatience et déplaçait son bras gauche derrière son dos », étaient suffisants pour contrer l'argument.

considérer que la réponse ou l'absence de réponse donnée constitue un motif légitime de procéder à une fouille. Les pouvoirs de « *stop and account* » se révèlent ainsi être un moyen de recueillir les éléments de la suspicion justifiant la fouille. Ainsi, comme le relèvent Andrew Sanders et *alii*, ce pouvoir « peut être utilisé de manière proactive comme un moyen de susciter le niveau de suspicion requis pour procéder à des recherches plus approfondies »⁴⁸⁶.

b. La mutabilité des cadres d'enquête en France

164. Le code d'instruction criminelle prévoyait que les opérations en flagrance effectuées, le procureur devait transmettre les pièces « sans délai » au juge d'instruction⁴⁸⁷. Le code de 1808 admettait seulement que le procureur puisse choisir entre la citation directe ou la mise à l'instruction. Sous l'empire du code de procédure pénale, la jurisprudence admet qu'une fois la durée de la flagrance écoulée, les policiers peuvent poursuivre leurs investigations dans le cadre de l'enquête préliminaire. Les policiers ne sont pas dessaisis à l'issue de la durée de la flagrance. L'enquête préliminaire peut donc bien constituer « l'avenir de l'enquête de flagrance »⁴⁸⁸. Elle peut également en être la source.

165. *L'enquête préliminaire, source possible de l'indice apparent caractérisant l'état de flagrance.* L'indifférence de la jurisprudence à la source de l'indice apparent caractérisant l'état de flagrance permet aux policiers d'user de l'enquête préliminaire dans une optique attentiste, d'attendre que s'accumulent ainsi les informations permettant d'obtenir, à terme, un indice apparent. Elle autorise donc un montage procédural par le biais duquel les policiers débutent leurs investigations par une enquête préliminaire comportant un certain nombre d'investigations (surveillances, filatures, vérifications), avant de basculer en enquête de flagrant délit, enquête qui constituera le cadre coercitif dans lequel s'opérera l'interpellation, la fouille à corps et tous les actes subséquents. Ainsi, dans le cadre d'une dénonciation anonyme, insuffisante à elle seule pour constituer un indice apparent ouvrant droit à l'usage des pouvoirs de flagrance, les policiers peuvent surveiller un suspect en voiture et procéder à un contrôle routier, lequel permettra la révélation d'un

⁴⁸⁶ A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁸⁷ Art. 45 CIC : « Le procureur impérial transmettra sans délai, au juge d'instruction, les procès-verbaux, actes, pièces et instruments dressés ou saisis en conséquence des articles précédents, pour être procédé ainsi qu'il sera dit au chapitre des juges d'instruction ; et cependant le prévenu restera sous la main de la justice en état de mandat d'amener ». Nous soulignons. Art. 60, al. 1^{er}, CIC : « Lorsque le flagrant délit aura déjà été constaté, et que le procureur impérial transmettra les actes et pièces au juge d'instruction, celui-ci sera tenu de faire, sans délai, l'examen de la procédure ».

⁴⁸⁸ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n° 1538, p. 1022.

indice apparent lors de la manipulation d'une roue de secours contenant des stupéfiants⁴⁸⁹. Ils peuvent également filer l'individu avec lequel ils ont vu le suspect qu'ils surveillaient et agir en flagrance après que l'individu se soit enfui en jetant un paquet contenant des stupéfiants⁴⁹⁰. Ils peuvent même, dans le cadre de surveillances de personnes soupçonnées de se livrer à un trafic de stupéfiants, en enquête préliminaire, procéder à l'interpellation et à des actes d'enquête en flagrance à l'encontre d'une trentaine de toxicomanes, poursuivre les surveillances en enquête préliminaire puis, à nouveau, procéder à l'interpellation en flagrance, à la suite de la reprise du trafic, d'un toxicomane, plus de six mois après le début des surveillances⁴⁹¹.

166. En raison de la promotion de la mutabilité des actes d'enquête en Angleterre, la prohibition des pouvoirs consensuels peut se trouver contournée. En raison de la promotion de la mutabilité des cadres d'enquête en France, l'enquête préliminaire permet de révéler, voire de provoquer à la flagrance⁴⁹², et l'enquête préliminaire peut constituer l'avenir de l'enquête de flagrance. La flexibilité offerte au ministère public est ainsi remarquable puisqu'elle lui permet toujours de ne jamais se trouver dans la nécessité de saisir le juge. D'ailleurs, même quand il se trouve dans cette nécessité, la jurisprudence lui offre encore la même flexibilité.

2. La mutabilité de l'enquête effectuée sur mandat du juge

167. Les systèmes anglais et français admettent, tous deux, la mutabilité des investigations effectuées sur autorisation du juge (a). Le droit français, quant à lui, admet la mutabilité des enquêtes effectuées sur délégation du juge d'instruction (b).

a. La mutabilité, en Angleterre et en France, des investigations effectuées sur autorisation du juge

168. Les systèmes français et anglais autorisent l'officier de police agissant sur autorisation du juge à faire usage des pouvoirs propres qui lui sont conférés.

⁴⁸⁹ Cass. crim., 9 janv. 2002, préc.

⁴⁹⁰ Cass. crim., 2 mai 2007, préc.

⁴⁹¹ Voir également, Cass. crim., 12 mai 2009, *Bull. crim.* n° 90 ; *D.* 2009, 2900, comm. critique H. Matsopoulou.

⁴⁹² Comp., F. SCHIR, « La flagrance » in *Problèmes actuels de sciences criminelles*, vol. VI, PUAM, Marseille, 1993, p. 89 et s.

169. *L'admission progressive par le common law des saisies incidentes.* Le *common law* imposait traditionnellement que le mandat de perquisition soit précis et que la fouille effectuée respecte les limites fixées par celui-ci. Depuis l'affaire *Entick v. Carrington* de 1765, il considérait en effet que la police ne pouvait fouiller la maison d'un individu sur le fondement d'un mandat général, décerné pour obtenir toute preuve d'une infraction⁴⁹³. Dans l'affaire *Price v. Messenger* de 1800, il fut établi que le *constable* qui découvrait des biens volés, alors qu'il procédait à une perquisition en vertu d'un mandat, commettait un *trespass* si ces biens n'étaient pas couverts par ledit mandat⁴⁹⁴.

A partir des années 1960 cependant, le *common law* modifia son approche et régla dans un sens extensif la question des saisies incidentes. Il résultait des affaires *Chic Fashions (West Wales) Ltd v. Jones* de 1968 et *Garfinkel v. Metropolitan Police Commissioner* de 1972 que, lorsque la police pénétrait dans un local privé ou procédait à une arrestation légalement, avec ou sans mandat, elle pouvait saisir tous les biens qu'elle trouvait qui étaient en la possession de l'individu ou qui se trouvaient dans le local qui constituaient des preuves pertinentes de l'infraction pour laquelle l'individu avait été arrêté ou qui avait justifié la perquisition. Si, au cours de la perquisition, la police découvrait d'autres biens qui tendaient à démontrer la participation de l'individu à une autre infraction, elle pouvait s'en saisir, à condition qu'elle agisse raisonnablement et ne les détienne pas plus longtemps que nécessaire⁴⁹⁵. En dehors d'une arrestation ou d'une inculpation, le *common law* avait reconnu un pouvoir de saisie plus général. Dans l'affaire *Ghani v. Jones*, la *Court of appeal* avait posé certaines conditions : en dehors de toute arrestation ou inculpation, des saisies peuvent être effectuées si la police a des raisons de croire qu'une infraction si grave a été commise qu'il est de la première importance que les infracteurs soient interpellés et déférés à la justice ; que l'objet est soit le produit d'un crime ou l'instrument qui en a permis la réalisation, soit une preuve importante de sa commission ; que la personne qui est en possession de cet objet aurait elle-même commis le crime, en est la complice ou est impliquée dans la commission de celui-ci et que, de toute façon, son refus de livrer l'objet est tout à fait déraisonnable. Dans ce cas, la police ne pouvait conserver l'objet ou interdire à l'individu de le récupérer plus longtemps qu'il n'apparaissait nécessaire, et si un document ou une copie suffisait, elle devait restituer l'original⁴⁹⁶.

⁴⁹³ *Entick v. Carrington*, préc.

⁴⁹⁴ *Price v. Messenger* (1800) 126 E.R. 1213.

⁴⁹⁵ *Chic Fashions (West Wales) v. Jones* (1968) 2 Q.B. 299 et *Garfinkel v. Metropolitan Police Commissioner* [1972] *Crim LR* 44.

⁴⁹⁶ *Ghani v. Jones* (1970) 1 Q.B. 693.

La Commission Philips avait considéré qu'il n'était pas réaliste de restreindre le pouvoir de la police de procéder à des saisies d'objets non visés par le mandat de perquisition. Selon elle, « cela défie le bon sens d'attendre de la police de ne pas saisir de manière incidente de tels objets au cours d'une perquisition »⁴⁹⁷. Elle proposa cependant de restreindre ce pouvoir de saisie incidente aux preuves d'infractions graves, infractions pour lesquelles la police aurait pu obtenir un mandat⁴⁹⁸.

Le législateur anglais alla cependant au-delà de ces recommandations. La section 19 du *PACE* 1984 donne pouvoir à l'agent de police qui effectue légalement une perquisition de saisir toute chose se trouvant sur les lieux et non protégée par un privilège légal (notamment des documents couverts par le secret de l'avocat ou le secret des sources du journaliste), s'il a des motifs raisonnables de croire qu'elle a été obtenue à la suite de la perpétration d'une infraction, qu'elle constitue une preuve de l'infraction objet des investigations ou de toute autre infraction, et qu'il est nécessaire de s'en saisir afin d'éviter qu'elle ne soit cachée, perdue, endommagée, modifiée ou détruite. Ainsi, si la police ne peut effectuer des perquisitions qu'en vue de recueillir des preuves ayant trait à l'infraction sur la base de laquelle le mandat a été délivré, elle peut en revanche se saisir valablement de toute chose qui ne présente pas de lien direct avec une telle infraction et la produire en justice. De plus, la section 20 du *PACE* étend les pouvoirs de saisies dans le cadre de toute perquisition aux saisies informatiques.

170. *L'admission des procédures incidentes à l'autorisation du juge des libertés et de la détention.* Le législateur français, quant à lui, intervient directement pour valider les procédures incidentes. Il en va ainsi, d'une part, pour les perquisitions, visites domiciliaires et saisies opérées en préliminaire, sans assentiment de la personne, sur autorisation du juge des libertés et de la détention, pour une infraction punie d'une peine d'une durée égale ou supérieure à cinq ans⁴⁹⁹, pour les contrôles d'identité effectués sur réquisition du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise⁵⁰⁰. Il en va ainsi, d'autre part, dans le cadre de la procédure relative à la criminalité organisée, pour les

⁴⁹⁷ ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc., n° 3.48.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, n° 3.49.

⁴⁹⁹ Art. 76, al. 4, CPP, *in fine* : « Toutefois, le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes ».

⁵⁰⁰ Art. 78-2-2, al. 2, CPP : « Sur réquisitions écrites du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise, l'identité de toute personne peut être également contrôlée, selon les mêmes modalités, dans les lieux et pour une période de temps déterminés par ce magistrat. Le fait que le contrôle d'identité révèle des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes ».

perquisitions, visites domiciliaires et saisies en flagrance dans ou hors local d'habitation, en préliminaire hors local d'habitation, ou sur commission rogatoire, dans ou hors local d'habitation, opérées en dehors des heures légales sur autorisation du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction⁵⁰¹, pour les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules sur commission rogatoire⁵⁰² ou les captations de données informatiques autorisées par le juge d'instruction⁵⁰³.

171. Ainsi, l'autorisation du juge ne supprime pas, dans les deux systèmes, le pouvoir propre que la loi confère aux investigateurs. Si la solution peut paraître logique puisqu'il s'agit d'une autorisation, elle se révèle plus discutable lorsqu'il s'agit d'une délégation du juge, délégation que seul le droit français connaît.

b. La mutabilité, en France, de l'enquête effectuée sur délégation du juge

172. *La saisine in rem du juge d'instruction.* Le juge d'instruction est saisi *in rem*. La règle, autrefois déduite du principe de la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction, est aujourd'hui déduite de l'article 80, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale. Il ne peut donc s'autosaisir et ne peut informer que sur les faits qui lui ont été dénoncés.

Sous l'empire du code d'instruction criminelle, la doctrine admettait que, lors de la découverte de faits nouveaux, le juge d'instruction ne pouvait instruire, mais pouvait en revanche investiguer. Ainsi, Hélie considérait qu'il fallait distinguer les actes d'instruction et les actes d'investigation et que le juge « ne peut instruire, mais il peut consigner dans ses procès-verbaux tous les renseignements qui lui parviennent sur d'autres faits que ceux qui font l'objet de l'information »⁵⁰⁴. La jurisprudence était en ce sens⁵⁰⁵.

⁵⁰¹Art. 706-93 CPP : « Les opérations prévues aux articles 706-89 à 706-91 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 du juge d'instruction » (al. 1^{er}) ; « Le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes » (al. 2).

⁵⁰² Art. 706-96, dernier al., CPP : « Le fait que les opérations prévues au présent article révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision du juge d'instruction ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes ».

⁵⁰³ Art. 706-102-4 CPP : « Les opérations prévues à la présente section ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans les décisions du juge d'instruction » (al. 1^{er}) ; « Le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans ces décisions ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes » (al. 2).

⁵⁰⁴ HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome V, *op. cit.*, n° 319, p. 170. L'auteur ajoute que le juge « peut recevoir la partie des déclarations des témoins qui s'y applique, il peut recueillir tous les indices, toutes les révélations qui y seraient relatifs. Ce n'est là en quelque sorte que l'application de l'article 29 du code d'instruction criminelle, qui oblige tout fonctionnaire public qui acquiert

Le code de procédure pénale n'a pas fondamentalement modifié les règles tirées de la saisine *in rem*. En cas de découverte de nouvelles infractions, le juge d'instruction doit communiquer immédiatement au procureur de la République « les plaintes ou procès-verbaux qui les constatent » (art. 80, al. 3, CPP). En conséquence, la chambre criminelle, de jurisprudence constante, considère que le législateur autorise le juge d'instruction, avant toute communication du procureur de la République, à « consigner la substance des faits nouveaux dans un procès-verbal et, le cas échéant, effectuer d'urgence des vérifications sommaires pour en apprécier la vraisemblance, mais 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 »⁵⁰⁶. *A contrario*, le juge d'instruction ne peut se livrer à des investigations coercitives et doit, pour ce faire, communiquer le dossier au procureur qui délivrera, s'il l'estime utile, un réquisitoire supplétif. La chambre criminelle refuse ainsi que le juge d'instruction effectue sur le fait nouveau des perquisitions, des saisies, décide d'un placement en garde à vue, de la nomination d'un expert⁵⁰⁷, ou décerne un mandat d'amener⁵⁰⁸. En revanche, il peut procéder à l'audition de témoins ou à des vérifications sommaires⁵⁰⁹. La chambre criminelle reprend donc, en substance, la distinction établie par Hélie entre l'acte d'instruction et l'acte d'investigation.

173. La saisine *in rem* du juge d'instruction et les commissions rogatoires. Une telle limitation de pouvoirs s'applique en principe aux officiers de police judiciaire chargés de

dans l'exercice de ses fonctions la connaissance d'un crime ou d'un délit, à en donner avis au procureur impérial et à lui transmettre tous les renseignements et procès-verbaux qui s'y rattachent. Le juge ne fait alors, au surplus, que recevoir les déclarations que l'information à laquelle il est requis de procéder, l'autorise à constater ». Voir cependant, GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome III, *op. cit.*, n° 775, p. 31, qui se prononce en faveur de l'usage de véritables pouvoirs d'instruction, pourvu que ce soit à titre incident, au cours d'une opération ayant trait à l'infraction objet de la saisine du juge, non à titre principal, pour la constatation d'autres infractions.

⁵⁰⁵ Cass. crim., 11 févr. 1910, *Bull. crim.* n° 60 ; Cass. crim., 16 nov. 1934, *Gaz. Pal.* 1934 ; Cass. crim., 11 déc. 1934, *Bull. crim.* n° 495 ; Cass. crim., 28 mai 1957, *Bull. crim.* n° 447. Mais la chambre criminelle avait reconnu, au profit des actes effectués par le juge d'instruction relatifs aux faits non mentionnés dans le réquisitoire ou la plainte, l'un des attributs de l'acte d'instruction, à savoir le caractère interruptif de prescription. Voir ainsi, Cass. crim., 26 juin 1840, *S.* 1840, 1, 731. Voir également, Cass. crim., 11 déc. 1908, *S.* 1909, 1, 228.

⁵⁰⁶ Cass. crim., 6 févr. 1996, *Bull. crim.* n° 60 ; *D.* 1996, 198, note J. Pradel ; *D.* 1996, somm. 262, obs. J. Pradel ; *Justices* 1996, n° 4, p. 286, chron. D. Rebut ; *JCP* 1996, II, 22634, note Chambon ; *Procédures* 1996, comm. 94, obs. J. Buisson ; *Dr. pén.* 1996, comm. 74, obs. A. Maron ; Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.* n° 226 ; *RJC* 1996, p. 880, obs. J.-P. Dintilhac ; *Dr. pén.* 1996, comm. 169 et 174, note A. Maron ; Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, *Bull. crim.* n° 323 ; *JCP* 1999, I, 151, chron. A. Maron.

⁵⁰⁷ Cass. crim., 30 mai 1996, préc.

⁵⁰⁸ Cass. crim., 6 févr. 1996, préc.

⁵⁰⁹ Cass. crim., 30 juin 1999, *Bull. crim.* n° 176 ; *D.* 1999, somm. 326, obs. J. Pradel : sont justifiés par l'urgence des actes, effectués sans aucune mesure coercitive et accomplis sous trois jours, consistant en des auditions de témoins, vérifications auprès de l'administration fiscale et remises volontaires de documents, et constituant la consignation, dans des procès-verbaux, de la substance de faits nouveaux portés à la connaissance du magistrat instructeur ou de l'officier de police judiciaire.

l'exécution d'une commission rogatoire. La loi du 25 mars 1935, modifiant l'article 90, alinéa 3, du code d'instruction criminelle⁵¹⁰, avait en effet précisé que le juge ou l'officier de police judiciaire commis exerçait tous les pouvoirs du juge d'instruction, dans la limite de la commission rogatoire. A l'inverse, le juge ou l'officier délégataire était soumis aux mêmes sujétions que le juge délégant⁵¹¹. L'article 151, alinéa 3, du code de procédure pénale prend soin, quant à lui, de préciser que la commission rogatoire ne peut prescrire que des actes d'instruction se rattachant directement à la répression de l'infraction visée aux poursuites. Et l'article 152 du même code précise que les magistrats ou officiers de police judiciaire commis pour l'exécution d'une commission rogatoire exercent, dans les limites de la commission rogatoire, tous les pouvoirs du juge d'instruction, exceptés les interrogatoires et confrontations des personnes mises en examen (al. 1^{er}). Ils ne peuvent procéder à l'audition des parties civiles ou du témoin assisté qu'à la demande de ceux-ci (al. 2).

S'est cependant posée la question du respect du cadre de la saisine *in rem* lorsque, à l'occasion notamment de perquisitions effectuées sur délégation du juge, les policiers découvrent des objets ayant trait à une infraction étrangère au cadre de la délégation, c'est-à-dire la problématique des « saisies incidentes »⁵¹² et, plus généralement, des investigations incidentes⁵¹³.

174. *Les saisies incidentes sous l'empire du code d'instruction criminelle.* La jurisprudence rendue sous l'empire du code d'instruction criminelle avait abouti à une distinction⁵¹⁴ : si le policier délégataire, au cours des opérations, constatait la flagrance, il

⁵¹⁰ La loi du 7 février 1933 avait consacré la jurisprudence sur le droit général de délégation du juge d'instruction, mais avait limité les délégations au seul profit de magistrats d'un autre ressort et à l'exclusion de l'interrogatoire de l'inculpé. La loi du 9 juillet 1934 supprima l'interdiction de faire interroger l'inculpé par commission rogatoire. La loi du 25 mars 1935 rétablit le droit de déléguer à tous officiers de police judiciaire tous actes d'information, sauf l'interrogatoire de l'inculpé, dont la demande ne pouvait être adressée qu'à un magistrat du même tribunal ou d'un autre ressort.

⁵¹¹ Notamment, pour le juge délégataire procédant à l'interrogatoire de l'inculpé, le respect des prescriptions de la loi du 8 décembre 1897. Voir Cass. crim., 28 juill. 1899, *S.* 1902, 1, 60.

⁵¹² Sur les saisies incidentes, voir J. PRADEL, *L'instruction préparatoire*, Cujas, Paris, 1990, n° 551, pp. 570-571 ; C. PARRA, « La saisie incidente, les problèmes qu'elle pose et les solutions envisagées », *Rev. Pol. Nat.* févr.-mars 1968, n° 71, p. 56 et s.

⁵¹³ H. VLAMYNCK, « Le traitement procédural des faits nouveaux, incidents ou distincts », *AJ pén.* 2012, p. 215.

⁵¹⁴ Cass. crim., 13 févr. 1925, préc. où la chambre criminelle considère qu'un commissaire de police, pratiquant dans un domicile des perquisitions ordonnées par 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. Dans le même sens, Cass. crim., 26 juin 1958, *Bull. crim.* n° 506 ; *Gaz. Pal.* 1958, 2, 236 ; *RSC* 1959, p. 145 : en l'absence de flagrance, pour des saisies étrangères à l'infraction objet de la délégation, la validité de l'opération ne peut résulter que d'un consentement donné librement et en connaissance de cause par l'intéressé. Or, en l'espèce, le refus de celui-ci de signer les déclarations qu'il avait faites rendait nécessairement équivoque la constatation de ce consentement.

pouvait opérer les saisies sans le consentement de la personne et, une fois les opérations achevées, transmettre les procès-verbaux au juge d'instruction, non parce que la flagrance permettait en elle-même l'usage de la coercition, mais parce qu'en raison de la flagrance, le juge d'instruction délégué pouvait s'autosaisir. En revanche, à défaut de flagrance, le juge d'instruction délégué, n'étant pas lui-même saisi des faits nouveaux et ne pouvant pas instruire mais seulement investiguer et consigner ces constatations, il fallait admettre que l'officier de police judiciaire délégué ne pouvait pas lui-même instruire et devait se contenter de consigner la substance du fait nouveau. En effet, en l'absence de flagrance, le juge d'instruction délégué demeurait lui-même sans pouvoir pour instruire. La règle *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* devait logiquement conduire à dénier au délégué les pouvoirs qui sont déniés au délégué. L'officier délégué n'étant, par le jeu de la commission, qu'un juge d'instruction fragmentaire – pour certains actes d'instruction seulement et, surtout, dans les termes de la saisine même du juge d'instruction –, il ne pouvait acquérir plus de pouvoirs que le juge d'instruction n'en avait lui-même. A l'issue de la consignation de la substance du fait nouveau, il devait transmettre les pièces au juge d'instruction qui se devait de communiquer les renseignements et procès-verbaux au procureur de la République en vertu de l'article 29 du code d'instruction criminelle. Ce dernier délivrait, s'il l'estimait utile, un réquisitoire introductif.

175. *Les saisies incidentes sous l'empire du code de procédure pénale.* Depuis l'entrée en vigueur du code de procédure pénale, le juge d'instruction ne peut plus s'autosaisir en flagrance. Il n'est même plus officier de police judiciaire. En conséquence, il ne peut plus réaliser des actes d'instruction à l'encontre de faits nouveaux flagrants. La règle *nemo plus juris* devrait donc interdire à l'officier de police judiciaire de bénéficier, par délégation de cette faculté d'autosaisine, de la possibilité de se livrer à des actes d'investigation à l'encontre de faits nouveaux présentant les caractéristiques de la flagrance. Dans le cadre d'une commission rogatoire, le juge d'instruction ne peut en effet déléguer à l'officier délégué plus de pouvoirs qu'il n'en a lui-même. Dès lors, puisque le juge d'instruction ne peut que consigner la substance du fait nouveau, sans pouvoir instruire, il serait logique de considérer que l'officier de police judiciaire ne peut que consigner cette même substance, sans pouvoir disposer d'attributions plus importantes. Surtout, parce qu'une instruction est ouverte, l'officier de police judiciaire ne peut agir que sur délégation du juge d'instruction. Il perd tout pouvoir d'initiative : l'article 14, alinéa 2, du code de procédure pénale dispose que, « [l]orsqu'une information est ouverte, [la police judiciaire]

exécute les délégations des juridictions d'instruction et défère à leurs réquisitions ». C'est d'ailleurs en raison de la règle *nemo plus juris*, qui veut que le délégant ne puisse déléguer des pouvoirs dont il n'est pas titulaire, que le législateur, prenant acte de ce que la garde à vue ne constitue pas un pouvoir du juge d'instruction mais un pouvoir propre de l'officier de police judiciaire, a précisé à l'article 154 du code de procédure pénale que les dispositions relatives à cette mesure sont applicables lors de l'exécution des commissions rogatoires (al. 1^{er}) et que les attributions conférées au procureur de la République par ces articles sont alors exercées par le juge d'instruction (al. 2).

Ce n'est cependant pas la position de la jurisprudence qui fait primer le pouvoir propre de l'officier de police judiciaire. Elle admet que le policier rogatoirement commis conserve ses pouvoirs propres puisés dans les deux enquêtes, préliminaire et de flagrance, qu'il peut mettre en œuvre à tout moment au cours de l'exécution de sa commission rogatoire, si les conditions légales sont réunies. La chambre criminelle admet ainsi que des policiers rogatoirement commis qui découvrent des indices révélant l'existence d'agissements délictueux en cours, étrangers à la saisine du juge d'instruction – et donc à la commission rogatoire –, sont en droit de procéder à des investigations en application des règles prévues pour la flagrance⁵¹⁵. La perquisition en flagrance peut d'ailleurs avoir lieu, non seulement chez toute personne qui paraît avoir participé à l'infraction, mais aussi chez celle qui paraît détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés, sans qu'il soit nécessaire qu'une infraction flagrante soit caractérisée à l'égard de cette dernière⁵¹⁶. De même, si les officiers de police judiciaire commis pour l'exécution d'une commission rogatoire ne peuvent instrumenter au-delà des faits dont les a saisis le juge d'instruction, il ne leur est pas interdit, lorsqu'ils découvrent des faits nouveaux ne répondant pas aux conditions de la flagrance, de mettre en œuvre l'ensemble des pouvoirs qu'ils tiennent des règles prévues pour l'enquête préliminaire⁵¹⁷. En conséquence, lorsque l'officier de police judiciaire commis

⁵¹⁵ Cass. crim., 19 janv. 1999, *Bull. crim.* n° 9 ; *JCP* 1999, II, 10156, note D. Rebut.

⁵¹⁶ Cass. crim., 27 janv. 1987, *Bull. crim.* n° 41 ; *D.* 1987, somm. 408, obs. J. Pradel ; *D.* 1988, 179, note Darolle : à propos de la perquisition dans un bar exploité par X... et au domicile de celui-ci, à la suite de l'arrestation le même jour, en flagrant délit de vol, de Y... et Z..., car les enquêteurs avaient constaté que les deux suspects se rendaient dans l'établissement tenu par X... qui pouvait leur servir de lieu de ralliement.

⁵¹⁷ Cass. crim., 7 mai 2002, pourvoi n° 01-80.317 ; *RJC* 2003, p. 391, note J. Buisson : investi d'une commission rogatoire dans le cadre d'une information ouverte pour abus de confiance, escroquerie et faux, un officier de police judiciaire avait, percevant l'existence d'indices de la commission d'un abus de biens sociaux, ouvert une enquête préliminaire incidente et procédé à l'audition, sur ces faits nouveaux, de la personne impliquée, qu'il avait placée en garde à vue. La chambre criminelle approuve la chambre de l'instruction d'avoir rejeté la requête en nullité de cette audition et de la procédure subséquente, au motif que l'officier de police judiciaire a, à bon droit, procédé ainsi, l'audition critiquée, qui portait sur des faits dont le juge n'était pas saisi, ne pouvant être réalisée dans le cadre de la commission rogatoire. Selon la chambre criminelle, « si des officiers de police judiciaire, commis pour l'exécution d'une commission rogatoire, ne

découvre, dans l'exécution d'une perquisition effectuée rogatoirement, des faits étrangers à l'information susceptibles de qualification pénale mais non constitutifs d'infraction flagrante, il peut saisir des objets, mais à la condition d'avoir préalablement recueilli l'assentiment exprès de la personne au domicile de laquelle a eu lieu la découverte, en application des articles 75 et 76 du code de procédure pénale, sans pouvoir accomplir d'actes coercitifs sur le fondement de la commission rogatoire qui lui avait permis la découverte des faits nouveaux⁵¹⁸. La chambre criminelle a même considéré 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 pénale⁵¹⁹

176. La jurisprudence, anglaise comme française, adopte ainsi une interprétation libérale de la suspicion qui se révèle très favorable aux enquêteurs. En favorisant la mutabilité des actes et des cadres d'enquête, elle permet aux enquêteurs de mettre en œuvre des tactiques leur évitant de se trouver dans la nécessité de demander un pouvoir juridictionnalisé. Et cette mutabilité ne se révèle jamais défavorable pour l'enquêteur qui conserve ses pouvoirs propres lorsqu'il agit sur autorisation ou sur délégation du juge. Ce dynamisme de faveur se prolonge d'ailleurs au stade juridictionnel, puisque le juge s'autorise un sauvetage des procédures en substituant sa décision à celle de l'enquêteur qui aurait été dans l'erreur.

peuvent instrumenter au-delà des faits dont les a saisi le juge d'instruction, il ne leur est pas interdit, lorsqu'ils découvrent des faits nouveaux, de mettre en œuvre l'ensemble des pouvoirs qu'ils tiennent des règles prévues pour l'enquête préliminaire ».

⁵¹⁸ Cass. crim., 13 déc. 2000, *Bull. crim.* n° 377 : « (...) les pouvoirs du juge d'instruction attribués par l'article 152 du code de procédure pénale aux officiers de police judiciaire commis pour l'exécution d'une commission rogatoire sont limités aux seuls faits dont le juge d'instruction est régulièrement saisi ; (...) lorsque ces agents découvrent des faits nouveaux, s'il ne leur est pas interdit de mettre en œuvre, le cas échéant, l'ensemble des pouvoirs qu'ils tiennent des règles prévues pour l'enquête préliminaire ou de flagrance, ils ne peuvent procéder à des actes revêtant un caractère coercitif sous le couvert de l'exécution de la commission rogatoire dont ils sont chargés ». En d'autres termes, un officier de police judiciaire ne peut, sur le fondement de la commission rogatoire dont il est investi, exécuter des actes coercitifs relativement à des faits nouveaux ne présentant pas les caractères de la flagrance qui, du fait de leur découverte récente, n'entrent manifestement pas dans la saisine du juge d'instruction mandant, ce dernier ne pouvant lui donner d'instructions pour l'exécution de ces actes.

⁵¹⁹ Cass. crim., 12 janv. 2005, pourvoi n° 03-86.372, *D.* 2005, 1917, note critique P. Hennion-Jacquet ; Cass. crim., 30 oct. 2012, *Bull. crim.* n° 228 ; *Dalloz actualité*, 17 déc. 2012, obs. Winckelmuller ; *D.* 2012, act. 2805 ; *Procédures* 2013, n° 27, obs. J. Buisson ; *Dr. pén.* 2013, comm. 12, obs. A. Maron et Haas.

177. A la mutabilité recherchée *a priori* par la police, la loi et la jurisprudence ajoutent une mutabilité spontanée constatée *a posteriori*. Celles-ci autorisent, en effet, le juge à procéder au sauvetage d'une procédure dans laquelle des pouvoirs coercitifs ont été utilisés en méconnaissance des conditions de fond prévues par la loi. Elles lui permettent ainsi de substituer sa propre appréciation à celle de la police. Dans tous les cas, une telle substituabilité se justifie par l'apparence : apparence que l'infraction dont il s'agit est flagrante ou qu'elle revêt une certaine qualification. Le plus souvent, le juge se placera au jour de la réalisation des actes d'investigation pour apprécier leur légalité et, partant, substituer son appréciation à celle des enquêteurs (A). Mais, parfois, il ne sera pas nécessaire que le juge se place à une telle date afin d'apprécier la légalité des actes d'investigation litigieux ; la substituabilité pourra en effet être justifiée par un constat postérieur aux investigations : celui de la culpabilité du prévenu (B).

A. Une substituabilité subordonnée au constat d'une apparence au moment des investigations

178. L'appréciation juridictionnelle de la régularité des actes d'enquête s'opère au jour de leur réalisation (1) sans égard pour la qualification qui sera *in fine* retenue (2).

1. Le constat d'une apparence de flagrance

179. En France, la chambre criminelle approuve régulièrement les juges du fond d'avoir validé les actes d'une enquête déclarée à tort de flagrance par les officiers de police s'il apparaît que ceux-ci sont réguliers au regard du régime de l'enquête préliminaire⁵²⁰. Par là-

⁵²⁰ Cass. crim., 17 mai 1994, *Bull. crim.* n° 186 ; *Dr. pén.* 1994, chron. 69, obs. V. Lesclous et C. Marsat. Dans cette espèce, des officiers de police judiciaire avaient, au cours de la perquisition effectuée sur commission rogatoire délivrée dans le cadre d'une procédure contre X du chef d'assassinat au domicile d'un individu, découvert divers feuillets manuscrits ou dactylographiés relatifs à des marchés publics. Devant le caractère inhabituel de cette découverte, les enquêteurs décidaient de procéder à une saisie incidente, mais estimaient, pour ce faire, devoir préalablement solliciter l'autorisation de l'individu, en application de l'article 76 du code de procédure pénale. La chambre criminelle approuve la chambre d'accusation d'avoir refusé d'annuler la saisie. Selon elle, « lorsque des officiers de police judiciaire procédant à une perquisition, en exécution d'une commission rogatoire du juge d'instruction, découvrent des faits étrangers à l'information mais susceptibles d'incrimination pénale, ils peuvent saisir toute pièce à conviction se rapportant à ces faits, soit en vertu des

même, elle approuve les officiers de police judiciaire qui, doutant d'agir en flagrance, se révèlent précautionneux en recueillant l'assentiment de la personne préalablement à la réalisation d'un acte d'enquête.

180. *Le rejet initial de la substituabilité de l'appréciation juridictionnelle.* La question s'est toutefois posée de savoir si le juge pouvait sauver une procédure diligentée par des officiers de police judiciaire ayant déployé des pouvoirs coercitifs alors même qu'ils n'étaient pas certains d'agir en flagrance, s'il s'avère, après analyse, que ceux-ci agissaient effectivement en flagrance.

La chambre criminelle avait d'abord écarté cette possibilité. Ainsi, dans l'hypothèse où les conditions de la flagrance étaient réunies mais où l'enquêteur ne s'en était pas aperçu, alors qu'il réalisait un acte qui ne pouvait être justifié que par la flagrance, la chambre criminelle avait estimé que les juges ne pouvaient valider *a posteriori* l'acte en substituant leur propre appréciation à celle de l'enquêteur. Elle avait ainsi considéré, dans un arrêt du 22 février 1996, que, « pour justifier la mise en œuvre des pouvoirs prévus aux articles 53 et suivants du code de procédure pénale, les juges ne pouvaient substituer leurs propres déductions aux constatations initiales de l'officier de police judiciaire »⁵²¹.

181. *L'admission de la substituabilité de l'appréciation juridictionnelle, y compris à l'encontre de l'appréciation policière.* Cependant, par son arrêt du 5 octobre 2011, la chambre criminelle a admis que, lors de son contrôle, le juge puisse substituer sa propre appréciation à celle des autorités policières⁵²². Dans cette espèce, pour valider la procédure qui avait suivi l'ouverture d'une valise contenant des stupéfiants sans le consentement de son propriétaire, la chambre de l'instruction s'était appuyée sur les différentes constatations effectuées par les officiers de police judiciaire et s'était efforcée de vérifier l'existence préalable de signes extérieurs et apparents révélant les infractions, objets des investigations

articles 56, 57 et 67 du code de procédure pénale s'il y a crime ou délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, soit, en l'absence de flagrance, en vertu des articles 75 et 76 dudit code s'ils ont l'assentiment, dans les formes prévues par ce dernier texte, de la personne chez qui l'opération a lieu, comme tel a été le cas en l'espèce ».

⁵²¹ Cass. crim., 9 janv. 1990, *Bull. crim.* n° 16 : l'état de flagrance « doit s'apprécier au moment de l'intervention de l'officier de police judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure visant un délit passible d'emprisonnement et (...) il n'importe que, par la suite, les faits aient reçu une qualification contraventionnelle » (nous soulignons). La qualification retenue pour caractériser la flagrance s'apprécie ainsi au moment de l'intervention du policier, peu importe la qualification postérieure qui sera finalement retenue. La chambre criminelle se refuse donc à substituer la véritable qualification, retenue *a posteriori*, à celle qui était celle du policier lorsqu'il est intervenu ; Cass. crim., 22 févr. 1996, *Bull. crim.* n° 87 ; *Dr. pén.* 1996, comm. 129, obs. J.-H. Robert.

⁵²² Cass. crim., 5 oct. 2011, préc.

policieres. Toutefois, le particularisme du controle juridictionnel effectue dans cette espece reside dans ce que la chambre de l'instruction ne se contente pas de verifier la reunion des conditions de la flagrance que le policier aurait lui-meme caracterisees. Elle s'efforce, en realite, de caracteriser elle-meme l'existence prealable de signes exterieurs et apparents revelant les infractions, objets des investigations policieres, a l'encontre de l'appréciation qui avait ete celle du policier. En effet, les fonctionnaires de police n'avaient signale dans leur proces-verbal agir en flagrance qu'à compter du constat de la presence de stupéfiants à l'interieur de la valise (ecrivant « [d]ès lors agissant en flagrant délit (...) »), ce qui indique que, selon eux, l'infraction n'était pas flagrante au moment de l'ouverture forcée du bagage. Pourtant, les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, déclarent que, « si les enquêteurs ont indique sur leur proces-verbal la mention de la flagrance postérieurement à la découverte des produits stupéfiants, antérieurement à cette découverte, il existait déjà des indices objectifs apparents, rendant probable la commission d'une infraction, indices recueillis à l'issue d'une procédure régulière permettant de modifier le cadre juridique des investigations et d'effectuer ainsi la perquisition de la valise sans l'assentiment exprès des intéressés ». En procédant ainsi, la chambre de l'instruction opère une substitution de ses propres appréciations à celles des fonctionnaires de police et supplée à leur carence. Et, en ne censurant pas, en l'espece, l'arrêt de la chambre de l'instruction, il semble que la chambre criminelle vienne valider une telle substitution d'appréciation et, partant, opérer un revirement.

Aussi, en approuvant la chambre de l'instruction, la chambre criminelle admet-elle désormais que le seul constat, dans le proces-verbal, des éléments constitutifs de la flagrance suffit à valider l'acte, même si les policiers n'avaient pas conscience de la qualification d'état de flagrance et ont cru demeurer en enquête préliminaire. Et il apparaît désormais que l'unique condition pour agir en flagrance soit que les policiers aient eu connaissance, au préalable, d'indices apparents, mais qu'il ne soit pas formellement exigé qu'ils aient compris que ces indices caractérisaient la situation de flagrance.

Au surplus, la qualification de l'infraction s'avère être sans incidence sur une telle appréciation.

2. L'indifférence quant à la qualification finalement retenue

182. Le surclassement policier et parquetier. La qualification des faits opérée par l'enquêteur peut s'avérer périlleuse en raison de la difficile appréciation de certains faits et

du risque de censure qui pèserait sur les actes réalisés en cas de surclassement. Pourtant, à l'inverse, le surclassement peut se révéler utile pour les enquêteurs lorsque le pouvoir dont ils souhaitent user se trouve circonscrit aux infractions d'une certaine gravité.

Les systèmes français et anglais résolvent tous deux dans un sens favorable les problèmes posés par le risque d'erreur résultant d'un surclassement.

183. *L'immunité traditionnellement justifiée par l'apparence.* En France, sous l'empire du code d'instruction criminelle, où l'enquête d'infraction flagrante ne pouvait se déployer qu'à l'égard du crime proprement dit, la chambre criminelle considérait que l'erreur n'était pas une cause de nullité. Le procureur, qui constatait un crime flagrant qui se révélait par la suite n'être qu'un délit, voyait son action justifiée par l'apparence⁵²³. De même, estime-t-elle, sous l'empire du code de procédure pénale, que n'encourent pas l'annulation les actes coercitifs diligentés par un policier qui constate une infraction flagrante qu'il pense être punie d'emprisonnement – donc permettant l'usage des pouvoirs de flagrance, conformément à l'article 67 du code de procédure pénale – mais qui s'est vu finalement appliquer une qualification contraventionnelle et pour laquelle n'était encourue qu'une peine d'amende. Selon la jurisprudence, l'état de flagrance « doit s'apprécier au moment de l'intervention de l'officier de police judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure visant un délit passible d'emprisonnement et (...) il n'importe que, par la suite, les faits aient reçu une qualification contraventionnelle »⁵²⁴.

La qualification retenue pour caractériser la flagrance s'apprécie donc au moment de l'intervention du policier, peu important la qualification qui sera finalement retenue⁵²⁵. Le doute profite ainsi à la police, et le surclassement policier bénéficie d'une relative impunité puisque les actes réalisés sont soustraits à la nullité lorsque l'apparence peut être invoquée.

184. *La tentation contemporaine de l'immunité.* De telles difficultés de qualification se rencontraient en droit anglais lorsque le *PACE* distinguait originellement, s'agissant des pouvoirs d'arrestation sans mandat, entre les *arrestable offences* et les *non-arrestable offences*.

⁵²³ Cass. crim., 1^{er} sept. 1831, préc. : « Attendu que la loi en faisant une obligation au procureur du roi, dans les cas de flagrant délit et lorsque le fait est de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante, de se transporter sur les lieux et d'y dresser des procès-verbaux, ne frappe pas de nullité les procès-verbaux dans la prévision d'un crime lorsque le fait constaté par le procureur du roi perd les premiers caractères qu'on lui avait supposés ».

⁵²⁴ Cass. crim., 9 janv. 1990 et Cass. Crim., 22 févr. 1996, préc.

⁵²⁵ Sur la question de la qualification dans le procès pénal, voir O. DECIMA (dir.), *La qualification dans le procès pénal*, Cujas, coll. « Actes & Etudes », Paris, 2013 ; É. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, PUAM, coll. « Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles », Aix-en-Provence, 2013.

Toutefois, afin d'éviter une éventuelle contestation et puisque les policiers considéraient qu'il était difficile de distinguer, en pratique, les infractions qui constituaient une *arrestable offence* de celles qui n'en constituaient pas⁵²⁶, le législateur est intervenu, par la section 110 du *SOCPA* 2005, pour étendre les pouvoirs d'arrestation sans mandat à toutes les infractions, pourvu que les conditions de fond édictées soient respectées. De telles difficultés se rencontraient également lorsque le *PACE* n'autorisait la prolongation de la garde à vue que pour les « *serious arrestable offences* ». Là encore, afin d'éviter les risques d'un surclassement, la *schedule 7* du *SOCPA* substitue à la notion de « *serious arrestable offence* », qui figurait à la section 116 du *PACE* 1984, la notion d' « *indictable offence* », élargissant ainsi la possibilité pour la police de détenir les personnes arrêtées et suspectées au-delà des périodes de détention de vingt-quatre et trente-six heures.

Aussi, le surclassement policier se voit-il, en Angleterre, légitimé directement par le surclassement opéré par le législateur.

En France, le législateur avait également tenté de conférer une immunité au surclassement policier. La loi du 9 mars 2004 avait ainsi inséré un article 706-104 au code de procédure pénale qui prévoyait, à propos de la procédure applicable à la criminalité organisée, que « [l]e 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 ». Le législateur semblait ainsi consacrer une extension de l'immunité du surclassement aux hypothèses de surclassement effectué de mauvaise foi, alors que les officiers de police savaient pertinemment que la circonstance aggravante de criminalité organisée ne pouvait être retenue. Dans sa décision du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel a toutefois censuré une telle extension. Il a en effet considéré 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 »⁵²⁷. La sévérité apparente du Conseil doit cependant être relativisée. Ce que refuse ce dernier, c'est le blanc-seing donné aux organes policiers. En revanche, il admet expressément que le législateur puisse conférer l'immunité

⁵²⁶ R.C. AUSTIN, « The new powers of arrest : plus ça change : more of the same or major change ? », art. préc., p. 462.

⁵²⁷ Cons. const., 2 mars 2004, décision n° 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, consid. 70 ; *D.* 2004, 956, chron. M. Dobkine, et 1387, chron. J.-E. Schoettl ; *D.* 2005, 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; *LPA* 2004, n° 148, p. 9, note J.-E. Schoettl ; *JCP G* 2004, I, 619, note J.-C. Zarka ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 106, p. 3, obs. J.-E. Schoettl.

aux actes réalisés lorsque la circonstance de bande organisée paraissait caractérisée au moment où ils ont été autorisés. Aussi, sous des apparences de fermeté, le Conseil constitutionnel vient-il ouvrir la voie à une légalisation de l'immunité du surclassement opéré de bonne foi. Dès lors, il est très probable qu'en la matière, comme dans le cadre de la flagrance, la jurisprudence valide, sur le fondement de l'apparence, une procédure fondée sur une qualification retenant la circonstance aggravante de criminalité organisée qui se révélerait finalement erronée⁵²⁸.

Afin de sauver les procédures, la loi anglaise va même plus loin. Aussi, permet-elle au juge de valider les actes d'investigation réalisés sans même procéder à une appréciation de leur légalité. De fait, le législateur britannique valide l'arrestation d'une personne effectuée malgré l'absence de soupçons nourris à son encontre si celle-ci se révèle, finalement, coupable.

B. Une substituabilité autorisée par le constat d'une culpabilité postérieurement aux investigations

185. « *Lorsque la fin justifie les moyens* »⁵²⁹. En Angleterre, la section 24 (1) du *PACE* 1984 dispose, on l'a vu, qu'un *constable* peut procéder, sans mandat, à l'arrestation d'une personne « qui est sur le point de commettre une infraction », « en train de commettre une infraction » ou pour laquelle il a des motifs raisonnables de soupçonner « qu'elle est sur le point de commettre une infraction » ou « qu'elle est en train de commettre une infraction ». Toutefois, la section 24 (3) dispose que :

- « si une infraction a été commise, un agent de police peut arrêter sans mandat
- (a) toute personne qui est coupable de l'infraction ;
- (b) une personne qu'il a des motifs raisonnables de soupçonner d'être coupable ».

La loi prévoit ainsi que l'arrestation d'une personne peut s'opérer sans mandat, sans qu'il soit nécessaire que le *constable* nourrisse des soupçons raisonnables à l'encontre de celle-ci, lorsqu'une infraction a été commise. Aussi, la section 24 (3) permet-elle, concrètement, des arrestations spéculatives, fondées sur le seul pressentiment de l'officier de police, pourvu que l'individu soit, *in fine*, reconnu coupable de l'infraction. Comme le relèvent Andrew

⁵²⁸ En ce sens, E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, *op. cit.*, n° 412, p. 286.

⁵²⁹ A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice*, *op. cit.*, n° 3.4.1, p. 155.

Sanders et *alii*, la police peut, en vertu de ce texte, arrêter un individu défavorablement connu pour de précédents faits de vol parce qu'elle a « le pressentiment qu'il est responsable d'un vol commis plus tôt dans la journée », et, « s'il avoue cette infraction au commissariat, sa culpabilité sera claire et son arrestation sera régulière au regard du *PACE* »⁵³⁰.

Par ce biais, la loi elle-même permet au juge de substituer sa décision à l'absence initiale de soupçons raisonnables pour valider l'arrestation, érigeant ainsi, en quelque sorte, la constatation de la culpabilité par le juge en condition résolutoire de l'irrégularité de l'arrestation. Il ne s'agit donc plus, pour le juge, de se placer au jour de la réalisation des actes d'investigation pour apprécier leur légalité : il lui est, simplement, loisible de les valider sur le constat postérieur de la culpabilité du prévenu.

Aussi, les fins sont-elles considérées, par la loi elle-même, comme justifiant les moyens mis en œuvre⁵³¹.

*

186. Conclusion de la Section 2nd : le juridictionnel victime du jurisprudentiel ? La démission jurisprudentielle semble bien conduire à condamner, davantage que ne le ferait le législateur, le juridictionnel. Le souci, au demeurant légitime, de faciliter le travail des enquêteurs peut justifier que les juridictions ne viennent pas sanctionner les usurpations de fonctions qui pourraient se révéler involontaires de la part des investigateurs, parce que résultant du caractère relatif de toute qualification à l'orée de l'enquête. Toutefois, lorsque la jurisprudence valide les tactiques d'investigation destinées à éluder la compétence du juge de l'avant-procès et qu'elle s'autorise à substituer son appréciation à celle des agents de terrain, c'est une véritable stratégie d'éviction du juge par l'affermissement des pouvoirs du ministère public qui se met en place.

*

**

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 156.

⁵³¹ A. SANDERS et R. YOUNG, « The Rule of Law, Due Process and Pre Trial Criminal Justice », art. préc., pp. 135-136.

187. Conclusion du Chapitre 1^{er} : une juridictionnalisation bien relative dans l'avant-procès. Les législateurs français et anglais, appuyés par la jurisprudence, renforcent donc considérablement les pouvoirs d'enquête du ministère public, favorisant l'éviction de la juridictionnalisation dans la phase de mise en état.

Dans une perspective statique, les systèmes français et anglais ont tous deux légalisé les pouvoirs consensuels traditionnels du ministère public et étendu continuellement les pouvoirs coercitifs reconnus à celui-ci. Les actes produits à l'issue d'enquêtes consensuelles, désormais conformes à la loi plutôt que seulement compatibles à celle-ci, peuvent ainsi se voir conférer des attributs qui étaient traditionnellement, en France, réservés aux actes du juge d'instruction. Les pouvoirs coercitifs permettent au ministère public d'accéder largement, en droit commun comme dans le cadre des procédures spéciales, à un attribut qui était jusque-là réservé au juge.

Dans une perspective dynamique, les systèmes français et anglais s'efforcent de consolider les pouvoirs coercitifs conférés au ministère public. L'arithmétique de la suspicion retenue par les jurisprudences française et anglaise, combinée à l'indifférence que celles-ci manifestent quant à la source des indices qui permettent de caractériser cette suspicion, favorise la mutabilité des cadres d'enquête. La possibilité que se reconnaît le juge d'opérer un sauvetage des procédures, en substituant *a posteriori* sa propre appréciation même lorsqu'elle va à l'encontre de l'appréciation des policiers, parachève l'entreprise consistant à rendre très exceptionnelle la situation d'un ministère public devant saisir le juge pour que lui soit octroyé un supplément de coercition.

La combinaison de ces deux approches nous a ainsi permis de mettre en lumière la porosité des frontières tracées entre les cadres de l'action du ministère public et de relativiser les nuances qui entourent l'éviction de la juridictionnalisation. Les pouvoirs d'enquête consensuels ne constituent plus des pouvoirs par défaut, de simples substituts limités à une carence de pouvoir légal. Ils constituent, en réalité, le prélude à des pouvoirs coercitifs. Désormais, l'absence de consentement n'oblige plus le ministère public qui serait privé de pouvoirs à saisir le juge. Au contraire, une telle absence tend à devenir le cheval de Troie d'une suspicion qui donnera au ministère public accès aux pouvoirs qui lui manquent. Et c'est finalement la pertinence de la notion de pouvoir consensuel tout autant que les nuances qui se dessinent autour de l'éviction du juge qui se trouvent remises en cause. Car si le citoyen qui refuse l'investigation proposée peut susciter la suspicion justifiant qu'il soit recouru au pouvoir coercitif, c'est la notion même de pouvoir consensuel qui se trouve vidée de sa substance, et l'éviction du juge de toute nuance. A moins, peut-être, que le

consentement ne se trouve restauré, et avec lui la nuance qui entoure l'éviction du juge, dans le cadre des pouvoirs de traitement reconnus désormais au ministère public.

Chapitre 2nd

L'extension continue des pouvoirs de traitement infrajuridictionnels du ministère public

188. Même si la proposition peut paraître paradoxale, l'extension des pouvoirs d'investigation infrajuridictionnels du ministère public aurait pu manifester l'allégerance des législateurs à la juridictionnalisation de la répression pénale. Après tout, si ces derniers ont souhaité faciliter le recueil de la preuve, c'est encore parce que l'application du *jus puniendi* requiert de convaincre le juge de jugement de la culpabilité de l'individu qui a fait l'objet des investigations. En d'autres termes, le sacrifice de la juridictionnalisation en amont, au stade la mise en état, parce qu'elle permet un recueil efficace de la preuve, peut se revendiquer, d'un point de vue téléologique, d'un respect de la juridictionnalisation en aval, au stade de la réalisation définitive du droit pénal.

Pourtant, les législateurs anglais et français se sont efforcés de reconnaître à leur ministère public des pouvoirs de traitement autonomes. Les systèmes anglais et français ont en effet progressivement mis en place des mécanismes de traitement des infractions qui ne s'appuient plus sur la juridictionnalisation de la répression, manifestant ainsi un mouvement commun d'évitement du procès – de « *trial avoidance* »⁵³². Se produit de manière convergente un phénomène de distraction de la justice formelle par attraction d'une justice informelle, d'avance « éminemment sympathique, [à] proportion de l'antipathie diffuse que suscite son vis-à-vis », pour reprendre une formule du Doyen Carbonnier⁵³³. Pour de

⁵³² Sur ce mouvement d'« évitement du procès », voir A. ASHWORTH et M. REDMAYNE, *The Criminal Process*, OUP, 4^{ème} éd., Oxford, 2010, pp. 418-423.

⁵³³ CARBONNIER (J.), « Réflexion sur la médiation » in *La médiation, un mode alternatif de résolution des conflits*,

nombreuses affaires, les législateurs se sont dit « à quoi bon un procès ? »⁵³⁴, faisant leur la maxime de *minimis non curat praetor* : la juridictionnalisation constitue un processus trop complexe et trop coûteux pour devoir s'appliquer à la petite délinquance⁵³⁵.

Or, si ces pouvoirs avaient initialement vocation à délester les juridictions des infractions de faible gravité et visaient essentiellement à mettre en garde l'infracteur ou à favoriser l'indemnisation de sa victime, les législateurs ont rapidement souhaité en étendre l'application à des infractions de gravité moyenne. Aussi, progressivement, les réponses pénales se voient-elles reconnaître de façon plus ou moins explicite, au-delà de leur originelle portée restaurative, une vocation rétributive. A l'inverse du renforcement des pouvoirs d'enquête – qui visaient initialement les infractions de gravité certaine et qui s'étendent désormais à la délinquance plus ordinaire –, les pouvoirs de traitement du ministère public ne semblent plus uniquement destinés à répondre à la seule indiscipline sociale. Progressivement, le champ matériel de ces deux mouvements se recoupe, de sorte que la logique qui animait chacun se voit peu à peu désavouée. Et, derrière l'homogénéité des réponses consacrées par les droits anglais et français, se profile la problématique redoutable de l'hétérogénéité de leur régime.

Aussi, convient-il d'abord d'étudier la convergence des systèmes dans l'attribution des réponses pénales infrajuridictionnelles (Section 1^{ère}) pour analyser ensuite la divergence des systèmes dans le régime des réponses pénales infrajuridictionnelles (Section 2nd).

colloque de Lausanne du 15 novembre 1991, Zurich, 1992, p. 11, repris in *Ecrits* (textes rassemblés par R. Verdier), PUF, Paris, 2008, p. 1017. L'auteur ajoute : « Ma justice, a l'air d'avouer l'Etat, est un mal, un mal nécessaire (...), mais un mal : la preuve, c'est que je vous invite moi-même à organiser des médiations pour remplacer ma justice ». *Ibid.*, p. 1018. Dans le même sens, voir E. DREYER, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G* 2008, I, 131, n° 4 et n° 14, pour qui s'« il semble difficile d'être 'contre' cette médiation pénale qui permet de pacifier les relations entre individus (...) le grand tort des défenseurs de la médiation pénale est de croire qu'une réponse nécessairement pénale doit être apportée suite à la commission de n'importe quelle infraction ». Pour cet auteur, la place de la médiation est à côté, non à l'intérieur, du système pénal : c'est dans le code de procédure civile, et non dans le code de procédure pénale, qu'elle doit être transportée car, à ce stade, il ne s'agit encore que d'une affaire privée.

⁵³⁴ T. WEIGEND, « Why have a Trial when you can have a Bargain ? », art. préc., *loc. cit.*, p. 207.

⁵³⁵ *Ibid.*

Section 1^{ère} **LA CONVERGENCE DANS L'ATTRIBUTION DES REPONSES PENALES
INFRAJURIDICTIONNELLES**

189. *L'évitement de la juridictionnalisation par l'utilisation d'une multiplicité de réponses pénales.* Au même moment, sont apparus dans les textes français et anglais des mécanismes permettant au ministère public de traiter les infractions sans toutefois recourir à la juridictionnalisation. Issus pour la plupart de la pratique, ces mécanismes permettaient initialement d'apporter une réponse pénale à des infractions de faible gravité. Leur vocation essentiellement restaurative ou le champ limité des sanctions pécuniaires qu'ils autorisaient – essentiellement les infractions routières – ne pouvait alors passer pour remettre en cause la juridictionnalisation de la répression de la délinquance véritable. Cependant, les législateurs surent s'appuyer sur ces mécanismes et les compléter dans une perspective proprement rétributive. Aussi, la légalisation progressive des réponses pénales (§ 1^{er}) s'est-elle accompagnée de leur durcissement progressif (§ 2nd).

§ 1^{er} *LA LEGALISATION DES REPONSES PENALES INFRAJURIDICTIONNELLES*

190. En Angleterre, parallèlement à la création du *CPS*, et en raison notamment de la complexification de la poursuite qu'a entraînée la création d'un tel organe, la police fut encouragée à user d'alternatives aux poursuites afin d'apporter une réponse rapide aux infractions de faible gravité⁵³⁶. En France, l'impossibilité pour les juridictions de police et correctionnelles d'absorber la totalité de la masse d'affaires portées devant elles a conduit les parquets à innover, avant que ces innovations ne soient ratifiées et complétées par le législateur⁵³⁷. D'abord limitées à un simple avertissement du mis en cause, ces « *out-of-court disposals* » et cette « troisième voie » se sont diversifiées et ont vu leur régime se renforcer jusqu'à permettre à la police, au *CPS* et au procureur de la République de prononcer une véritable sanction à l'encontre de la personne soupçonnée. Nous le constaterons en envisageant d'abord les réponses pénales du droit anglais (A), ensuite les réponses pénales du droit français (B).

⁵³⁶ Sur ce mouvement, voir R. MORGAN, *Summary Justice. Fast - but Fair ?*, Centre for Crime and Justice Studies, « Whose Justice ? » Series, King's College, Londres, 2008.

⁵³⁷ Sur le mouvement de systématisation de la réponse pénale, voir V. TELLIER-CAYROL et M. NORGUET, « Une décennie de réponse pénale », *Gaz. Pal.* 2014, n° 233, p. 4 et s.

A. Les réponses pénales en droit anglais

191. Les « *out-of-court disposals* » du droit anglais consistent historiquement en deux types de réponses : l'avertissement avec le *cautioning* (1), l'amende avec les *penalties* (2).

1. Le *cautioning*

192. La pratique du *cautioning* a véritablement pris son essor dans les années 1960, sans aucun fondement juridique, comme un moyen de maintenir les jeunes délinquants hors du système de justice pénale⁵³⁸. La première assise textuelle de cette pratique policière résulte d'une circulaire du *Home Office* de 1978⁵³⁹ qui posait trois principes : que les preuves de l'infraction soient suffisantes et donc que la *formal caution* ne soit pas un moyen pour la police de « sauver » des procédures fragiles, que le jeune délinquant reconnaisse l'infraction et que les parents de celui-ci donnent leur accord. A la suite du rapport du groupe de travail du *Home Office* et des *Chief Officers of Police*⁵⁴⁰ (faisant lui-même suite au rapport de la *Royal Commission on Criminal Procedure* de 1981)⁵⁴¹, fut édictée une autre circulaire⁵⁴². Cependant, alors que la *Royal Commission* souhaitait que soit consacrée légalement la pratique du *cautioning* afin d'améliorer la cohérence de la prise de décision, le *Home Office* considérait « qu'il serait dangereux d'imposer une rigidité dommageable sur un système essentiellement flexible et capable d'adaptation tant à la personnalité du délinquant et aux circonstances de l'infraction qu'aux exigences évasives de la communauté locale »⁵⁴³. C'est la raison pour laquelle ne furent édictées que des *guidelines* par voie de circulaires. L'objectif

⁵³⁸ Sur l'émergence du *cautioning*, voir N. TUTT et H. GILLER, « Police Cautioning of Juveniles : The Practice of Diversity », [1983] *Crim LR* 587. Certains auteurs font cependant remonter très loin une telle pratique. Voir en ce sens, D. STEER, *Police Cautions : A Study in the Exercise of Police Discretion*, Oxford University Penal Research Unit, Occasional Paper n° 2, Basil Blackwell, Londres, 1970, cité par M. LEE, « Admonestation policière et justice des mineurs : au mieux des intérêts de qui ? », *Déviance et Société* 1994, vol. 18, n° 1, p. 43 et s. Selon cet auteur, on trouve dès 1833, dans les archives de la *Metropolitan Police Force*, mention d'une première forme d'admonestation à la place des poursuites, l'extension de l'admonestation comme traitement de la délinquance juvénile s'effectuant dans les premières décennies du XX^{ème} siècle au coup par coup. Les historiens relèvent toutefois des modes de *diversion* plus frustrés. Voir ainsi, C. EMSLEY, « The Thump of Wood on a Swede Turnip : Police Violence in Nineteenth Century England » (1985) 6 *Criminal Justice History* 125, qui parle de « menottage musclé ». Voir également, J. S. DAVIS, « Prosecutions and their context ; the Use of the Criminal Law in Later Nineteenth-Century London » in D. HAY et F. SNYDER (dir.), *Policing and Prosecution in Britain 1750-1850, op. cit.*, p. 408 et s., qui évoque, quant à elle, le placement en cellule pour la nuit pour traiter les états d'ivresse et les tapages. Sur les formes de *diversion* précédant la création de la police moderne, voir G. DINGWALL et C. HARDING, *Diversion in the Criminal Process, op. cit.*, p. 19 et s.

⁵³⁹ HOME OFFICE, *Home Office Circular* 70/1978.

⁵⁴⁰ HOME OFFICE, *Cautioning by the Police : a Consultative Document*, 1984.

⁵⁴¹ ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc.

⁵⁴² HOME OFFICE, *Home Office Circular* 14/1985.

⁵⁴³ HOME OFFICE, *Cautioning by the Police : a Consultative Document*, préc., p. 7.

poursuivi par cette circulaire était de mettre fin aux disparités constatées dans la pratique du *cautioning*⁵⁴⁴. La circulaire 14/1985 prévoyait ainsi que les *formal cautions* ne pouvaient être utilisées que pour traiter de jeunes primo-délinquants, lorsque l'infraction reprochée était de faible gravité et qu'il apparaissait peu probable qu'elle donne lieu à des poursuites (elle excluait expressément le recours au *cautioning* pour le meurtre, le viol, l'incendie criminel, la mise en danger de la vie d'autrui). Pour apprécier la gravité, la circulaire précisait qu'il convenait de se référer au dommage causé à la personne ou à son patrimoine. Cette circulaire rappelait les trois conditions posées par la circulaire 70/1978 pour l'édition d'une *formal caution* (nécessité de disposer de preuves, d'obtenir l'accord du jeune délinquant et l'accord de ses parents). La *formal caution* ne devait pas être exclue lorsque le délinquant avait déjà fait l'objet d'une précédente *caution* lorsqu'un certain laps de temps s'est écoulé depuis la dernière *caution*. Elle pouvait être utilisée en justice même si le *Home Office* suggérait que la délivrance de *cautions* et les condamnations antérieures devaient être présentées séparément au magistrat pour s'assurer qu'il n'y ait pas de confusion entre les deux types de décisions. L'enregistrement de la *caution* devait être détruit lorsque le jeune délinquant atteignait l'âge de dix-sept ans. Cette circulaire a été modifiée par une circulaire de 1990⁵⁴⁵, puis par une circulaire de 1994⁵⁴⁶ et par les *National Standards for Cautioning*.

⁵⁴⁴ N. TUTT et H. GILLER, « Police Cautioning on Juveniles : The Continuing Practice of Diversity », [1987] *Crim LR* 367. Les auteurs constatent une augmentation importante du nombre de *formal cautions* délivrées : depuis le début des années 1980, le nombre de mineurs qui se sont vus délivrer de tels avertissements a dépassé le nombre de mineurs reconnus coupables. Selon eux, la question soulevée par ce phénomène est de savoir si les *formal cautions*, présentées comme des alternatives aux poursuites (*real diversion*), ne constitueraient pas plutôt des alternatives aux avertissements informels (*informal warnings*) et aux classements (*NFA : No Further Action*), conduisant à une extension du contrôle social (*net-widening*). Ils laissent sous-entendre que cette dernière réponse semble être la bonne. Ils relèvent également, dans cette étude, que la circulaire n'a pas réussi à réduire les disparités locales dans les pratiques du *cautioning*, et considèrent que la circulaire 14/1985 a accéléré le phénomène mais ne l'a pas initié. Voir cependant, R. EVANS et C. WILKINSON, « Police Cautioning of Juveniles : The Impact Of Home Office Circular 14/1985 », [1990] *Crim LR* 165. Ces auteurs critiquent la méthodologie employée par N. Tutt et H. Giller et rejettent la théorie du *net-widening* dont la validité n'a pas, selon eux, été démontrée. Ils adhèrent cependant au constat de l'échec de l'harmonisation géographique des pratiques policières et de l'augmentation du nombre de *formal cautions* délivrées par la police. Ils constatent, en outre, le développement de pratiques *precautioning*, constituées par des avertissements informels (*informal warnings*) utilisés de façon discrétionnaire par la police, qui sont parfois notés sur des registres, délivrés seulement pour les infractions les moins graves alors qu'ils ne devraient pas donner lieu à inscription selon les directives du *Home Office* (par exemple, parce que le mineur n'a pas atteint l'âge de la responsabilité pénale). Ils s'inquiètent, par ailleurs, sans avoir pu le constater clairement, de la possible utilisation de ces *informal warnings* lorsque les conditions pour recourir aux *formal cautions* ne sont pas réunies : ces substituts au *cautioning* présentent, selon eux, le danger de ne pas être entourés des garanties afférentes au *cautioning*, comme la nécessité de recueillir des preuves suffisantes de l'infraction ou de respecter les garanties entourant le consentement du mineur. Pour un rappel des discussions doctrinales de la théorie du *net-widening*, voir M. LEE, « Admonestation policière et justice des mineurs : au mieux des intérêts de qui ? », art. préc., p. 46 et s.

⁵⁴⁵ HOME OFFICE, *Home Office Circular* 59/1990. Sur l'impact de cette circulaire, voir D. WESTWOOD, « The Effects Of Home Office Guidelines On The Cautioning Of Offenders », [1991] *Crim LR* 591. Après s'être livré à une étude des statistiques policières dans les comtés de Avon et de Somerset, l'auteur considère que les différences constatées quant au taux de *cautioning*, à l'intérieur et entre les forces de police, sont dues au strict suivi par la police de certains aspects seulement de la circulaire de 1985, plutôt qu'à une divergence dans les

Depuis le *Crime and Disorder Act* 1998, ces avertissements ne peuvent être utilisés qu'à l'encontre d'adultes⁵⁴⁷ puisque ce texte est venu substituer aux *cautions*, pour les mineurs, un système de réprimandes et de mises en garde (*reprimands and warnings*).

La pratique a vu émerger de nouveaux modes d'avertissement, les *warnings*, et le régime des *cautions* a été plusieurs fois modifié : par une circulaire de 2005⁵⁴⁸ puis par une circulaire de 2008⁵⁴⁹, qui remplace les anciennes *formal cautions* par des *simple cautions* qu'il convient de distinguer des *conditional cautions*, par une circulaire du *Ministry of Justice* du 8 avril 2013⁵⁵⁰, puis, dernièrement, par une circulaire de ce ministère du 14 novembre 2013 qui constitue désormais le droit positif applicable en la matière⁵⁵¹. Il convient de préciser qu'en toute hypothèse, la police conserve le pouvoir de délivrer des avertissements informels (*informal cautions*).

Aussi, distinguerons-nous les *warnings* (a) des *cautions* (b).

a. Les *warnings*

193. En 2004, furent introduits les « *Cannabis Warnings* », complétés, en 2014, par les « *Khat Warnings* », qui sont des avertissements administrés par un officier de police dans la rue ou au commissariat pour traiter les infractions de possession de petites quantités de cannabis ou de khat. Ces avertissements s'inscrivent dans un schéma de réponses à cette forme de délinquance : un primo-délinquant doit recevoir un avertissement, un réitérant une *Penalty Notice for Disorder* et, pour une seconde réitération, il doit être poursuivi.

Selon le ministère de la justice anglais, l'officier de police qui administre un tel avertissement doit disposer de preuves suffisantes pour que l'infraction puisse être éventuellement poursuivie devant le juge. L'infacteur, qui doit être âgé d'au moins dix-huit

pratiques. Selon la circulaire de 1985, en effet, « les facteurs particuliers qui devront peser dans la décision de savoir si la poursuite est justifiée par l'intérêt public seront la gravité de l'infraction ainsi que le passé judiciaire et la personnalité du délinquant ». Et les différences s'expliquent par la prise en compte plus ou moins importante de tel ou tel facteur : le passé du délinquant ou la gravité de l'infraction. L'auteur conclut que la circulaire de 1990 ne modifiera pas substantiellement ces différences. Voir également, pour un constat de disparités, R. EVANS, « Police Cautioning and The Young Adult Offender », [1991] *Crim LR* 598 et 609 et « Comparing Young and Adult Juvenile Cautioning in the Metropolitan Police », [1993] *Crim LR* 572.

⁵⁴⁶ HOME OFFICE, *Home Office Circular* 18/1994.

⁵⁴⁷Pour une présentation du *Crime and Disorder Act* 1998, voir J. FIONDA, « Crime and Disorder Act 1998 : New Labour, Old Hat : Youth Justice and The Crime and Disorder Act 1998 », [1999] *Crim LR* 36 ; N. PADFIELD, « The Crime and Disorder Act 1998 : Part 2 », (1998) 9 *Arch. News* 5.

⁵⁴⁸ HOME OFFICE, *Home Office Circular* 30/2005.

⁵⁴⁹ HOME OFFICE, *Home Office Circular* 016/2008.

⁵⁵⁰ MINISTRY OF JUSTICE, *Guidance on Simple Cautions*, 8 avr. 2013.

⁵⁵¹ MINISTRY OF JUSTICE, *Simple Cautions for Adult Offenders*, 14 nov. 2013.

ans, doit reconnaître l'infraction, même si son consentement à l'avertissement n'est pas requis⁵⁵².

L'avertissement permet à l'officier de police de saisir la drogue. Il ne fait pas l'objet d'une inscription au casier judiciaire mais sera mentionné dans les fichiers de la police locale.

b. Les *cautions*

194. Les *simple adult cautions*. La *cautioning* vise à offrir, selon le ministère de la justice, une réponse proportionnée à des infractions de faible gravité lorsque l'infracteur a reconnu l'infraction, à rendre une justice rapide, simple et efficace qui produit un effet dissuasif, à enregistrer la conduite infractionnelle d'un individu afin qu'elle puisse servir au besoin de référence dans des procédures pénales futures ou d'élément pertinent dans un contrôle de sécurité, à réduire les risques de récidive, à permettre aux officiers de police de se dégager du temps pour traiter des affaires plus graves et de réduire la charge de travail des juridictions⁵⁵³.

Selon la circulaire, une *simple caution* doit être employée pour des infractions de faible gravité, à l'encontre de primodélinquants⁵⁵⁴. A la suite de la *Review on Simple Caution* diligentée en avril 2013 par le *Secretary of State for Justice*, le *Home Secretary* et l'*Attorney General*, il fut préconisé que les *simple cautions* ne puissent désormais plus être normalement utilisées pour répondre à des *indictable offences* ni à des infractions commises en état de réitération⁵⁵⁵. Aussi, la circulaire précise-t-elle qu'une *caution* ne peut être utilisée pour des infractions plus graves que dans des circonstances exceptionnelles et à condition d'être autorisée par un officier ayant rang de *superintendent*, si l'infraction est une *either-way offence* spécifiée, et par le *CPS*, si l'infraction est une *indictable offence*⁵⁵⁶. En toute hypothèse, le *CPS*, qui doit décider

⁵⁵² MINISTRY OF JUSTICE, *Quick Reference Guides to Out of Court Disposals*, juill. 2014, p. 5. Sur les « *Cannabis Warnings* », voir H. WARBURTON, T. MAY et M. HOUGH, « Looking the Other Way : the Impact of Reclassifying Cannabis on Police Warnings », (2005) 45 *BJ Crim.* 113.

⁵⁵³ *Ibid.*, § 5.

⁵⁵⁴ MINISTRY OF JUSTICE, *Simple Cautions for Adult Offenders*, préc., § 13.

⁵⁵⁵ HM GOVERNMENT et COLLEGE OF POLICING, *Review on Simple Caution*, nov. 2013, spéc. § 9, qui recommande au gouvernement de « supprimer la possibilité de recourir aux *simple cautions* pour les *indictable only offences*, à moins qu'il n'existe des circonstances très exceptionnelles et que la *caution* soit approuvée par un *Chief Officer* » et de restreindre l'utilisation des *simple cautions* « pour certaines *either way offence* particulièrement graves qui entraînent en principe le prononcé d'une peine privative de liberté (...) ».

⁵⁵⁶ *Ibid.*, §§ 14, 15 et 23.

d'une poursuite, peut préférer prescrire à la police d'administrer une *caution*. Cette décision s'impose à la police⁵⁵⁷.

La circulaire envisage les circonstances particulières dans le déroulement de l'infraction qui augmentent ou diminuent la gravité des faits et renvoie, pour leur appréciation, aux *Gravity Factors Matrix* rédigées par le *College of Policing*⁵⁵⁸, mais, généralement, plus les infractions sont graves, plus des poursuites sont exigées. Elle envisage également la victime, précisant que, lorsque cela est possible, il est important de recueillir, préalablement à la décision de recourir à une *simple caution*, les observations de celle-ci et d'établir le moyen envisagé pour y répondre, la nature et l'étendue du dommage qui lui a été causé, si l'auteur lui a fourni une quelconque forme de réparation ou lui a octroyé une forme de compensation pécuniaire. Elle précise cependant expressément que l'officier de police ne doit pas intervenir dans les négociations relatives à la réparation du préjudice qui seraient éventuellement en cours entre la victime et l'auteur des faits. Elle ajoute qu'il convient d'informer la victime que, si les observations qu'elle peut formuler seront prises en compte, elles ne sont en aucun cas décisives, la décision finale étant à la discrétion de l'officier de police. Ainsi, si elle ne souhaite pas que l'officier de police délivre une *simple caution*, cela ne signifie pas que le policier classera l'affaire (*No Further Action*) mais, au contraire, qu'il restera libre d'apprécier si l'intérêt public commande que soit délivré un avertissement.

La décision de recourir à une *simple caution* doit être prise conformément au *Director of Public Prosecution's Guidance on Charging*⁵⁵⁹. En conséquence, l'« *evidential test* » et le « *public interest test* », requis pour que soient engagées des poursuites, doivent être satisfaits. Avant d'administrer une *caution*, l'officier de police doit s'assurer que la personne a eu l'opportunité de recevoir les conseils d'un avocat⁵⁶⁰. La *caution* doit être considérée comme acceptée une fois que l'auteur aura signé un document décrivant les circonstances de l'infraction et attestant qu'il a conscience des conséquences de la *caution*. Copie de ce document doit lui être remise.

195. Les *simple youth cautions*. Le *Crime and Disorder Act 1998 (CDA)* donnait pour la première fois un fondement légal au système général du *cautioning*. Il introduisait ainsi des modifications importantes dans le système des alternatives aux poursuites pour les jeunes

⁵⁵⁷ *Ibid.*, §§ 38-39.

⁵⁵⁸ HOME OFFICE, *Home Office Circular 016/2008*, préc. § 3.

⁵⁵⁹ *The Director's Guidance on Charging, Guidance to Police Officers and Crown Prosecutors Issued by the Director of Public Prosecutions under S37A of the Police and Criminal Evidence Act 1984*, 5^{ème} éd., mai 2013.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, § 76.

délinquants. Les sections 65 et 66 du *CDA* supprimaient en effet, à l'égard de ces derniers, le système des avertissements formels (*cautions*) et les remplaçaient par un système de réprimandes et de mises en garde (*reprimands and warnings*)⁵⁶¹.

Les conditions du recours aux *reprimands and warnings* étaient prévues par la section 65 (1) et (3) du *CDA*.

Ainsi, il ne pouvait être délivré de *reprimands and warnings* qu'à la condition que :

- « (1) (a) l'officier de police dispose de preuve qu'un enfant ou un adolescent (le délinquant) a commis une infraction ;
- (b) l'officier de police considère que les preuves sont telles que, si le délinquant était poursuivi, il y aurait des chances réalistes qu'il soit condamné ;
- (c) le délinquant a reconnu face à l'officier de police qu'il a commis l'infraction ;
- (d) le délinquant n'a pas déjà été condamné pour une infraction ; et
- (e) l'officier est convaincu qu'il n'est pas conforme à l'intérêt public que le délinquant soit poursuivi ».

La section 65 du *CDA* précisait également que :

- « (3) L'officier peut mettre en garde le délinquant si
- (a) le délinquant n'a pas déjà été mis en garde ; ou
- (b) lorsque le délinquant a déjà été mis en garde, l'infraction a été commise plus de deux ans après la date de la dernière mise en garde et l'officier considère que l'infraction n'est pas d'une gravité telle qu'elle nécessiterait que des poursuites soient intentées ; mais personne ne peut être mis en garde en application du (b) plus de deux fois ».

⁵⁶¹ Sur le système mis en place par le *CDA* 1998, voir G. A. ANTONOPOULOS, A. GEORGIOS et J. A. WINTERDYK, « The British 1998 Crime and Disorder Act : A Restorative Response to Youth Offending », (2003) 11(4) *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.* 386. Pour une critique, voir S. FIELD, « Early Intervention and the 'New' Youth Justice : A Study of Initial Decision-Making », [2008] *Crim LR* 177. L'auteur relève que, malgré l'encadrement légal des *reprimands and warnings* et l'utilisation des critères de gravité établis par l'Association des *Chief Officers*, « la construction de la décision avant-procès dans la justice des mineurs reste un processus hautement discrétionnaire enraciné dans un jugement personnel, et ce, malgré un encadrement légal très élaboré de la prise de décision et des critères fondés aujourd'hui sur la question relativement circonscrite de la gravité de l'infraction. L'appréciation personnelle n'intervient pas seulement dans la détermination de la catégorie d'infractions pouvant donner lieu à une telle décision, mais aussi dans l'identification de facteurs diminuant ou augmentant la gravité de l'infraction, ainsi que dans l'évaluation de leur pertinence et de leur portée ». Il se demande ainsi si un officier de police constitue la personne la mieux placée pour prendre de telles décisions à l'encontre de mineurs. Il propose de lui conserver la décision de délivrer une réprimande, mais de créer une procédure de co-décision s'agissant des mises en garde en lui adjoignant un spécialiste des questions de l'enfance, tel un membre du *Youth Offending Team*.

Aux termes de la section 65 (4) du *CDA*, « lorsque le délinquant n'a pas déjà été réprimandé, l'officier doit privilégier la mise en garde plutôt que la réprimande s'il considère que l'infraction est d'une gravité telle qu'elle nécessiterait une mise en garde ». Ainsi, le *CDA* instaurait une certaine hiérarchie entre les deux mesures : une réprimande est une mesure moins formelle destinée à être utilisée en premier, pour les infractions de faible gravité. Elle s'apparentait à une *informal caution*, à cette différence près que la réprimande était enregistrée. La mise en garde constituait une mesure plus formelle, destinée aux délinquants qui avaient déjà reçu une réprimande ou à ceux ayant commis une infraction d'une gravité telle qu'une réprimande ne pouvait paraître suffisante. Le *CDA* précisait que, lorsque le délinquant était âgé de moins de dix-sept ans, l'officier ne devait délivrer une réprimande ou une mise en garde qu'en présence d'un adulte « approprié »⁵⁶² et expliquer au mineur, ou à l'adulte « approprié » lorsque le mineur est âgé de moins de dix-sept ans, les conséquences de sa décision, dans un langage compréhensible⁵⁶³.

Ce système fut remplacé par la section 135 du *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*, qui est venu insérer les sections 66ZA et 66ZB au *Criminal and Disorder Act 1998* et substituer aux *reprimands and warnings* les *youth cautions*. L'objectif de la réforme fut d'introduire plus de flexibilité⁵⁶⁴. Désormais, les *youth cautions* peuvent être administrées « sans ordre particulier et il est toujours possible d'y recourir même si la jeune personne a été antérieurement condamnée »⁵⁶⁵. Tout type d'infraction est susceptible de faire l'objet d'une *youth caution*, mais, lorsque l'infraction constitue une *indictable offence*, l'administration d'un tel avertissement requiert l'autorisation préalable du *CPS*⁵⁶⁶. Après l'administration d'une *youth caution*, l'officier de police doit orienter le jeune infracteur vers une équipe de prise en charge des jeunes délinquants – *Youth Offending Team (YOT)*. Si celui-ci reçoit un second avertissement, l'équipe doit procéder à son évaluation et envisager de mettre en place un programme d'intervention visant à prévenir la récidive, étant précisé que la mise

⁵⁶² C'est-à-dire, selon la section 65 (7) (a) (b) et (c) du *Crime and Disorder Act 1998*, un de ses parents ou gardiens ou, s'il est confié aux soins d'une autorité locale ou d'une association, un représentant de cette autorité ou de cette association, à défaut un agent des services sociaux ou, à défaut, toute personne âgée de plus de 18 ans qui n'est ni officier de police ni employée par la police.

⁵⁶³ *Crime and Disorder Act 1998*, section 65 (5) (a) et (b). Pour une critique du rôle qui est assigné aux adultes dans le *Crime and Disorder Act 1998*, voir J. WILLIAMS, « The Crime and Disorder Act 1998 : Conflicting Roles for the Appropriate Adult », [2000] *Crim LR* 911. Selon cet auteur, « [l]es dispositions de la loi relative à l'adulte approprié constituent un développement fâcheux fondé sur une mauvaise compréhension de leur rôle (...) ».

⁵⁶⁴ En ce sens, R. ELLIS et S. BIGGS, « Simple cautions », (2013) 5 *Arch. Rev.* 6, qui relèvent qu'un schéma moins rigide que la structure graduelle issue du *Crime and Disorder Act 1998* peut être utile, « mais la discrétion supplémentaire implique qu'une plus grande responsabilité pèse sur l'officier de police ».

⁵⁶⁵ MINISTRY OF JUSTICE, *Youth Cautions. Guidance for Police and Youth Offending Teams*, 8 avr. 2013, § 1.6.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, § 4.3.

en place de ce programme est possible dès le premier avertissement si l'équipe l'estime nécessaire. Aucune peine n'est fulminée en cas de méconnaissance par le jeune infracteur du programme qui serait mis en place, mais il pourra être fait mention de cette méconnaissance dans toute procédure future.

2. Les *penalties*

196. La Commission Runciman avait préconisé d'introduire en droit anglais un mécanisme offrant aux autorités de poursuites la possibilité d'infliger une amende en lieu et place d'une poursuite⁵⁶⁷. Toutefois, il faudra attendre la fin des années 1980 pour voir ce mécanisme consacré par le législateur anglais, avec les *Fixed Penalty Notices (FPNs)*, et le début des années 2000 pour assister à son développement, avec les *Penalty Notices for Disorder (PNDs)*.

197. **Les *Fixed Penalty Notices*.** Les *Fixed Penalty Notices* furent introduites en droit anglais par le *Road Traffic Act* 1956 et étendues par le *Road Traffic Offenders Act* 1988. Elles permettent à la police de prendre en charge le traitement de nombreuses infractions routières⁵⁶⁸. Le schéma fut étendu à d'autres infractions telles que le fait de jeter des débris sur la voie publique et d'autres infractions liées à la protection de l'environnement. Une *Fixed Penalty Notice* peut être délivrée par la police, les officiers appartenant à l'autorité locale ou l'Agence pour l'environnement (*Environment Agency*), et leur montant peut varier entre 50 et 500 livres. Si l'amende est réglée dans les 14 jours de son infraction, le montant en est réduit de moitié. La personne ainsi verbalisée peut contester l'avis devant le juge.

Les sections 52 et 68 de l'*Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act (ASBCPA)* 2014 étendent le domaine des *FPNs* en permettant à tout *constable* ou à l'autorité locale de délivrer une *FPN* d'un montant maximum de 100 livres en cas de violation d'un arrêté de protection de la communauté (*Community Protection Order*)⁵⁶⁹ ou d'un arrêté de protection des espaces (*Spaces Protection Order*)⁵⁷⁰ qu'il ou elle aurait pu préalablement délivrer.

⁵⁶⁷ ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE, Cm. 2263, *Report*, HMSO, Londres, 1993, p. 83, § 63. Sur les questions soulevées par l'introduction de ce pouvoir de sanction en Angleterre au regard de la pratique écossaise, voir P. DUFF, « The Prosecutor Fine », (1994) 14(4) *Oxford Journal of Legal Studies* 565.

⁵⁶⁸ Sur le traitement des infractions routières en Angleterre, voir R. G. FOX, *Criminal Justice On-the-Spot : Infraction Penalties in Victoria*, Australian Studies in Law, Crime and Justice, Australian Institute of Criminology, Canberra, 1995, pp. 21-28.

⁵⁶⁹ Un arrêté de protection de la communauté est, aux termes de la section 43 de l'*ASBCPA* 2014, un arrêté pouvant être pris par tout *constable* ou l'autorité locale à l'encontre d'un individu âgé de plus de 16 ans ou d'un organisme dont le comportement est déraisonnable et développe des effets néfastes, de nature persistante ou

198. Les *Penalty Notices for Disorder*. Le *Criminal Justice and Police Act (CJPA)* 2001 introduisit ce mécanisme, sous le nom de *Penalty Notices for Disorder (PNDs)*, en dehors des seules infractions routières, au profit de la police⁵⁷¹. La section 2 du *CJPA* 2001 permet ainsi à l'officier de police qui « a des raisons de croire » qu'une personne a commis l'une des infractions listées de prononcer une amende forfaitaire. L'officier doit cependant disposer de preuves suffisantes et l'infraction ne doit pas être grave ou commise préalablement ou à la suite d'une autre infraction⁵⁷². Si la *penalty* est payée dans un délai de 21 jours – *Suspended Enforcement Period (SEP)* –, toute poursuite subséquente est impossible pour cette infraction. Le paiement n'équivaut pas à une reconnaissance de culpabilité⁵⁷³ et le casier judiciaire de la personne n'en portera pas mention⁵⁷⁴. Toutefois, une poursuite sera possible si l'infraction sanctionnée se révèle finalement plus grave ou si, ayant pris connaissance du casier judiciaire de l'individu, l'officier estime qu'une *PND* se révèle finalement inadéquate⁵⁷⁵. Pendant ce délai de 21 jours, la personne peut contester la *PND* et demander à être jugée selon la procédure de droit commun : le *CPS* devra alors apprécier s'il convient d'engager des poursuites et la peine encourue sera celle fixée par la loi pour l'infraction en cause. Passé le délai de 21 jours, si aucune contestation n'a été portée devant le juge, la *penalty* est majorée de 50 %, est enregistrée par la juridiction comme impayée et peut être recouvrée en conséquence, mais aucune condamnation ne figurera sur le casier judiciaire de l'individu.

Initialement limitées aux personnes âgées de plus de dix-huit ans, les *PNDs* ont été étendues, à partir de 2003, aux infracteurs âgés de seize à dix-huit ans pour une liste d'infractions, puis, à partir de 2005, aux infracteurs âgés de dix à quinze ans⁵⁷⁶. Le nombre

permanente, sur la qualité de vie des personnes de la localité, prescrivant à celui-ci une obligation de faire, de ne pas faire ou de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour prévenir ou faire cesser les effets de son comportement.

⁵⁷⁰ Un arrêté de protection des espaces est, aux termes de la section 59 de l'*ASBCPA* 2014, un arrêté pouvant être pris par l'autorité locale et interdisant de se livrer dans l'espace public délimité à certaines activités et/ou obligeant à se livrer à certaines activités dans cet espace, lorsque ces activités développent ou sont susceptibles de développer des effets néfastes sur la qualité de vie des personnes vivant dans la localité de façon persistante ou permanente.

⁵⁷¹ Sur le *CJPA* 2001, voir M. WASIK, « Legislating in the Shadow of the Human Rights Acts : The Criminal Justice and Police Act 2001 », [2003] *Crim LR* 931. Sur les *PND*, voir R. YOUNG, « Street Policing after PACE : The Drift to Summary Justice » et J. D. JACKSON, « Police and Prosecutors after PACE : The Road from Case Construction to Case Disposal » in E. CAPE et R. YOUNG (ed.), *Regulating Policing. The Police and Criminal Evidence Act 1984. Past, Present and Future*, Hart Publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2008, p. 149 et s. et p. 255 et s.

⁵⁷² MINISTRY OF JUSTICE, *Penalty Notices for Disorder (PNDs)*, 24 juin 2014, §§ 1.13, 3.8 et 3.38.

⁵⁷³ *Ibid.*, § 1.6.

⁵⁷⁴ Toutefois, les *PND* délivrées pour les *recordable offences* doivent être enregistrées dans le *Police National Computer (PNC)*. *Ibid.*, § 5.1.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, § 5.3.

⁵⁷⁶ Section 87 (2), *Anti-social Behaviour Act* 2003, complétée par l'article 2 du *Penalties for Disorderly Behaviour (Amendment of Minimum Age) Order* 2004 (S.I. 2004/3166).

d'infractions pour lesquelles le recours aux *PNDs* est possible est passé de 10 à 29⁵⁷⁷. Celles-ci s'élèvent désormais à 90 livres pour les infractions les plus graves : faire perdre son temps à la police, être ivre et troubler l'ordre public, les vols à l'étalage d'un montant inférieur à 100 livres, les dégradations causées intentionnellement lorsqu'elles sont d'un montant inférieur à 300 livres, les menaces et injures telles que définies par la section 5 du *Public Order Act*, la possession de stupéfiants de catégorie B telle la résine de cannabis. Elles s'élèvent à 60 livres pour les infractions moins graves telles que la consommation d'alcool dans une zone où cela est interdit, l'utilisation des transports sans billets, la possession de stupéfiants de catégorie C tel le khat⁵⁷⁸. Lorsque l'individu a entre seize et dix-huit ans, le montant des *PNDs* est fixé à 40 livres pour les infractions les plus graves et à 30 livres pour les infractions les moins graves.

B. Les réponses pénales en droit français

199. Les réponses pénales du droit français consistent historiquement en deux types de réponses : la médiation (1) et l'amende forfaitaire (2).

1. La médiation

200. *Une pratique ancienne.* En France, le recours à des réponses pénales de nature non-juridictionnelle n'est assurément pas nouveau. Dès le XIX^{ème} siècle, Bonneville de Marsangy vantait les mérites de l'avertissement officieux délivré par le magistrat du parquet, pratique qui manifestait l'émergence d'une troisième voie, intermédiaire entre le classement pur et simple et la poursuite et généralement utilisée davantage pour résoudre des contestations d'ordre privé que pour répondre à un trouble sérieux à l'ordre public⁵⁷⁹. Sous l'empire du code de procédure pénale, la pratique fut reprise et améliorée. Dans les années

⁵⁷⁷ Sur ce développement, voir S. GRACE, « 'Swift, Simple, Effective Justice ?' Identifying the Aims of Penalty Notices for Disorder and Whether these have been Realised in Practice », (2014) 53(1) *The Howard Journal* 69, spéc. 70.

⁵⁷⁸ Voir ainsi la liste établie par MINISTRY OF JUSTICE, *Penalty Notices for Disorder (PNDs)*, préc., § 7.

⁵⁷⁹ Voir ainsi, BONNEVILLE DE MARSANGY (A.), *De l'amélioration de la loi criminelle, en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, 2^{ème} partie, Cosse & Marchal, 2^{ème} éd., Paris, 1864, p. 185, qui plaide pour un dépassement de l'intervention répressive du ministère public entouré de « l'imposant appareil d'une poursuite juridique » et en faveur d'« une intervention toute officieuse, toute paternelle, toute de conseils et d'avertissements, qui, surveillant les actions du méchant, enchaîne du regard sa perversité et l'arrête au moment où il va peut-être frapper une victime ! ». Sur la pratique de l'avertissement préventif, voir C. BRUSCHI (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIX^{ème} siècle*, PUF, coll. « Droit et justice », Paris, 2002, p. 100 et s. ; X. MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^{ème} siècle », art. préc., p. 90 et s.

1980, certains parquets mirent en place des expériences de conciliation pénale pour traiter des conflits de faible gravité, notamment des conflits de voisinage⁵⁸⁰. Une circulaire du 7 octobre 1988 a été le premier texte officiel à définir la médiation pénale. Selon ce texte, la médiation pénale consiste, « sous l'égide d'un tiers, à mettre en relation l'auteur et la victime afin de trouver un accord sur les modalités de la réparation, mais aussi de rétablir un lien et de favoriser, autant que possible, les conditions de non-répétition de l'infraction, alors même que les parties sont appelées à se revoir ». Une circulaire du 2 octobre 1992 incite d'ailleurs à y recourir dans le domaine des conflits familiaux, des conflits de voisinage et, de manière plus générale, des conflits relationnels. Ces initiatives furent consacrées par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale⁵⁸¹.

201. Une consécration récente. L'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 avait inséré un alinéa 6 à l'article 41 du code de procédure pénale permettant au procureur de la République, préalablement à sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, de « décider de recourir à une médiation s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction ». Théoriquement, le

⁵⁸⁰ Voir ainsi, T. LEBEHOT, « Le cadre juridique de la médiation pénale », *AJ pén.* 2011, p. 216 et s., et G. APAP, « La conciliation pénale à Valence », *RSC* 1990, p. 633 et s. Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Valence, Georges Apap fait état, en 1990, de la mise en place de la conciliation comme troisième voie opportune pour le traitement des conflits de voisinage. Selon lui, une poursuite entraîne en général l'aggravation de la situation, les plaideurs habitant souvent le quartier et étant amenés à se rencontrer de nouveau. A l'inverse, un classement sans suite laisserait la victime insatisfaite. Voir également, F.-J. PANSIER, « Le traitement direct du procureur Moinard à Bobigny », *RSC* 1993, p. 163 et s. ; M. GUILBOT et S. ROJARE, « La participation du ministère public à la médiation » in Actes du colloque organisé par le CRPC sur la médiation le 25 octobre 1991 (cour d'appel de Paris), *APC* 1992, n° 14, p. 39 et s. ; C. LAZERGES, « Essai de classification des procédures de médiation », *APC* 1992, n° 14, p. 17 et s. et « Typologie des procédures de médiation pénale », *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 217 et s.

⁵⁸¹ Alors que la Chancellerie n'estimait pas opportune une intervention du législateur, un amendement fut déposé par la commission des lois de l'Assemblée nationale lors de l'examen du projet de loi de réforme de la procédure pénale qui complétait l'article 41 du code de procédure pénale relatif à l'action du procureur de la République. L'amendement fut adopté malgré l'opposition du Sénat. Sur cette loi, voir G. BLANC, « La médiation pénale (commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale) », *JCP* 1994, I, 3760, spéc. n° 4, qui approuve l'intervention du législateur : « (...) l'absence de cadre législatif entraînait la diversité des pratiques, notamment quant aux critères de sélection des affaires. Dès lors il paraissait difficile de considérer que le principe d'égalité entre les justiciables était parfaitement respecté ». Dans le même sens, voir J. LEBLOIS-HAPPE, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC* 1994, p. 525 et s., qui approuve la légalisation opérée : « (...) l'existence d'une telle pratique semblait difficilement compatible avec le principe de légalité. En outre, la légalisation s'avérait indispensable pour assurer l'égalité de traitement de tous les délinquants (...). Enfin l'institutionnalisation de la médiation a eu le mérite d'asseoir le contrôle judiciaire exercé sur la mesure ». Il relève, également, que « [l]a consécration de la médiation par la loi a de plus permis de situer cette dernière au sein des réponses judiciaires à la petite délinquance et d'achever la hiérarchisation de celles-ci qui avait été entamée en 1975 ».

procureur peut décider de recourir à la médiation pour n'importe quelle catégorie d'infraction, même s'il paraît peu probable qu'il y soit recouru en matière criminelle.

2. L'amende forfaitaire

202. Origines de l'amende forfaitaire. En 1926, à propos de la procédure simplifiée du droit suisse qui exclut toute intervention du juge si le contrevenant accepte de payer immédiatement le montant de l'amende encourue à l'agent verbalisateur, les Garraud écrivaient qu'un tel système « est bien dangereux au point de vue des mœurs publiques car il permet aux contrevenants riches de violer impunément et indéfiniment les règlements de police, au prix d'une sanction pécuniaire tarifée d'avance ; dangereux au point de vue de la répression, parce qu'il permet l'arbitraire des agents verbalisateurs, dont le recrutement n'est pas tel qu'on ne puisse prévoir que certains s'abstiendront, ou agiront au gré ou bien de leurs sympathies (...) »⁵⁸². Aussi, « ces considérations suffisent à faire condamner toute réforme qui se placerait sur ce terrain : on observera en outre qu'il y aurait là une institution tout à fait contraire aux principes généraux de notre droit procédural »⁵⁸³.

En dépit des arguments avancés par les auteurs, le décret-loi du 28 décembre 1926 autorisera les contrevenants à régler immédiatement le montant de l'amende correspondant à l'infraction relevée en matière de police de la circulation, sans intervention du juge répressif⁵⁸⁴. La loi n° 66-484 du 6 juillet 1966 tendant à simplifier le paiement de l'amende

⁵⁸² GARRAUD (R.) et (P.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome IV, Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1926, n° 1617, p. 710. Voir également, LEGEAIS (R.), « L'oblation volontaire et l'amende de composition ou les procédures sans débats en droit pénal français », *RIDP* 1962, p. 466, qui s'oppose à l'extension des procédures sans débats : « (...) il n'est pas bon d'affadir la justice et (...) l'infraction, fût-elle vénielle, appelle toujours la rencontre du coupable et du juge ». *Contra*, BOITARD (M.), « La transaction pénale en droit français », *RJC* 1941, p. 151 et s., spéc. p. 186, qui relève que « ce que l'on redoute, c'est de laisser à un agent de l'autorité la décision sur l'opportunité de poursuites judiciaires, mais une telle faculté n'appartient-elle pas déjà au ministère public ? Prétendre que le contrevenant est livré à l'arbitraire de l'administration est d'ailleurs excessif. La transaction pénale est toujours facultative pour le délinquant. En se refusant à transiger, ce dernier, traduit devant les juridictions de droit commun, sera rendu à ses juges et échappera ainsi à l'arbitraire d'un fonctionnaire dont l'omnipotence n'était qu'apparente ». Puisqu'il s'agit d'une « sanction modérée, efficace et fructueuse », l'oblation « 'sourit' au délinquant et à l'administration », son extension permettrait « aux juges de paix de se consacrer plus entièrement aux affaires civiles en réduisant à la portion congrue leur compétence comme juges de police (...) ». Sur les discussions ayant précédé l'adoption de la procédure de l'amende forfaitaire, voir KAHN (P.), « Les modifications de procédure en matière de simple police [ordonnance pénale]. Rapport et discussion » et TOUDOIRE (M.), « Rapport de la première section sur les projets de réforme de la procédure prévue en matière de contraventions de simple police », *RPDP* 1921, n° 4, p. 238 et s., et n° 6, p. 253 et s.

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ Décret concernant l'unification des compétences en matière de police de la circulation et de la conservation des voies publiques, *JO* 30 déc. 1926. Sur le développement de cette « oblation volontaire », voir LEGEAIS (R.), « L'oblation volontaire et l'amende de composition ou les procédures sans débats en droit pénal français », art. préc., spéc. n° 2, p. 450, qui relève que, « pour ne jamais renoncer aux débats, il eût fallu

forfaitaire viendra étendre le champ d'application de l'amende forfaitaire à paiement immédiat aux infractions en matière de stationnement, et permettra de s'acquitter de l'amende forfaitaire par un paiement différé, par l'entremise d'un timbre-amende⁵⁸⁵. Si, initialement, le paiement entraînait l'arrêt de toute poursuite, il vient désormais, avec cette loi, éteindre l'action publique et exclure l'application des règles relatives à la récidive. La loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions crée l'amende pénale fixe pour les contraventions à la réglementation sur le stationnement. Les bases du système actuellement en vigueur sont posées. Faute de paiement ou de réclamation, le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule devient automatiquement redevable d'une amende pénale fixe qui est recouvrée par le Trésor public, sur le fondement d'un titre rendu exécutoire par le procureur de la République. À ce stade, il reste possible de former une réclamation auprès du ministère public. Celle-ci a pour effet d'annuler le titre exécutoire de l'amende pénale fixe. Le ministère public a alors pour choix, soit de procéder à un classement sans suite, soit d'engager des poursuites devant la juridiction de jugement. En cas de condamnation par le juge pénal, le montant de l'amende prononcée ne peut être inférieur au montant de l'amende forfaitaire ou de l'amende pénale fixe. La loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 portant diverses dispositions de procédure pénale et de droit pénal donne à l'amende pénale le nom d'amende forfaitaire majorée et étend cette procédure à l'ensemble des infractions passibles de l'amende forfaitaire. La loi n° 89-469 du 10 juillet 1989 relative à diverses dispositions en matière de sécurité routière et en matière de contraventions complète le système en créant l'amende forfaitaire minorée qui concerne les contraventions de la deuxième à la quatrième classe, hormis les infractions à la réglementation sur le stationnement.

203. L'amende forfaitaire en droit positif. Encadrée par les articles 529 et suivants du code de procédure pénale, cette procédure prévoit que, pour certaines contraventions, l'action publique est éteinte par le paiement d'une amende forfaitaire⁵⁸⁶. L'amende est payée

peu d'infractions ou beaucoup de juges. La société moderne, avec ses vagues de contraventions, allait appeler des procédures de répression rapides ». Voir également, HUGUENEY (L.), « L'extinction de l'action publique par les soins de la gendarmerie », *Rev. Gendarmerie* 1939, p. 3 et s., et THENARD (R.), « L'oblation volontaire en matière de contraventions à la police des chemins de fer et autres services de transports en commun », *RSC* 1940, p. 17 et s. ; CLERGUE (H.), *De la procédure de l'ordonnance pénale en matière de contraventions de simple police*, Thèse, Toulouse, 1926 ; BAILLE (V.), *La perception immédiate des amendes par l'agent verbalisateur*, Thèse, Dijon, 1929.

⁵⁸⁵ COMBALDIEU (R.), « La contravention à l'ère électronique (amende forfaitaire et timbre annuel) », *JCP* 1967, I, 2096.

⁵⁸⁶ En conséquence, antérieurement au paiement de l'amende par le contrevenant, le ministère public est libre de saisir le tribunal. Voir ainsi, Cass. crim., 12 mars 2002, *Bull. crim.* n° 61 ; *D.* 2002, 1531 : « (...) si, pour les

directement à l'agent verbalisateur ou par l'envoi d'un timbre-amende au service compétent. À défaut de paiement, l'amende forfaitaire est majorée de plein droit et elle est recouvrée par le Trésor public en vertu d'un titre exécutoire délivré par le ministère public (art. 529-2 CPP). Le champ d'application de la procédure d'amende forfaitaire est aujourd'hui extrêmement vaste, dans la mesure où il concerne les contraventions des quatre premières classes figurant sur une liste fixée par décret en Conseil d'Etat (art. R. 48-1 CPP)⁵⁸⁷. La procédure de l'amende forfaitaire n'est toutefois pas applicable dans le cas où plusieurs infractions ont été constatées simultanément alors que l'une au moins ne peut donner lieu à amende forfaitaire (art. 529 CPP).

204. Un accès au juge théoriquement préservé. L'éviction du juge de la procédure simplifiée est toutefois, en théorie, seulement potentiellement différée. La procédure réserve en effet le droit à l'intervention du juge de police ou correctionnel. Le contrevenant peut refuser la procédure en adressant soit une requête en exonération au stade de l'amende forfaitaire, soit une réclamation motivée au stade de l'amende forfaitaire majorée. Il peut

contraventions des quatre premières classes visées à l'article 529-6 du code de procédure pénale, l'action publique peut être éteinte par le paiement d'une amende forfaitaire, aucune disposition légale n'interdit au ministère public d'exercer l'action publique dans les conditions du droit commun ». De même, la victime qui entendrait demander réparation, après que l'action publique ait été éteinte par le paiement de l'amende, ne pourrait plus saisir le tribunal de police, faute d'action publique à corroborer, et devrait se tourner vers la juridiction civile. Et de puissants indices invitent à conclure que le paiement de l'amende forfaitaire ne saurait bénéficier d'aucune autorité sur le civil. En ce sens, voir J.-H. ROBERT, « L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », *Procédures* 2007, étude 19, spéc. n° 8, s'appuyant sur B. Rottier et relevant que la jurisprudence des formations civiles de la Cour de cassation adopte une conception très restrictive de l'aveu judiciaire, puisqu'elle exclut de cette catégorie l'aveu fait au cours d'une instance précédente, même opposant les mêmes parties. *A fortiori*, n'est qu'un aveu extrajudiciaire celui qui a été formulé au cours d'une enquête de police. Dès lors, selon l'auteur, « le paiement de l'amende forfaitaire appartient à la même catégorie et (...) il ne lie pas le juge ».

⁵⁸⁷ Cette liste recoupe les contraventions réprimées par le code de la route, pour l'essentiel, « qu'elles entraînent ou non un retrait des points affectés au permis de conduire ». En outre, la procédure d'amende forfaitaire concerne : les contraventions au code des assurances relatives à l'assurance obligatoire des véhicules terrestres à moteur et de leur remorque et semi-remorques ; les contraventions aux dispositions des arrêtés préfectoraux concernant la circulation, l'arrêt et le stationnement des véhicules dans les cours de gares ; les contraventions concernant la réglementation sur les transports routiers, l'exercice de la profession de commissionnaire de transport, les transports urbains de personnes et les transports routiers non urbains de personnes, le cabotage dans les transports routiers et fluviaux, les transports routiers de marchandises, la qualification initiale et la formation continue des conducteurs de certains véhicules affectés au transport routier de marchandises ou de voyageurs ; des contraventions en matière de protection de l'environnement ; des contraventions concernant la protection, la divagation, l'élevage, le transport, etc. d'animaux ; des contraventions relevant du code des postes et des communications électroniques ; des contraventions relevant du code de la santé publique ou, encore, du code rural et de la pêche maritime (art. R. 48-1 CPP). Le décret n° 2012-343 du 9 mars 2012 modifiant l'article R. 48-1 du code de procédure pénale ajoute à la liste des infractions relevant du dispositif de l'amende forfaitaire les bruits et tapages injurieux ou nocturnes troublant la tranquillité d'autrui (art. R. 623-2 CPP) et les bruits particuliers de nature à porter atteinte à la tranquillité du voisinage ou à la santé de l'homme (art. R. 1337-7 CSP). Le décret n° 2013-253 du 25 mars 2013 ajoute encore à la liste de l'article R. 48-1 du code de procédure pénale les contraventions des livres I et II de la quatrième partie réglementaire du code des transports.

ainsi contester dans les quarante-cinq jours qui suivent la constatation de l'infraction ou l'envoi de l'avis de contravention, en formulant une requête tendant à son exonération du paiement de l'amende forfaitaire⁵⁸⁸. Le contrevenant peut, de même, encore former réclamation au stade de la procédure de l'amende forfaitaire majorée, c'est-à-dire à défaut d'avoir payé l'amende forfaitaire ou d'avoir présenté une requête en exonération dans le délai de quarante-cinq jours. Celle-ci doit être adressée au ministère public dans le délai de trente jours de l'envoi de l'avis invitant le contrevenant à payer l'amende forfaitaire majorée (art. 530 CPP). L'officier du ministère public n'a alors, en théorie, d'autre choix que de renoncer aux poursuites et de classer sans suite l'affaire, de renvoyer le prévenu devant la juridiction compétente ou, éventuellement, de recourir à la procédure d'ordonnance pénale. Il ne peut aviser l'intéressé de l'irrecevabilité de la réclamation que si cette dernière est non motivée ou non accompagnée de l'avis de contravention (art. 530-1 CPP).

205. Un accès au juge pratiquement entravé. L'accès au juge théoriquement préservé s'avère toutefois en pratique largement entravé.

D'abord, des officiers du ministère public avaient parfois tenté de limiter l'accès différé au juge. Ils déclaraient ainsi souvent la réclamation irrecevable, en dehors des cas prévus par la loi, c'est-à-dire alors même que le contrevenant avait adressé une réclamation motivée, en l'accompagnant de l'original de l'avis de contravention. Une telle pratique, *contra legem*⁵⁸⁹, fut condamnée tant par la chambre criminelle⁵⁹⁰ que par la Cour européenne⁵⁹¹ comme méconnaissant le droit d'accès au juge tiré de l'article 6 de la CESDH.

⁵⁸⁸ La requête doit être adressée au service figurant sur l'avis de contravention, qui la transmet au ministère public (art. 529-1 CPP).

⁵⁸⁹ En ce sens, voir C. AMBROISE-CASTEROT, « Responsabilités et contentieux des contraventions routières » in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de C. Lazerges, op. cit.*, p. 457 et s., spéc. p. 463.

⁵⁹⁰ Cass. crim., 29 oct. 1997, *Bull. crim.* n° 357 : en l'espèce, pour déclarer irrecevable la requête présentée sur le fondement de l'article 530-2 du code de procédure pénale, le tribunal de police avait énoncé que la décision prise par le ministère public en application de l'article 530-1, alinéa 1^{er}, dudit code, contre laquelle la loi n'a organisé aucun recours, ne saurait être la source d'un incident contentieux relatif à l'exécution du titre exécutoire. La chambre criminelle censure, au visa notamment de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde : « (...) en [se] prononçant ainsi, alors que la réclamation n'avait pas été déclarée irrecevable en raison de l'absence de motivation ou du défaut d'accompagnement des avis correspondant aux amendes considérées et (...), dès lors, l'officier du ministère public devait, en application de l'article R. 49-8 du code précité, informer le comptable du Trésor de l'annulation des titres exécutoires, le tribunal de police a méconnu le sens et la portée du texte susvisé ».

⁵⁹¹ CEDH, 2^{ème} sect., 21 mai 2002, req. n° 32872/96, *Peltier c/ France*, D. 2002, 2968, note J.-P. Céré ; RSC 2003, p. 405, obs. Massias (F.). En l'espèce, l'officier du ministère public rejeta la demande pour les motifs suivants : « (...) l'infraction étant parfaitement constituée et le procès-verbal transmis au ministère public parfaitement régulier en la forme, conformément à l'article 530-1 du code de procédure pénale, j'ai l'honneur de vous faire connaître que votre réclamation est irrecevable car juridiquement non fondée, et, qu'en conséquence, je ne puis y réserver une suite favorable ». La Cour européenne considère que ce motif de rejet,

Ensuite, la loi elle-même favorise une telle entrave. D'une part, l'article 529-10, 2°, du code de procédure pénale fixe une condition de recevabilité particulière à la requête adressée au ministère public contestant l'une des contraventions mentionnées à l'article L. 121-3 du code de la route, celle de la production d'un document démontrant qu'il a été acquitté une consignation préalable. Or, même si la Cour européenne, dans son arrêt *Thomas c/ France* du 29 avril 2008, a estimé qu'une telle consignation ne constituait pas une atteinte au droit d'accès au tribunal⁵⁹², l'exigence de consignation préalable a nécessairement pour effet de dissuader le contrevenant. D'autre part, dans le cadre de ces mêmes contraventions mentionnées à l'article L. 121-3 du code de la route, le dernier alinéa de l'article 529-10 du code de procédure pénale dispose que « l'officier du ministère public vérifie si les conditions de recevabilité de la requête ou de la réclamation prévues par le présent article sont remplies », sans que la loi n'organise de recours contre la décision d'irrecevabilité prononcée par le ministère public. L'accès au juge est donc subordonné à la seule appréciation du parquet, et le parquet se voit ainsi érigé en juge de premier et dernier ressort de l'accès au juge. Dans sa décision du 29 septembre 2010, le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation aux termes de laquelle « le droit à un recours juridictionnel effectif impose que la décision du ministère public déclarant irrecevable la réclamation puisse être contestée devant la juridiction de proximité ; qu'il en va de même de la décision déclarant irrecevable une requête en exonération lorsque cette décision a pour effet de convertir la somme consignée en paiement de l'amende forfaitaire ; que, sous cette réserve, le pouvoir reconnu à l'officier du ministère public de déclarer

non prévu par les textes, constitue, selon le gouvernement défendeur lui-même, une erreur de droit de la part de l'officier du ministère public, alors que la saisine du tribunal compétent était de droit dans le cas du requérant, et ne peut donc que constater que le droit d'accès du requérant à un tribunal a été atteint dans sa substance même, sans but légitime et de façon disproportionnée (§ 37). Sur cette décision, voir ALLIX (D.), « Du droit d'être jugé ou de quelques remarques sur la procédure d'amende forfaitaire » in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à A. Decocq*, Litec, Paris, 2004, p. 21 et s. Dans le même sens, CEDH, 4^{ème} sect., 7 mars 2006, req. n° 73893/01, *Besseau c/ France*, *AJ pén.* 2006, p. 213, obs. J.-P. Céré : en l'espèce, l'officier du ministère public près le tribunal de police d'Angers répondit à la seconde lettre de réclamation de la requérante en ces termes : « J'ai bien reçu votre correspondance concernant une contravention relevée à votre rencontre (...). Cette contravention n'ayant pas été réglée dans le délai imparti, à l'aide du timbre amende correspondant, le recouvrement en a été confié au comptable du Trésor. En ce qui me concerne, les faits me paraissent établis et ne relèvent pas d'un cas de force majeure. Je vous invite donc à payer l'amende qui vous est réclamée dans les plus brefs délais directement au Trésor public (...) ». La Cour considère que rien ne distingue la présente espèce de l'affaire Peltier et que la requérante a subi une entrave excessive à son droit d'accès à un tribunal (§ 26).

⁵⁹² CEDH, 5^{ème} sect., 29 avr. 2008, req. n° 14279/05, *Thomas c/ France*, RSC 2008, p. 692, obs. D. Roets. La Cour estime « légitime le but poursuivi par cette obligation de consignation : prévenir l'exercice de recours dilatoires et abusifs et éviter l'encombrement excessif du rôle du tribunal de police, dans le domaine de la circulation routière qui concerne l'ensemble de la population et se prête à des contestations fréquentes ». Dès lors, selon la Cour, « [c]ompte tenu de la marge d'appréciation reconnue aux Etats quant aux conditions de recevabilité d'un recours, et eu égard aux circonstances de l'affaire, le requérant n'a pas subi une entrave disproportionnée à son droit d'accès à un tribunal ».

irrecevable une requête en exonération ou une réclamation ne méconnaît pas l'article 16 de la Déclaration de 1789 »⁵⁹³. Comme l'avait relevé Jacques-Henri Robert, puisque la loi ne prévoit pas de procédure spécifique et que le Conseil constitutionnel ne requiert pas de modification législative, la Cour de cassation était invitée implicitement à user de la voie qu'elle avait ouverte en interprétant extensivement l'article 530-2 du code de procédure pénale⁵⁹⁴ : « [a]insi, le prétendu contrevenant peut contester la déclaration d'irrecevabilité de sa protestation sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que le ministère public s'est fondé sur l'inobservation de conditions de forme imposées par la loi (...) ou sur une autre cause (...) »⁵⁹⁵. Cela a été confirmé par la chambre criminelle dans un arrêt du 25 mars 2014⁵⁹⁶, après que la Cour européenne ait condamné la France pour l'état du droit antérieur⁵⁹⁷.

Enfin, si, à la suite d'une requête en exonération ou d'une réclamation, le ministère public décide de renvoyer le contrevenant devant une juridiction pénale, celle-ci se trouve liée par une amende-plancher : en cas de condamnation, l'article 530-1, alinéa 2, du code de procédure pénale prévoit que le juge ne peut prononcer une amende d'un montant inférieur à celui de l'amende forfaitaire prévue pour la contravention contestée, ni inférieur au montant de l'amende forfaitaire majorée dans les cas où le contrevenant ne s'est pas acquitté de l'amende initiale dans les délais et les conditions requis.

206. L'amende forfaitaire en droit prospectif. Le rapport de la commission Guinchard a proposé d'étendre la procédure d'amende forfaitaire à de nombreuses contraventions prévues par le code pénal, le code de la route, le code de la santé publique, le code de l'environnement, le code du travail, le code de la consommation, excluant toutefois de la

⁵⁹³ Cons. const., 29 sept. 2010, décision n° 2010-38 QPC, *M. Jean-Yves G. [Amende forfaitaire et droit au recours]*, consid. 7 et le commentaire de J.-H. Robert, *Dr. pén.* 2010, comm. 120 ; *RSC* 2011, p. 187, obs. B. de Lamy ; *AJ pén.* 2010, p. 555, obs. J.-P. Céré.

⁵⁹⁴ Aux termes duquel : « Les incidents contentieux relatifs à l'exécution du titre exécutoire et à la rectification des erreurs matérielles qu'il peut comporter sont déferés à la juridiction de proximité, qui statue conformément aux dispositions de l'article 711 ».

⁵⁹⁵ J.-H. ROBERT, comm. sous Cons. const., 29 sept. 2010, préc.

⁵⁹⁶ Cass. crim., 25 mars 2014, *Bull. crim.* n° 93, *Dr. pén.* 2014, comm. 89, note J.-H. Robert ; *D.* 2014, 1029, comm. J.-P. Céré : au visa des articles 529-10, 530 et 530-2 du code de procédure pénale, et du « droit à un recours juridictionnel effectif », la chambre criminelle censura l'arrêt d'appel qui avait déclaré irrecevable le recours exercé par un justiciable contre le rejet de sa requête en exonération élevée contre l'avis de contravention. Si la solution de l'arrêt attaqué était conforme à la jurisprudence en vigueur au moment où il fut rendu, puisque, constatant que le requérant, n'ayant jamais reçu de « titre exécutoire relatif à l'amende forfaitaire majorée », ne pouvait pas demander l'application de l'article 530-2 du code de procédure pénale, elle est renversée par la chambre criminelle : « Attendu que le droit à un recours juridictionnel effectif impose que la décision du ministère public déclarant irrecevable la requête en exonération présentée par la personne destinataire d'un avis de contravention puisse être contestée devant la juridiction de proximité ».

⁵⁹⁷ CEDH, 5^{ème} sect., 8 mars 2012, req. n° 14166/09, n° 12039/08 et n° 39243/10, *Célice, Cadène et Josseaume c/ France*, *D.* 2012, 984, obs. J.-P. Céré ; *Dalloz actualité*, 22 mars 2012, obs. O. Bachelet.

procédure les contraventions comportant des victimes, les contraventions dont les éléments constitutifs sont difficiles à caractériser et certaines infractions symboliques telles que l'intrusion dans un établissement scolaire ou l'atteinte volontaire à la vie d'un animal, pour lesquelles il n'est pas possible de prévoir un forfait⁵⁹⁸. Elle propose également d'étendre l'obligation de consignation actuellement limitée, en vertu de la loi du 12 juin 2003 à certaines contraventions routières, à l'ensemble des contraventions « forfaitisables »⁵⁹⁹.

§ 2nd LE DURCISSEMENT DES REponses PENALES INFRAJURIDICIONNELLES

207. Les législateurs anglais et français se sont appuyés sur les mécanismes historiques pour offrir à leur ministère public des instruments leur permettant de contourner la nécessité dans laquelle celui-ci se trouvait de devoir se constituer partie devant le juge pour qu'une sanction soit prononcée. Aussi, progressivement, la vocation originellement restaurative des réponses pénales se voit-elle contredite par la mise en avant d'objectifs explicitement rétributifs ou la consécration d'instruments plus contraignants que ne le sont le simple avertissement ou la seule médiation. Si le mouvement paraît pleinement assumé en Angleterre (A), il reste toutefois encore officieux en France (B).

A. La création des *conditional cautions* et des *community resolutions* en droit anglais

208. Le législateur anglais a souhaité renforcer les « *out-of-court disposals* » en instituant les *conditional cautions* en 2003 (1), avant de consacrer les expériences de médiation, au travers des *community resolutions* (2).

⁵⁹⁸ COMMISSION SUR LA REPARTITION DES CONTENTIEUX (présidée par S. Guinchard), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, Collection des rapports officiels, Paris, 2008, pp. 133-136. Pour un prolongement des réflexions de la commission, voir S. GUINCHARD, « L'impossible réforme du contentieux routier ? Vellétés de déjudiciarisation et enjeux d'une politique publique de sécurité routière » in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de C. Lazerges*, *op. cit.*, p. 621 et s.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 137. Voir également, COMMISSION DE MODERNISATION DE L'ACTION PUBLIQUE (présidée par J.-L. Nadal), *Refonder le ministère public*, rapp. préc., p. 53, qui propose d'étendre la contraventionnalisation et la forfaitisation en transformant en contraventions de cinquième classe les délits de défaut de permis de conduire et de défaut d'assurance, le délit de conduite d'un véhicule malgré injonction de restituer le permis de conduire résultant du retrait de la totalité des points et le délit de conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique caractérisé par la présence dans l'air expiré d'un taux d'alcool supérieur ou égal à 0,40 milligramme et inférieur à 0,80 milligramme, qui représentaient, en 2011, environ 210.000 infractions. Pour une critique de l'extension de l'amende forfaitaire, voir B. LE PAGE-SEZNEC, « Fondements des amendes forfaitaires pour infraction au code de la route », *RSC* 1996, p. 839 et s.

1. *Les conditional cautions*

209. *Les adult conditional cautions.* Les *conditional cautions* sont des avertissements auxquels sont attachées certaines mesures décidées par la police ou le CPS et qui doivent être réalisées dans un délai ne pouvant dépasser en principe seize semaines. Créées par les sections 22 à 27 du *Criminal Justice Act* 2003, elles permettent de suspendre les poursuites pour une infraction donnée afin de permettre à l'infracteur de satisfaire aux conditions fixées. Initialement, les conditions posées visaient uniquement à favoriser, alternativement ou cumulativement, la réinsertion de la personne ou la réparation du dommage causé. Cependant, la section 17 du *Police and Justice Act* 2006 a amendé le dispositif prévu et introduit des conditions pouvant avoir un objectif explicitement punitif.

La section 23 du *Criminal Justice Act* 2003 pose cinq conditions à l'administration d'une *conditional caution* : que l'officier dispose de preuves que la personne a commis une infraction, que ces preuves soient suffisantes pour obtenir, le cas échéant, une condamnation en justice de la personne, que la personne reconnaisse avoir commis l'infraction, que l'officier explique les effets de la *conditional caution*, que la personne signe un document rappelant les conditions de commission de l'infraction et constatant le consentement de celle-ci à la mesure.

Les conditions qui peuvent être cumulativement attachées à l'avertissement peuvent être de nature à favoriser la réhabilitation – telle la participation à un programme de désintoxication – et la réparation – la réparation matérielle du dommage causé, la participation à des activités d'intérêt général ou le versement d'une somme à une association caritative ou à la victime⁶⁰⁰. Elles peuvent également être de nature punitive, la section 23 (3) du *Criminal Justice Act* 2003 prévoyant la possibilité d'assortir l'avertissement du paiement d'une amende qui ne peut légalement dépasser le quart du montant de l'amende maximale encourue sur déclaration sommaire de culpabilité de l'infraction, sans toutefois pouvoir excéder 250 livres. Le *Criminal Justice Act 2003 (Conditional Caution : Financial Penalties) Order 2013* a fixé le montant maximum de l'amende pouvant être prononcée à 50 livres pour les *summary offences*, 100 livres pour les *either-way offences* et 150 livres pour les *indictable offences*⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ MINSITRY OF JUSTICE, *Code of Practice for Adult Conditional Cautions. Part 3 of the Criminal Justice Act 2003*, 8 avr. 2013, §§ 2.14 à 2.16.

⁶⁰¹ *Criminal Justice Act 2003 (Conditional Caution : Financial Penalties) Order 2013 (SI 2013/615)*.

210. Les *youth conditional cautions*. Les *youth conditional cautions* furent introduites par la section 48 du *Criminal Justice and Immigration Act* 2008 qui inséra les sections 66 (A) à 66 (H) au *Crime and Disorder Act* 1998. Le *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act* 2012 amenda le dispositif. Aux termes de la section 66 (A) (1), une *youth conditional caution* peut être prononcée si un infracteur âgé de dix à dix-sept ans a commis une infraction sans avoir jamais été condamné antérieurement pour une autre infraction et si les cinq conditions qui sont également posées par la section 23 du *Criminal Justice Act* 2003 sont réunies.

Des conditions similaires à celles fixées pour les *conditional cautions* sont prévues⁶⁰². Le *Criminal Justice Act 2003 (Conditional Caution : Financial Penalties) Order 2013* a fixé le montant maximum de l'amende pouvant être prononcée selon que l'infracteur est âgé de quatorze à dix-sept ans ou qu'il est âgé de dix à quatorze ans. Dans le premier cas, le montant maximum de l'amende est de 30 livres pour les *summary offences*, 50 livres pour les *either-way offences* et 75 livres pour les *indictable offences*. Dans le second cas, le montant est de 15 livres pour les *summary offences*, 25 livres pour les *either-way offences* et 35 livres pour les *indictable offences*⁶⁰³.

2. Les *community resolutions*

211. Les expériences de médiation en Angleterre. Le développement des programmes de médiation entre délinquants et victimes fut associé, en Angleterre, de manière plus spécifique, à la constatation de l'échec du système pénal dans le traitement de la délinquance. C'est pourquoi la médiation pénale a bénéficié de la double impulsion des partisans d'une réforme pénale et des associations d'aide aux victimes. Les premières expériences britanniques de médiation pénale ont été fondées par un responsable de services de probation, John Harding, qui créa un service de médiation à Coventry, et par le président d'une association d'aide à la réinsertion des détenus (la *Howard League*), Martin Wright, qui développa un autre projet à Wolverhampton. Ces premières expériences suscitèrent l'intérêt du *Home Office* dont le service de recherche publia un rapport général sur les alternatives au système pénal, sous la direction de Tony Marschall, et plusieurs rapports préliminaires à l'expérimentation des médiations pénales. Quatre projets furent

⁶⁰² Voir ainsi, MINSITRY OF JUSTICE, *Code of Practice for Youth Conditional Cautions. Crime & Disorder Act 1998 (as amended by the Criminal Justice & Immigration Act 2008 and the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*, 8 avr. 2013, § 4 et s.

⁶⁰³ *Ibid.*

alors sélectionnés en 1985, qui firent l'objet d'une évaluation deux ans plus tard, à partir de 800 tentatives de médiation réalisées entre délinquants et victimes⁶⁰⁴. Parallèlement à ces projets expérimentaux subventionnés par le *Home Office*, d'autres projets furent entrepris par des associations d'aide aux victimes en dépit d'une certaine réserve des responsables de ces associations quant à l'intérêt de la médiation pour les victimes. Une association nationale coordonne désormais les diverses instances de médiation qui se sont multipliées dans le domaine civil et pénal.

212. La formalisation des *community resolutions*. A partir de 2011-2012, les autorités anglaises ont formalisé le recours à des « résolutions communautaires » (*community resolutions*) pour traiter les infractions de faible gravité ou les comportements anti-sociaux (*anti-social behaviours*)⁶⁰⁵. Si l'individu reconnaît l'infraction et en accepte le principe, l'officier de police peut, après consultation de la victime, lui proposer plusieurs mesures destinées à réparer le tort causé : présenter des excuses à la victime, verbalement ou par écrit, effectuer des réparations ou indemniser la victime. La *community resolution* n'est pas inscrite au casier judiciaire de l'individu mais fait l'objet d'un enregistrement dans le système local et peut être divulguée dans le cadre d'une vérification opérée auprès du *Disclosure and Barring Service (DBS)*⁶⁰⁶. En outre, les *Youth Offending Teams (YOTs)* doivent être informées de toute *community resolution* décidée à l'encontre d'un mineur de dix-huit ans.

B. L'extension des mesures prévues par l'article 41-1 du code de procédure pénale en droit français

213. Le législateur français a considérablement étendu les réponses pénales à la disposition du procureur, bien au-delà de la médiation initiale⁶⁰⁷. Sans véritablement l'assumer, il oriente désormais les réponses pénales, comme en Angleterre, vers la sanction de l'individu.

⁶⁰⁴ Sur ces questions, voir M.-C. DESDEVISES, « L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes : l'exemple britannique », *RSC* 1993, p. 45 et s.

⁶⁰⁵ Voir ainsi, MINISTRY OF JUSTICE, *Quick Reference Guides to Out of Court Disposals*, préc., p. 6, et ACPO, *Guidelines on the Use of Community Resolutions (CR) Incorporating Restorative Justice (RJ)*, août 2014.

⁶⁰⁶ Le *DBS* est un service destiné à éclairer les employeurs dans le cadre d'un recrutement à des emplois impliquant une intervention auprès de personnes vulnérables, notamment les enfants.

⁶⁰⁷ Sur cette extension, voir P. POUGET, « La mise en place de la diversification du traitement des délits à travers la législation » in J. DANET (coord.), *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, op. cit., p. 49 et s., spéc. p. 52 et s.

214. L'extension des réponses pénales de l'article 41-1 CPP. La loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale a ainsi modifié le dispositif législatif. L'article 41-1 du code de procédure pénale dispose désormais que le procureur peut, outre recourir à la médiation, procéder au rappel auprès de l'auteur des faits des obligations résultant de la loi, orienter celui-ci vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, lui demander de régulariser sa situation au regard de la loi ou des règlements ou de réparer le dommage causé. La loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière est venue ajouter, en cas d'infraction commise à l'occasion de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur, l'accomplissement, par l'auteur des faits, à ses frais, d'un stage de sensibilisation à la sécurité routière⁶⁰⁸. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité y a adjoint le stage de citoyenneté, ouvrant en outre à la victime la procédure de l'injonction de payer, lorsque l'auteur s'est engagé à lui verser des dommages-intérêts, au vu du procès-verbal qui doit être désormais dressé⁶⁰⁹. La loi oblige le procureur, en cas de non-exécution de la mesure prescrite, « sauf élément nouveau », à mettre en œuvre une composition pénale ou à engager des poursuites en cas d'échec⁶¹⁰. La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales ajoute aux mesures offertes au procureur, en cas d'infraction commise soit contre son conjoint ou son concubin, soit contre ses enfants ou les enfants de ce dernier, la possibilité de demander à l'auteur des faits de résider hors du domicile ou de la résidence du couple et, le cas échéant, de s'abstenir de paraître dans ce domicile ou cette résidence ou aux abords immédiats de celui-ci, ainsi que, si nécessaire, de faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique⁶¹¹. La loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs prévoit que ce dernier dispositif est également applicable lorsque l'infraction est commise par l'ancien conjoint ou concubin de la victime, ou par la personne ayant été liée à elle par un pacte civil de solidarité, le domicile concerné étant alors celui de la victime⁶¹². La loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la

⁶⁰⁸ Art. 41-1, 2°, CPP.

⁶⁰⁹ Art. 41-1, 5°, CPP.

⁶¹⁰ Art. 41-1 al. 3, CPP.

⁶¹¹ Art. 41-1, 6°, CPP. Sur la loi du 12 décembre 2005, voir notamment, J.-H. ROBERT, « Les murailles de silicium (commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales) », *Dr. pén.* 2006, étude 2 ; M. HERZOG-EVANS, « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *D.* 2006, p. 182 et s. ; J.-F. SEUVIC, « Textes publiés au Journal officiel du 15 septembre 2005 au 15 mars 2006 », *RSC* 2006, p. 351 et s. ; P. BONFILS, « Présentation des dispositions relatives au droit des personnes et de la famille de la loi sur la récidive du 12 décembre 2005 », *RJPF* 2006, n° 4, p. 24 et s.

⁶¹² *Ibid.* Sur la loi du 4 avril 2006, voir notamment D. VIRIOT-BARRIAL, « Commentaire de la loi du 4 avril

délinquance ajoute les stages de citoyenneté, de responsabilité parentale ou de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants⁶¹³. La 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 substitue à l'accord des parties comme condition d'organisation d'une médiation « la demande ou l'accord de la victime », ce qui implique que la médiation puisse être organisée sans tenir compte de l'accord de l'auteur⁶¹⁴.

Dernièrement, la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes est venue adjoindre au dispositif le stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et les violences sexistes et subordonner la mise en œuvre de la médiation, lorsque des violences ont été commises par le conjoint ou l'ancien conjoint de la victime, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son ancien partenaire, son concubin ou son ancien concubin, à la demande expresse de la victime. Elle prévoit que, dans cette hypothèse, l'auteur des violences fait également l'objet d'un rappel à la loi, et instaure un régime officieux de la réitération en indiquant que, « lorsque, après le déroulement d'une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime, de nouvelles violences sont commises par le conjoint ou l'ancien conjoint de la victime, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son ancien partenaire, son concubin ou son ancien concubin, il ne peut être procédé à une nouvelle mission de médiation » et que, dans ce cas, sauf circonstances particulières, le procureur de la République met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites⁶¹⁵. Enfin,

2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *D.* 2006, p. 2350 et s. ; M. REBOURG, « Prévention et répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs - A propos de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 », *JCP* 2006, act. 173 ; M. BRUSORIO, « Renforcement de la prévention et de la répression des violences commises au sein du couple ou commises contre les mineurs », *RJPF* 2006, n° 6, p. 6 et s. Pour une critique du dispositif de l'article 41-1, 6°, du code de procédure pénale, voir P.-J. DELAGE, « La constitutionnalité évincée (à propos de la mesure d'éviction du domicile de l'article 41-1 6° du code de procédure pénale », *APC* 2007, p. 59 et s., qui relève que la rédaction du 6° de l'article 41-1, évoquant une « infraction commise contre » le conjoint, le concubin, le champ de l'éviction du domicile déborde le seul domaine des infractions de violences – une infraction commise contre la personne d'autrui pouvant s'entendre de l'ensemble des incriminations figurant au sein du livre II du code pénal, et l'absence de toute précision légale relative aux conditions nécessaires à l'admission de la réussite de la mesure alternative d'éviction du domicile : probablement le seul constat du départ du domicile du conjoint ou du parent violent ne suffit-il pas à autoriser le classement du dossier (ou l'extinction de l'action publique), et probablement le succès de la mesure entreprise suppose-t-il l'écoulement d'un certain laps de temps entre l'abandon de la résidence et la décision du procureur de la République de ne pas déclencher les poursuites. Mais de quel laps de temps s'agit-il au juste ? De l'écoulement du délai de prescription de l'action publique ? De l'écoulement d'un délai fixé par le magistrat du parquet ? Dans le silence de la loi, l'on ne peut y apporter aucune réponse catégorique ».

⁶¹³ Art. 41-1, 2°, CPP.

⁶¹⁴ Art. 41-1, 5°, CPP.

⁶¹⁵ Art. 41-1, 5°, CPP.

elle précise que le procureur de la République doit recueillir ou faire recueillir, dans les meilleurs délais et par tous moyens, l'avis de la victime sur l'opportunité de demander à l'auteur des faits de résider hors du logement du couple. Sauf circonstances particulières, cette mesure est prise lorsque sont en cause des faits de violences susceptibles d'être renouvelés et que la victime la sollicite. Le procureur de la République peut préciser les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement pendant une durée qu'il fixe et qui ne peut excéder six mois⁶¹⁶.

215. La vocation rétributive implicite des réponses pénales. L'un des motifs d'extension des réponses pénales était, en droit français, comme d'ailleurs en droit anglais, de favoriser la réparation du dommage causé à l'ordre public et, notamment, à la victime. Aussi, ces réponses pouvaient-elles ne pas apparaître comme un véritable empiètement du ministère public sur les fonctions traditionnelles du juge répressif.

Le Conseil constitutionnel d'ailleurs, dans sa décision du 2 février 1995, avait censuré le mécanisme de l'injonction pénale envisagé par le législateur. Le texte prévoyait la possibilité pour le procureur de faire à la personne soupçonnée une injonction consistant dans le versement au Trésor public d'une certaine somme, la réparation du dommage causé à la victime, la remise de l'objet ayant servi à la commission de l'infraction, ou sa participation à une activité non rémunérée au profit d'une personne morale de droit public ou d'une association habilitée dans la limite de quarante heures, qui emportait, en cas d'exécution dans les six mois, extinction de l'action publique. Le Conseil constitutionnel avait considéré que « certaines mesures susceptibles de faire l'objet d'une injonction pénale peuvent être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle » et que, « dans le cas où elles sont prononcées par un tribunal, elles constituent des sanctions pénales ». Or, « le prononcé et l'exécution de telles mesures, même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne peuvent, s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement »⁶¹⁷.

⁶¹⁶ Art. 41-1, 6°, CPP.

⁶¹⁷ Cons. const., 2 févr. 1995, décision n° 95-360 DC, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, consid. 6 ; RFDC 1995, p. 405, obs. T. S. Renoux ; RD pub. 1996, p. 56, obs. D. Rousseau. Sur cette décision, voir également J. PRADEL, « D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale », *D.* 1995, p. 171 et s. ; J. VOLFF, « Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel », *D.* 1995, p. 201 et s. ; F. LE GUNEHEC, « Commentaires des dispositions pénales de la loi du 8 février 1995 : réformettes, réformes d'ampleur et occasions manquées - Première partie : la procédure préparatoire », *JCP* 1995, I, 3862 ; B. BOURDEAU, « L'injonction pénale avortée : scories sur une question de confiance », *D.* 1995, p. 45 et s. ; J. LEBLOIS-HAPPE, « De la transaction pénale à la composition pénale - Loi

Or, certaines mesures prévues par l'article 41-1 du code de procédure pénale constituent bien des peines complémentaires ou alternatives prévues par les articles 131-5-1 du code pénal – le stage de citoyenneté –, 131-6 12° du code pénal – l'interdiction de paraître sur les lieux de l'infraction –, ou 131-8-1 du code pénal – la sanction-réparation consistant dans l'obligation de procéder à l'indemnisation du préjudice de la victime –, sanctions pouvant constituer les mesures décidées par le procureur en vertu des articles 41-1 2°, 41-1 6° et 41-1 4° du code de procédure pénale. Surtout, certaines mesures sont effectivement de nature à porter atteinte à la liberté individuelle, comme l'éviction du domicile⁶¹⁸. C'est donc bien que, comme en Angleterre, le législateur a succombé à la tentation d'instiller une vocation rétributive aux réponses pénales. Et cette « tentation du jugement »⁶¹⁹ fait du procureur le « juge de l'avant-procès »⁶²⁰ ou le « juge du non-procès »⁶²¹.

*

216. Conclusion de la Section 1^{ère}. En seulement un quart de siècle, les réponses pénales ont vu, en Angleterre comme en France, leur champ d'application s'accroître et leur contenu se durcir. Leur champ d'application se limitait historiquement à l'indiscipline sociale ou à la petite délinquance routière, et elles n'avaient pas vocation à se substituer véritablement à la juridictionnalisation de la répression de la délinquance véritable. D'ailleurs, leur contenu se limitait à la simple mise en garde ou à la sanction pécuniaire d'un faible montant. De manière continue toutefois, dans les deux systèmes, les réponses pénales se sont durcies et contiennent, de manière plus ou moins assumée, un but punitif. Aussi, tendent-elles désormais à permettre de traiter des infractions de gravité moyenne, voire même de gravité certaine, et à évincer la juridictionnalisation de la répression. La vocation restaurative a finalement laissé une place à une vocation plus rétributive, portant

n° 99-515 du 23 juin 1999 », *JCP G* 2000, I, 198.

⁶¹⁸ En ce sens, P.-J. DELAGE, « La constitutionnalité évincée (à propos de la mesure d'éviction du domicile de l'article 41-1 6° du code de procédure pénale », art. préc., pp. 64-66 : « (...) la mesure d'éviction du domicile – en tout cas considérée dans le cadre de l'article 41-1 du code de procédure pénale – est anticonstitutionnelle : parce qu'elle implique une restriction de liberté et porte atteinte à un droit fondamental (le droit au respect de la vie privée et de son domicile), son prononcé devrait nécessairement appeler l'intervention d'un juge du siège ».

⁶¹⁹ J. ALIX, « Quels visages pour le parquet en France ? » in C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, *op. cit.*, p. 73.

⁶²⁰ G. GIUDICELLI-DELAGE, « La figure du juge de l'avant-procès. Entre symboles et pratiques », art. préc., *loc. cit.*, p. 335.

⁶²¹ P.-J. DELAGE, « La constitutionnalité évincée (à propos de la mesure d'éviction du domicile de l'article 41-1 6° du code de procédure pénale », art. préc., p. 67.

concurrence à la juridictionnalisation de la répression. Aussi, cette évolution homogène dans les deux systèmes rend-t-elle plus troublante la divergence de leur régime.

Section 2nde **LA DIVERGENCE DANS LE REGIME DES REPONSES PENALES
INFRAJURIDICTIONNELLES**

217. Philippe Conte relevait que les « alternatives aux poursuites » suscitent généralement un engouement inversement proportionnel à la maîtrise, par ceux qui les vantent, des mécanismes juridiques qui les sous-tendent⁶²². Il est vrai que la qualification des réponses pénales peut susciter un certain nombre d'interrogations. Et d'abord celle de leur qualification d' « alternatives aux poursuites » en France ou de « *diversion* » en Angleterre. Excepté le cas de l'amende forfaitaire du droit français, pour laquelle l'article 529 du code de procédure pénale précise que « l'action publique est éteinte par le paiement d'une amende forfaitaire qui est exclusive de l'application des règles de la récidive », un certain flottement entoure et la nature et le régime juridiques des réponses pénales, flottement justifié par la volonté des législateurs ou des jurisprudences française et anglaise de ne pas faire apparaître ces réponses comme des instruments d'évincement trop direct de la juridictionnalisation. Aussi, le produit de l'activité de traitement du ministère public, c'est-à-dire les actes qu'il prend à l'issue de l'exercice de ses fonctions de traitement, ne se voit-il pas reconnaître les mêmes effets juridiques que ceux qui sont habituellement attribués au produit de l'activité du juge.

Les systèmes français et anglais convergent sur ce point en déniant à la décision du ministère public les effets de l'acte juridictionnel (§ 1^{er}). Cependant, les deux systèmes divergent sensiblement s'agissant des attributs qu'il convient de conférer aux décisions de traitement (§ 2nd).

⁶²² 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 offerts à Raymond Gassin*, PUAM, Aix-en-Provence, 2007, p. 189.

218. Le jugement répressif produit un effet substantiel : il constitue l'individu soupçonné en coupable, car l'infliction d'une peine nécessite préalablement que la situation juridique de la personne soit modifiée. Or, les réponses pénales du droit anglais, comme les réponses pénales de l'article 41-1 du code de procédure pénale, ne produisent aucun effet substantiel : elles ne constituent pas une décision de culpabilité. Les deux systèmes leur dénie en effet l'effet constitutif de l'acte juridictionnel. Aussi, convient-il de mettre en avant le paradoxe qui résulte d'une telle négation : d'une part, le monopole de l'acte juridictionnel semble préservé (A), d'autre part, ce monopole de la juridictionnalisation de la répression semble édulcoré (B).

A. Le monopole juridictionnel préservé

219. Les réponses pénales introduites par les systèmes internes ne produisent aucun effet substantiel : les jurisprudences et les textes, français (1) comme anglais (2), considèrent en effet que ces mesures n'établissent pas la culpabilité de l'individu qui en fait l'objet et qu'en conséquence, elles n'ont pas la nature d'une condamnation pénale.

1. La négation, par le juge français, des effets de l'acte juridictionnel

220. En France, la décision de classement sans suite constitue, d'après la jurisprudence, une décision d'administration judiciaire qui demeure privée de l'autorité de la chose jugée⁶²³ et est insusceptible de faire l'objet d'un recours de nature juridictionnelle⁶²⁴, même si elle

⁶²³ Cass. crim., 5 déc. 1972, D. 1973, J. 93, note Ph. M. Sur cette question, voir notamment M. DEGOFFE et E. JEULAND, « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification » in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, p. 141 et s. Sur le classement sans suite, voir LAURENT (J.-C.), « Le classement sans suite », *Revue de droit pénal* 1948, p. 97 et s. ; VITU (A.), « Le classement sans suite », *RSC* 1947, p. 505 et s. ; M. ROURA, « Le classement sans suite » in *Problèmes Actuels de science criminelle*, vol. XII, PUAM, Aix-en-Provence, 1999, p. 133 et s. ; R. GASSIN, « Les mesures d'administration judiciaire en procédure pénale » in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard, op. cit.*, p. 951 et s., spéc. n° 7, p. 954, qui doute de la qualification de mesure d'administration judiciaire en raison de l'avis de classement, des raisons du classement devant être données à la victime et du recours possible devant le procureur général : « Sans doute ne s'agit-il pas encore d'un acte juridictionnel. Mais qui ne voit que l'encadrement particulier du classement sans suite l'oriente progressivement dans cette direction (...) ? ».

⁶²⁴ Cass. crim., 28 juin 1991, *Bull. crim.* n° 287. La chambre d'accusation était saisie de conclusions par lesquelles l'inculpé invoquait la nullité du réquisitoire introductif au motif que celui-ci était notamment fondé sur un procès-verbal de gendarmerie qui lui était postérieur et n'y était pas joint. La chambre criminelle approuve la chambre d'avoir écarté le moyen et rejette le pourvoi : « (...) en statuant ainsi, par une analyse

doit dorénavant être motivée et peut faire l'objet d'un recours hiérarchique devant le procureur général en vertu des articles 40-2 et 40-3 du code de procédure pénale. De même, les décisions prises sur le fondement de l'article 41-1 du code de procédure pénale, et notamment le « rappel à la loi », n'établissent pas la culpabilité de la personne mise en cause⁶²⁵. La chambre criminelle de la Cour de cassation l'a affirmé dans un arrêt en date du 6 décembre 2011. Dans cette espèce, une personne soupçonnée d'avoir passé des appels téléphoniques malveillants avait fait l'objet d'un rappel à la loi par le parquet. Apprenant que la procédure d'enquête l'ayant concernée avait fait l'objet d'une inscription dans le fichier « Système de traitement des infractions constatées » (STIC), elle déposa plainte avec constitution de partie civile devant un juge d'instruction contre la Direction de la police nationale des chefs d'introduction et maintien frauduleux des données dans un système informatique. Le juge d'instruction rendit une ordonnance de refus d'informer, les faits n'ayant pas de nature pénale, et la chambre de l'instruction confirma l'ordonnance, ajoutant que le rappel à la loi implique la constitution d'un délit, ce qui obligeait la police à inscrire la procédure dans le fichier STIC. La chambre criminelle critique les juges d'appel d'avoir énoncé que « le rappel à la loi impliquait la constitution d'un délit alors que cette mesure prise par une autorité de poursuite n'établit pas la culpabilité » mais rejette le pourvoi car, au regard des pièces produites, la procédure ne figure pas dans le fichier STIC⁶²⁶.

2. La négation, par le juge anglais, des effets de l'acte juridictionnel

221. En Angleterre, l'administration d'un cannabis ou d'un khat *warning*, d'une *simple caution*, d'une *conditional caution* ne constitue pas une condamnation pénale et, par conséquent, ne modifie pas la situation juridique de la personne, laquelle demeure juridiquement innocente.

souveraine des pièces annexées au réquisitoire et alors que le réquisitoire introductif satisfait en la forme aux conditions essentielles de son existence légale, la chambre d'accusation a justifié sa décision ».

⁶²⁵ Alors même, comme le fait remarquer S. Detraz, que l'article 41-1 précise que les mesures s'appliquent à « l'auteur des faits ». Voir ainsi, S. DETRAZ, « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », RSC 2008, p. 41 et s., *ad notam*.

⁶²⁶ Cass. crim., 6 déc. 2011, *Bull. crim.* n° 245, *Dalloz actualité*, 3 janv. 2012, obs. M. Léna ; D. 2012, pan. 2118, obs. J. Pradel, pour qui « [l]a morale de l'histoire, c'est que les parquetiers seront bien avisés de ne pas recourir au rappel à la loi quand la personne conteste les faits. Et ceci vaut bien sûr pour toutes les autres alternatives aux poursuites » ; RSC 2012, p. 188, obs. J. Danet, qui relève que « la confusion de la cour d'appel peut encore s'expliquer par le souci fort légitime des juges du siège de rappeler que le parquet ne saurait utiliser le rappel à la loi pour des faits qui, à ses yeux, ne constituent pas des infractions : le rappel à la loi, mesure prise par une autorité de poursuite, n'établit pas la culpabilité de la personne suspectée ou poursuivie ».

La Chambre des Lords avait été confrontée à cette difficulté dans l'affaire *R. (on the application of R.) v. Durham Constabulary and Another*. Dans cette espèce, la police avait interjeté appel contre une décision annulant une mise en garde – il s'agissait d'un *warning* –, délivrée sur le fondement de la section 65 du *Crime and Disorder Act* 1998, à un jeune arrêté à la suite de soupçons d'agressions sexuelles sur un certain nombre de jeunes filles de son école. Il avait été interrogé par la police en présence de son beau-père et, après avoir admis les actes d'agression, avait reçu une mise en garde. Bien qu'il n'ait pas été demandé s'il y consentait, ni lui, ni son beau-père ne s'y étaient opposés. Toutefois, il n'avait pas été informé qu'après délivrance de la mise en garde il serait soumis aux obligations d'enregistrement édictées par la *Sex Offenders Act* 1997. Exerçant une *judicial review*, il fit valoir que la délivrance de l'avertissement méconnaissait son droit au procès équitable tel qu'il résulte de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme en ce que la décision équivalait à la détermination du bien-fondé d'une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 et qu'un agent de police n'était pas un tribunal indépendant et impartial. La *Divisional Court* considéra que, même si des poursuites n'avaient pas été engagées, puisque le demandeur avait été contraint de se soumettre à une procédure qui avait pour effet de prononcer publiquement sa culpabilité en raison de la nécessité dans laquelle il s'était trouvé de s'enregistrer dans le fichier des délinquants sexuels, il y avait eu violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde. Le chef de la police de Durham et le *Home Secretary* en appelèrent alors à la Chambre des Lords. Celle-ci considéra que l'avertissement qui implique l'enregistrement du nom du délinquant sur le registre des délinquants sexuels ne constitue pas une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁶²⁷. Lord Bingham estima ainsi que, « pour de bonnes et compréhensibles raisons, la protection accordée aux accusés par l'article 6 couvre non seulement le procès lui-même, mais s'étend aussi aux phases préparatoire et préliminaire ainsi qu'à la phase de détermination de la peine et à l'appel. Mais l'objectif principal du droit [au procès équitable] est le procès lui-même, parce que c'est l'étape durant laquelle la culpabilité est décidée avec possibilité de condamnation et de peine. Je trouve qu'il est difficile de voir comment une accusation en matière pénale peut être supportée une fois

⁶²⁷ *R. (on the application of R.) v. Durham Constabulary and another* [2005] UKHL 21. Sur cette décision, voir le commentaire critique de A. A. GILLESPIE, « Reprimanding and the Right to Due Process », (2005) 68 *MLR* 1006, qui, en conclusion, relève que « [l]a décision dans cette affaire n'est pas satisfaisante pour un certain nombre de raisons, mais l'essentiel est qu'elle conduit à créer un système de sanction administrative sans qu'il n'y ait de procédure effective pour contester son applicabilité ». Voir également, A. ASHWORTH, « Youth crime : final warning scheme », [2006] *Crim LR* 87 : « L'affaire alors démontre soit le triomphe de la forme sur le fond, soit, plus probablement, une profonde et socialement cruciale ambiguïté sur la question de savoir quand les formes cessent et que le fond commence ».

qu'une décision excluant un procès, une condamnation ou une peine, a été prise »⁶²⁸. Dans sa décision *Jones v. Whalley* de 2006, rendue à propos d'une *caution*, la Chambre des Lords a à nouveau dénié tout effet substantiel aux *out-of-court disposals*⁶²⁹.

222. La chambre criminelle de la Cour de cassation et la Chambre des Lords se rejoignent ainsi pour dénier aux réponses pénales toute efficacité substantielle. Par là, les deux juridictions s'efforcent de préserver la spécificité de ces réponses, tout en conservant le monopole de l'acte juridictionnel. Aussi, cette négation au profit de la réponse pénale de l'effet substantiel de l'acte juridictionnel pourrait laisser penser que la juridictionnalisation s'en trouve sauvegardée : seule la répression juridictionnalisée produit un effet substantiel consistant à établir la culpabilité de l'individu, et seul l'individu coupable peut se voir infliger une peine.

Toutefois, puisque les réponses pénales ont désormais une vocation rétributive, puisque les mesures qu'elles impliquent peuvent constituer de véritables sanctions, ce monopole de l'effet de l'acte juridictionnel s'en trouve édulcoré.

B. Le monopole juridictionnel édulcoré

223. Les réponses pénales présentent ainsi cette particularité de permettre la sanction d'un individu qui demeurera, juridiquement, innocent. Outre la distorsion de la méthode de réalisation du *jus puniendi* (1), l'avènement des réponses entraîne le risque d'une déviation de la légalité de la répression (2).

1. La distorsion de la méthode de réalisation du jus puniendi

224. Une sanction sans culpabilité. C'est en réalité toute la méthodologie de la réalisation du *jus puniendi* qui se trouve éprouvée par l'introduction des réponses pénales infrajuridictionnelles. On l'a vu ⁶³⁰, la réalisation du droit répressif présente traditionnellement des particularismes marqués qui impliquent que l'effet juridique prévu

⁶²⁸ *Ibid.*, n° 12. Il ajoute que « les sections 65 et 66 du *Crime and Disorder Act* 1998 n'établissent pas un système de justice pénale et de peines devant être administrées par des policiers. Elles visent à maintenir de jeunes primo-délinquants comme R. en dehors des tribunaux, cherchant d'ailleurs à prévenir une future réitération dans leur propre intérêt et dans celui de la société. Elles n'impliquent aucune violation de l'article 6 » (n° 19).

⁶²⁹ *Jones v. Whalley* [2006] UKHL 41 ; [2007] *Crim LR* 289, comm. L. H. Leigh ; (2009) 5 *Arch. News* 5, comm. L. H. Leigh. Sur cette décision, voir *infra*, n° 246.

⁶³⁰ Voir *supra*, n° 29 et s.

par la règle de droit – la peine, principale ou complémentaire – ne puisse être ordonné que par un acte juridictionnel après que le présumé – les éléments constitutifs de l’infraction – ait lui-même été constaté préalablement par un acte juridictionnel. En d’autres termes, l’effet juridique suppose préalablement la modification de la situation juridique du mis en cause qui, d’innocent, doit ainsi être reconnu coupable. Dès lors, ce n’est pas seulement le monopole juridictionnel de la sanction qui est atteint par le développement des réponses pénales, c’est toute la logique qui structure la réalisation du *jus puniendi* puisque l’individu averti demeure toujours juridiquement innocent.

Il y a là, nous semble-t-il, la source d’une très sérieuse disharmonie⁶³¹. Quelle que soit en effet la qualification donnée à la mesure prise par une autorité d’« implémentation »⁶³² à la suite de la commission d’une infraction – peine, sanction, réponse, mesure de sûreté –, quelles que soient les finalités mises en avant – rétributive, réparatrice, réhabilitative –, il paraît difficile de décider d’une telle mesure en niant, juridiquement parlant, la culpabilité de l’individu, même si cette négation s’avère motivée par la volonté de préserver le monopole traditionnellement conféré à l’acte juridictionnel et, partant, à la juridictionnalisation. La problématique ne devrait certainement pas se concentrer sur la question de savoir si l’avertissement simple ou conditionné, les mesures pouvant être décidées par le procureur français sur le fondement de l’article 41-1 du code de procédure pénale, constituent des peines ou des sanctions pénales pour déterminer si leur inflicton constitue une décision sur le bien-fondé d’une accusation appelant reconnaissance de culpabilité⁶³³. Elle devrait conduire, à l’inverse, à s’interroger sur la possibilité de prendre une telle mesure – rétributive, réparatrice, réhabilitative – en l’absence d’infraction constatée – juridiquement constituée. Car, quelle que soit la qualification donnée aux mesures décidées, les négations française et anglaise ouvrent *in fine* la voie à une remise en cause du principe de légalité et à la consécration d’un « à-peu-près droit », pour reprendre la formule du Doyen Carbonnier.

⁶³¹ Dans le même sens, J. S. GOLERICK, « *Pretrial Diversion : The Threat of Expanding Social Control* », (1975) 10 *Harr. C.R.-C.L. L. Rev* 202 : « (...) sans la notion de culpabilité et l’exigence d’un acte infractionnel pour justifier l’intervention du gouvernement, le champ potentiel du système de justice pénale serait illimité. De plus, puisque la diversion permet une intervention de l’Etat sans preuve de la culpabilité, celle-ci peut être utilisée pour subvertir les limites constitutionnelles des pouvoirs de l’Etat ».

⁶³² Le terme « *implémentation* » est d’usage courant dans les discours doctrinaux anglais. Il renvoie à tout ce qui a trait à la réalisation du droit. Voir ainsi, E. BLANKENBURG, « Implémentation » in J.-J. ARNAUD et *alii* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., Paris, 1993, p. 291 : « Ensemble des décisions, des organismes et des comportements des acteurs, concernant la mise en œuvre d’une loi ou d’un programme politique ».

⁶³³ Sur ces difficultés, voir B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 42, Paris, 2007.

2. Les conséquences théoriques et pratiques sur la légalisation de la répression

225. Le déclin de légalité derrière le déclin de la juridictionnalisation. Outre la méthode de réalisation, c'est la légalité de la répression qui risque fort d'être remise en cause. Puisque l'avertissement ne nécessite plus de constituer préalablement une culpabilité, puisqu'il aurait un but préventif ou restauratif, il est tentant de détacher son application de la commission d'une infraction. Bonneville de Marsangy avait d'ailleurs, au XIX^{ème} siècle, déjà soulevé malgré lui les ambiguïtés des avertissements extrajudictionnels entre les mains du ministère public :

« (...) si le fait signalé offre le caractère d'une infraction punissable, la conduite du ministère public est toute tracée par la loi d'instruction criminelle. Il y a poursuite. Mais il est une foule de faits qui, bien que ne constituant pas des actes punissables, sont, dans l'acception la plus absolue, des méfaits, c'est-à-dire des faits répréhensibles au point de vue de la morale, de l'ordre public, de l'intérêt social ; actes que la loi répressive ne peut toujours saisir, mais qui semblent être les avant-coureurs probables d'actes plus graves devant, tôt ou tard, constituer des crimes ou des délits. C'est là que la prudence du magistrat doit intervenir »⁶³⁴.

En d'autres termes, l'avertissement officieux ne constituait pas pour lui une alternative à une poursuite, mais le palliatif à une poursuite qui n'aurait pu s'exercer, faute de qualification pénale.

226. Le spectre du « net-widening »⁶³⁵. La pratique contemporaine révèle la pérennité de ce travestissement de la légalité. Dans une étude portant sur les modalités d'utilisation des « alternatives aux poursuites » à Bobigny et à Bordeaux, Laura Aubert a pu constater que certains faits traités par la voie des mesures édictées par l'article 41-1 du code de procédure pénale ne constituaient pas, « en soi, une transgression de la loi pénale » mais des faits « pour lesquels les magistrats pensent qu'il est nécessaire d'intervenir avant que la situation ne se détériore et ne provoque une infraction »⁶³⁶.

⁶³⁴ BONNEVILLE DE MARSANGY (A.), *De l'amélioration de la loi criminelle, en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, op. cit., p. 190.

⁶³⁵ Sur la théorie du « net-widening », voir M. MC MAHON, « Net-Widening : Vagaries in the Use of a Concept » (1990) 30 *BJ Crim.* 121.

⁶³⁶ L. AUBERT, « Systématisme pénal et alternatives aux poursuites en France : une politique pénale en trompe-l'œil », *Droit et société* 2010/1, n° 74, p. 23. L'auteure cite, en ce sens, un magistrat : « L'immense

Les études anglaises insistent, quant à elles, sur l'extension du contrôle social qu'a entraînée le développement des réponses pénales infrajuridictionnelles. Même si les circulaires s'en défendent – elles requièrent toutes qu'une infraction soient constituées et précisent que les « *diversions* » ne doivent pas être utilisées pour sauver des procédures fragiles –, les études démontrent en effet, pour la plupart, que le développement des réponses pénales infrajuridictionnelles a permis d'appréhender des comportements qui ne correspondent à aucune infraction pénale ou pour la condamnation desquels les preuves recueillies se seraient révélées insuffisantes⁶³⁷. Le législateur britannique lui-même l'a d'ailleurs récemment reconnu avec le *ASBCPA* 2014 : les *FPN* peuvent venir sanctionner la violation d'un arrêté de protection de la communauté (*Community Protection Order*) délivré par l'officier de police lui-même et interdisant un simple comportement antisocial (*Anti-Social Behaviour*).

Plusieurs études récentes relèvent aussi le paradoxe de l'introduction des *PND*s. Si celles-ci avaient pour vocation de permettre aux agents de police de dégager le temps utilisé jusque-là pour préparer l'affaire devant être soumise à la juridiction afin de patrouiller davantage, cette vocation est largement contredite en pratique par l'extension du nombre d'infractions traitées en raison de la création des *PND*s et par la forte proportion de *PND*s décidées à la suite d'une garde à vue⁶³⁸.

majorité, quand ça ne va pas en poursuites, c'est que le jeu n'en vaut pas la chandelle, c'est-à-dire que l'infraction n'est pas assez... on ne la juge pas assez grave pour monopoliser une date d'audience. La deuxième petite frange, mais alors là, je ne devrais pas le dire parce que théoriquement on n'aurait pas dû faire une médiation, c'est des affaires qui, au niveau de la constitution de l'infraction pénale, ne tenaient pas dur comme fer, mais dans un contexte de conflit, etc. nous semblaient nécessiter une mesure de médiation (...). Mais c'est vrai que théoriquement, dans la pureté des principes, on ne devrait même pas faire une médiation dans ce cas-là, on devrait se contenter de dire : 'infraction non constituée' ».

⁶³⁷ Voir par exemple, l'étude menée par Vicky Kemp au sein de quatre forces de police. V. KEMP, « PACE, performance targets and legal protections », [2014] *Crim LR* 278, spéc. 287, qui relève que, lors de son étude, cette question « fut controversée car la plupart des *custody officers* savaient que disposer de preuves suffisantes pour poursuivre constitue une condition légale, et aussi parce qu'ils étaient souvent en charge de la décision de savoir si un suspect devait se voir administrer une *caution* ». En conséquence, il était, selon elle, peu probable que les réponses soient sincères. Malgré cela, « il y eut vingt répondants, cinq dans chaque commissariat, qui reconnurent que c'était le cas ». L'un des *custody officer* précise ainsi que « nous administrons des *cautions* de façon inappropriée, en particulier pour les incidents domestiques parce que nous devons montrer que nous prenons des mesures positives. Ce, à juste titre, mais parfois je pense que nous ne devrions pas administrer de *caution* parce que nous ne pourrions offrir aucune preuve si l'affaire allait devant la juridiction, parce qu'il n'y en a aucune ».

⁶³⁸ Voir ainsi, G. HALLIGAN-DAVIS et K. SPICER, *Piloting « On the Spot Penalties » for Disorder : Final Results from a One-year Pilot*, Research Findings n° 257, HMSO, Londres, 2004, p. 5. Les auteurs constatent un gain de temps pour l'officier de police, mais relèvent que « cette économie globale du temps de la police diminue pour tous les cas où aucune autre mesure n'aurait auparavant été prise », ce qu'ils estiment être le cas de plus de la moitié des *PND*s administrées. Dans le même sens, voir S. GRACE, « 'Swift, Simple, Effective Justice ?' Identifying the Aims of Penalty Notices for Disorder and Whether these have been Realised in Practice », art. préc., p. 73.

227. *Les réponses pénales : « Diversion » – alternative aux poursuites – ou attraction – alternative au classement ?* La dénégation, au profit des réponses pénales, de l'effet substantiel de l'acte juridictionnel traduit ainsi la volonté du juge répressif de préserver son monopole et de ne pas renforcer davantage les pouvoirs du ministère public : seul l'acte juridictionnel institue l'individu innocent en coupable. Elle est pourtant révélatrice de l'ambiguïté des réponses pénales. Car il ne faut pas perdre de vue que la culpabilité pénale n'est pas, juridiquement, la conséquence de l'infraction. Elle est en réalité la condition de la sanction pénale. Or, si la dimension originellement restaurative des réponses pénales pouvait expliquer la soustraction de leur prononcé à l'établissement préalable de la culpabilité de l'individu, leur vocation désormais rétributive devrait impliquer que ce prononcé ne puisse se soustraire à cette nécessité. D'autant que de très nombreux attributs sont reconnus à ces réponses, attributs qui peuvent apparaître contradictoires avec leur absence d'effet substantiel ou avec leur vocation rétributive. Car, finalement, si l'individu est, au regard de l'effet produit par les réponses pénales, juridiquement innocent, il ne l'est pas tout à fait au regard des attributs qui sont reconnus à ces mesures par les législateurs. Et, sur ce point, les systèmes français et anglais divergent assez sensiblement.

§ 2nd LES REPONSES PENALES ET LES ATTRIBUTS DE L'ACTE JURIDICTIONNEL

228. Ne produisant pas l'effet de l'acte juridictionnel, il semblerait logique que les réponses administrées par les ministères publics français et anglais ne puissent se voir reconnaître les attributs conférés par la loi à l'acte juridictionnel, attributs qui sont traditionnellement, en France, l'autorité de la chose jugée et l'extinction de l'action publique, la force exécutoire, la constitution du premier terme de la récidive, l'interversion de la prescription de la peine à la prescription de l'action publique⁶³⁹. La dénégation de l'effet de l'acte juridictionnel entraînerait ainsi nécessairement la dénégation du régime de l'acte juridictionnel. Toutefois, sur ce point, les positions des droits français (A) et anglais (B) divergent sensiblement. Le premier dénie absolument aux réponses pénales les attributs de l'acte juridictionnel, en conformité avec leur absence d'effet substantiel mais en contradiction avec leur vocation implicitement rétributive. Le second reconnaît aux

⁶³⁹ Sur les difficultés suscitées par l'introduction des réponses infrajuridictionnelles aux infractions, voir S. DETRAZ, « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », art. préc.

réponses pénales certains attributs de l'acte juridictionnel, en conformité avec leur vocation rétributive mais en contradiction avec leur absence d'effet substantiel.

A. L'exclusion absolue, par le droit français, des attributs de l'acte juridictionnel

229. Le droit français exclut absolument toute reconnaissance, au profit des réponses pénales de l'article 41-1 du code de procédure pénale, des attributs qu'il reconnaît par ailleurs à l'acte juridictionnel : l'autorité de la chose jugée et ses corollaires que sont le dessaisissement du juge comme le caractère extinctif de la prescription de l'action publique (1), mais aussi les autres attributs que constituent la force exécutoire, la constitution du premier terme de la récidive et l'interversion de la prescription de la peine à la prescription de l'action publique (2).

1. L'exclusion de l'autorité de la chose jugée et de ses corollaires

230. Puisque le droit français dénie aux mesures prises sur le fondement de l'article 41-1 du code de procédure pénale toute efficacité substantielle, il semble *a priori* logique qu'il dénie à ces mesures l'autorité de la chose jugée. La dénégation de l'effet conduit ainsi à dénier l'attribut qui lui est corrélatif⁶⁴⁰.

231. *L'absence d'autorité de la chose jugée au pénal des mesures de l'article 41-1 CPP.* C'est en effet la position du juge français. En France, les décisions prises sur le fondement de l'article 41-1 du code de procédure pénale ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée qui éteint, en vertu de l'article 6 du code de procédure pénale, l'action publique. Quel que soit le comportement de l'individu qui se serait vu administrer un rappel à la loi, par exemple, le ministère public peut, après cette administration, déclencher l'action publique. Dans un arrêt du 21 juin 2011, la chambre criminelle de la Cour de cassation a en effet considéré que « le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, prescrire l'une des obligations prévues par ledit article, sans

⁶⁴⁰ Sur l'autorité de la chose jugée en procédure pénale, voir K. NAJARIAN, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 16, Paris, 1973.

que l'exécution de cette obligation éteint l'action publique »⁶⁴¹, faisant ainsi de ces mesures, contre la lettre de l'article 40-1 du code de procédure pénale, non pas une alternative aux poursuites, mais un préalable, un « préambule »⁶⁴² à celles-ci. Aussi, les mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale peuvent-elles éventuellement se cumuler, même en cas de succès, avec des poursuites ultérieures déclenchées éventuellement par la victime⁶⁴³.

Dès lors, le dessaisissement, qui vient traditionnellement compléter l'autorité de la chose jugée – *lata sententia, judex desinit esse judex*, « le juge épuise son pouvoir en prononçant sa sentence » – et qui interdit au juge de revenir sur sa décision, de sa propre initiative ou avec l'accord des parties, pour modifier ou compléter sa décision, ne concerne pas les réponses pénales. En d'autres termes, les réponses pénales ne dessaisissent pas le ministère public. Celui-ci est considéré seulement comme une autorité de poursuite et peut ainsi revenir sur sa décision, la compléter ou la modifier jusqu'à l'extinction de l'action publique.

232. Les contradictions avec les vocations respectives des réponses pénales et de l'autorité de la chose jugée. La solution, qui peut se revendiquer d'une certaine orthodoxie juridique – le procureur est une autorité de poursuite, non une autorité juridictionnelle –, n'apparaît cependant pas sans contradiction si l'on prend soin d'interroger la vocation des réponses pénales et celle de l'autorité de la chose jugée.

L'impossibilité juridique de déclencher les poursuites semble en effet nécessaire pour pouvoir qualifier la mesure d' « alternative aux poursuites », puisqu'une mesure alternative est par définition mise en œuvre à la place des poursuites. La circulaire CRIM n° 04-03/E5 du 16 mars 2004 affirmait d'ailleurs ce caractère alternatif. De même, l'article 40-1 2° du code de procédure pénale qualifie-t-il indistinctement les mesures prévues aux articles 41-1 et 41-2 de « procédure alternative aux poursuites »⁶⁴⁴. En outre, même si l'exécution des mesures de l'article 41-1 ne figure pas parmi les causes d'extinction de l'action publique

⁶⁴¹ Cass. crim., 21 juin 2011, *Bull. crim.* n° 141, *Dalloz actualité*, 12 juill. 2011, obs. M. Léna ; *D.* 2011, 2379, note F. Desprez ; *ibid.*, 2349, obs. J.- B. Perrier ; *ibid.* 2012, pan. 2118, obs. J. Pradel ; *AJ pén.* 2011, p. 584, note L. Belfanti ; *RJC* 2011, p. 660, obs. J. Danet ; *Procédures* 2011, n° 312, obs. J. Buisson ; *JCP* 2011, 1453, obs. F. Ludwiczak ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 200, p. 18, note S. Detraz. Voir également, pour une critique de la décision, O. SAUTEL, « Les alternatives aux poursuites. Un exemple de 'dérive' » in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de C. Lazerges, op. cit.*, p. 797 et s.

⁶⁴² J. J. Danet, obs. préc.

⁶⁴³ Cass. crim., 17 janv. 2012, *Bull. crim.* n° 12 : il résulte de l'article 41-1 du code de procédure pénale que « le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, prescrire l'une des obligations prévues par ce texte, sans que l'exécution de cette obligation éteigne l'action publique, ce qui implique que le plaignant peut mettre celle-ci en mouvement ».

⁶⁴⁴ Nous soulignons.

prévues par l'article 6 du code de procédure pénale, il faut garder à l'esprit que l'autorité de la chose jugée, comme attribut du jugement, a une vocation essentielle, à savoir garantir la sécurité juridique en évitant le renouvellement des procès. Si la doctrine processualiste avait en effet relevé que l'autorité de la chose jugée ne constituait pas un effet du jugement, mais plutôt une qualité⁶⁴⁵ ou un attribut attachés au jugement⁶⁴⁶, elle avait relevé que cette autorité a une fonction bien précise, « interdire le renouvellement des procès »⁶⁴⁷, assurer « l'immutabilité de la vérification juridictionnelle »⁶⁴⁸. L'autorité de la chose jugée a donc une fonction bien précise, qui va au-delà d'une simple présomption de vérité légale : garantir la sécurité juridique⁶⁴⁹. En outre, certains auteurs avaient relevé que cette autorité s'attache « à tout jugement (définitif), qu'il ait ou non une efficacité substantielle »⁶⁵⁰.

Aussi, si l'on conçoit que l'on ne puisse conférer l'autorité de la chose jugée à une mesure qui était destinée à ce que la chose ne soit justement pas jugée, il nous paraît nécessaire de garantir la sécurité juridique que sous-tend l'autorité de la chose jugée. Or, cette garantie, il nous semble possible de la trouver dans le contrôle de l'intérêt à agir. Pourquoi, en effet, ne pas permettre au juge de déclarer l'action du ministère public irrecevable faute d'intérêt à agir ? L'absence de contrôle de l'intérêt à agir du ministère public en procédure pénale s'expliquait par la nécessité dans laquelle celui-ci se trouvait, s'il souhaitait qu'une sanction puisse être infligée, d'exercer l'action publique. C'est parce qu'il n'existait pas de réalisation du *jus puniendi* en dehors de la juridictionnalisation que le ministère public avait toujours intérêt à agir, et parce que la juridictionnalisation de la

⁶⁴⁵ Voir ainsi, J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, Thèse, Paris, 1954, p. 167 : l'autorité de la chose jugée est « une qualité du contenu de la sentence », elle « n'est point un effet autonome de la sentence, mais une qualité, un attribut de l'efficacité que la sentence produit naturellement et nécessairement selon la nature qui est la sienne dans la catégorie des actes juridiques » ; D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », tome 143, Paris, 1973, n° 145, p. 115 : « La qualité qui recouvre la vérification juridictionnelle ne se situe pas au même plan que les effets propres du jugement qui n'en sont que la conséquence ».

⁶⁴⁶ En ce sens, C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, *op. cit.*, n° 168 et s., p. 115 et s., spéc. n° 198-210, pp. 133-140, qui qualifie l'autorité de la chose jugée d'« attribut » puisqu'elle est attachée automatiquement au jugement remplissant certaines conditions par une volonté extérieure – celle du législateur – dans un but déterminé, à la différence d'un effet qui est le résultat du jugement. Dans le même sens, voir J. HERON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, p. 131 et s., spéc. p. 137. Voir toutefois, L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Lexisnexus, coll. « Manuel », 8^{ème} éd., Paris, 2013, n° 725-742, p. 563-575, qui envisagent l'autorité de la chose jugée comme un effet processuel du jugement qui tient à la qualité d'acte juridictionnel de celui-ci. Voir également, G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, Dalloz, coll. « Sirey Université », 17^{ème} éd., Paris, 2014, n° 213, p. 223.

⁶⁴⁷ C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, *op. cit.*, n° 176, p. 119. Dans le même sens, J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, thèse préc., p. 325 : « Il faut éviter le renouvellement des procès. La nécessité est de tous les temps et de tous les lieux ».

⁶⁴⁸ D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, *op. cit.*, n° 343, p. 252.

⁶⁴⁹ En ce sens, HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 332, p. 265.

⁶⁵⁰ C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, *op. cit.*, n° 214, p. 143. Dans le même sens, D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, *op. cit.*, n° 240 et s., p. 182 et s.

répression constituait la *ratio* de l'institution du ministère public que la qualité à agir de cette dernière pouvait dispenser du contrôle de son intérêt à agir. En d'autres termes, la juridictionnalisation nécessaire de la répression pénale privait de toute pertinence le contrôle de l'intérêt à agir du ministère public. Mais désormais, puisqu'une sanction peut être infligée sans que l'action publique ne soit exercée, il serait logique que le juge contrôle cet intérêt à agir et préserve ainsi la sécurité juridique, sans qu'il soit besoin d'attendre l'intervention du législateur⁶⁵¹.

Ainsi, si la juridictionnalisation de la répression apparaît préservée par le refus d'étendre l'autorité de la chose jugée aux réponses pénales décidées par le procureur, il s'agit d'une préservation en creux et sans nuance.

⁶⁵¹ Hébraud remarquait déjà en 1949 que « l'effet de la taxe ou de l'amende de composition n'est pas seulement d'éteindre l'action publique, d'une manière quelconque, mais de l'épuiser, par l'accomplissement de son but, une sanction infligée au délinquant ». Voir ainsi, HEBRAUD (P.), « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux. A propos de la condamnation pénale », art. préc., n° 23, p. 188. En ce sens également, O. SAUTEL, « Les alternatives aux poursuites. Un exemple de 'dérive' », art. préc., *loc. cit.*, p. 800, qui relève que la Cour de cassation pourrait très simplement modifier son interprétation et considérer que la réalisation positive d'une alternative oblige le classement sans suite, puisque « [r]ien ne fait obstacle à un tel revirement ». *Contra*, S. Detraz, note préc. sous Cass. crim., 21 juin 2011, qui, tout en approuvant la décision, puisque l'article 6 du code de procédure pénale ne saurait être complété sans disposition expresse de la loi, relève que « [l']affirmation de la chambre criminelle n'est cependant pas entièrement pertinente, car l'extinction de l'action publique n'est pas le seul obstacle insurmontable à son exercice (...) : elle aurait donc pu, en l'espèce, être paralysée malgré sa survie ». Il poursuit : « (...) la loi n'est pas radicalement hostile à l'empêchement de poursuites dans des situations comparables à celle des individus ayant exécuté les mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale. Ainsi, l'article L. 3243-1, alinéas 1^{er} et 3 et 4, du code de la santé publique dispose, d'une part, que le procureur de la République peut enjoindre à la personne ayant fait un usage illicite de stupéfiants de se soumettre à une mesure d'injonction thérapeutique, auquel cas l'action publique n'est pas exercée à l'encontre des personnes qui se soumettent à la mesure d'injonction thérapeutique qui leur est ordonnée et la suivent jusqu'à son terme' et, d'autre part, que l'action publique n'est pas exercée à l'égard des personnes ayant fait un usage illicite de stupéfiants, lorsqu'il est établi qu'elles se sont soumises, depuis les faits qui leur sont reprochés, à une mesure de soins ou à une surveillance médicale adaptées'. Or, il n'est pas douteux que la cure de désintoxication, suivie sur injonction ou spontanément, ne constitue pas une punition pour l'individu ; elle se rapproche au contraire des mesures de l'article 41-1, alinéa 1^{er}, 2^o et 3^o, du code de procédure pénale consistant à orienter la personne vers une structure sanitaire ou à lui demander de régulariser sa situation. Pourtant, le texte fait de l'accomplissement de cette cure un obstacle dirimant à l'engagement des poursuites, même s'il n'est pas érigé expressément en cause d'extinction de l'action publique ». Voir également, pour la nécessité d'une réforme législative, J.-B. Perrier, obs. préc. sous Cass. crim., 21 juin 2011 « (...) l'article 41-1 ne devrait-il pas être une véritable alternative aux poursuites ? Dans un contexte visant à développer les procédures pénales simplifiées, ne devrait-on pas également favoriser le plein effet des mesures pénales inspirées d'une logique consensuelle ? De ce point de vue, il semblerait appréciable que l'article 41-1 puisse intégrer le cercle désormais très fermé des alternatives aux poursuites. Une évolution des articles 6 et 41-1 du code de procédure pénale pourrait conférer à ce dernier un effet extinctif. Une telle évolution ne modifierait que marginalement les pratiques des parquets. Elle permettrait, surtout, de renforcer l'intérêt et l'utilité de l'article 41-1 » ; L. BELFANTI, note préc. : « Si le recours à une mesure alternative rend l'action publique ultérieure pour le moins inopportune, seule une intervention législative pourrait être de nature à aligner le régime des alternatives contenues dans l'article 41-1 du code de procédure pénale (rappel à la loi, réparation du dommage, médiation, etc.) avec celle de l'article 41-2 (composition pénale) en leur reconnaissant un caractère extinctif à la condition toutefois qu'elles soient validées par un juge contrôleur du respect des droits. Cette inclination ne permettrait-elle pas de clarifier définitivement, sinon la politique pénale des parquets, du moins les effets de l'exécution des alternatives aux poursuites dans l'esprit des justiciables qui en sont bénéficiaires dans le sens d'une sécurité juridique accrue et d'une célérité de la justice renforcée ? ».

2. *L'exclusion des autres attributs de l'acte juridictionnel*

233. Comme l'autorité de la chose jugée, les autres attributs qui assortissent traditionnellement la décision de condamnation (a) ou la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement (b) se voient refuser aux réponses pénales.

a. L'exclusion des attributs de la condamnation pénale

234. La décision de condamnation pénale se voit conférer plusieurs attributs : la force exécutoire, l'interversion des prescriptions et l'hypothèque judiciaire. Or, les réponses pénales de l'article 41-1 du code de procédure pénale en sont privées.

235. *L'absence de force exécutoire, au pénal.* La force exécutoire est l'attribut du jugement qui permet de poursuivre directement l'exécution de la condamnation prononcée. C'est un remède à l'absence d'exécution spontanée.

Or, les mesures décidées sur le fondement de l'article 41-1 du code de procédure pénale n'ont pas force exécutoire puisqu'en cas de non-exécution de la mesure, le procureur doit recourir à une composition pénale ou tenter des poursuites. Le dernier alinéa de l'article 41-1 dispose ainsi qu'« [e]n cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites ».

La force exécutoire peut toutefois, s'agissant des intérêts civils, être indirectement conférer à la médiation organisée dans le cadre de l'article 41-1 du code de procédure pénale. L'article 41-1 5° du code de procédure pénale prévoit en effet que le procureur peut faire procéder à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime et que « si l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages-intérêts à la victime, celle-ci peut, au vu de ce procès-verbal, en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le code de procédure civile ». La jurisprudence a, de son côté, confirmé la possibilité pour la victime qui souhaite obtenir l'exécution de l'accord issu de la médiation d'utiliser la procédure de droit commun, conférant même à un tel accord, un caractère transactionnel. La première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 avril 2013, pour rejeter le pourvoi formé par un ex-concubin contre la décision le condamnant à exécuter ses engagements, a ainsi considéré que « le procès-verbal établi et signé à l'occasion d'une médiation pénale, qui contient les engagements de l'auteur

des faits incriminés, pris envers sa victime en contrepartie de la renonciation de celle-ci à sa plainte et, le cas échéant, à une indemnisation intégrale, afin d'assurer la réparation des conséquences dommageables de l'infraction et d'en prévenir la réitération par le règlement des désaccords entre les parties, constitue une transaction qui, en dehors de toute procédure pénale, tend à régler tous les différends s'y trouvant compris et laisse au procureur de la République la libre appréciation des poursuites en considération du comportement du mis en cause ». Aussi approuve-t-elle la cour d'appel, qui, par motifs propres et adoptés, a relevé que M. Y. n'avait pas justifié s'être libéré de ses engagements ni n'avait établi que Mme X. y eût renoncé, a légalement justifié sa décision de le condamner à exécuter la transaction »⁶⁵².

236. L'absence d'interversion des prescriptions et d'hypothèque judiciaire. En outre, ces mesures ne produisent aucune interversion des prescriptions. La prescription de la peine des articles 133-2 à 133-4 du code pénal⁶⁵³ ne se substitue pas à la prescription de l'action publique des articles 7, 8 et 9 du code de procédure pénale⁶⁵⁴ après prononcé de la réponse pénale, puisque l'article 41-1, alinéa 2, du code de procédure pénale prévoit seulement que la procédure « suspend la prescription de l'action publique ».

⁶⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, *Bull. civ.* I n° 80 ; *D.* 2013, 1663, note J.-B. Perrier ; *AJ pén.* 2013, p. 422, obs. S. Lavric. Dès lors, lorsque l'accord de médiation est correctement exécuté, le caractère transactionnel de cet accord implique l'extinction du litige existant entre l'auteur et la victime. Partant, la victime indemnisée ne peut saisir le juge civil d'une demande portant sur le litige réglé par la médiation, en raison de « l'autorité de la chose jugée en dernier ressort » conférée par l'article 2052 du code civil aux transactions, sauf à contester la validité de l'accord, ou à faire valoir une aggravation imprévue du préjudice ou l'apparition d'un préjudice nouveau. En revanche, dans une telle hypothèse, l'autorité de la chose jugée au civil n'impliquerait pas, en théorie, l'impossibilité pour la victime d'exercer l'action civile devant le juge répressif et de déclencher l'action publique, puisque l'action civile présente également une nature vindicative. L'impossibilité de demander réparation n'interdit pas de corroborer simplement l'action publique qui n'est pas éteinte par la médiation-transaction. En ce sens, voir J.-B. Perrier, obs. préc. sous Cass. crim., 21 juin 2011 : « Voilà, sans doute, une conséquence inattendue de la reconnaissance du caractère transactionnel de l'accord issu d'une médiation pénale : l'interprétation stricte de la portée des accords transactionnels conjuguée à l'absence d'incidence sur l'action publique des médiations pénales peuvent permettre à la victime de participer au procès pénal, alors même que l'accord a été correctement exécuté ». Voir également, F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n° 1346, p. 903, qui relèvent « l'incertitude » qui entoure la question de la possibilité pour la victime indemnisée, notamment par une transaction, d'exercer ou de corroborer l'action publique, mais tendent vers une réponse positive en raison de la nature vindicative de cette action. Voir toutefois, Cass. crim., 28 mai 1998, *Bull. crim.* n° 176, *a contrario* : « (...) le demandeur au pourvoi, n'étant ni partie aux transactions passées par certaines parties civiles avec la société de bourse JFA Buisson et la société des Bourses françaises, ni codébiteur d'une obligation contractée solidairement, ne saurait faire grief à la cour d'appel d'avoir déclaré ces parties civiles recevables à se constituer contre lui ». Sur le particularisme de l'action civile, voir P. BONFILS, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, n° 230 et s. ; du même auteur, « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à J. Pradel, op. cit.*, p. 179 et s.

⁶⁵³ De vingt ans en matière criminelle, cinq ans en matière correctionnelle et un an en matière contraventionnelle.

⁶⁵⁴ De dix ans en matière criminelle, trois ans en matière correctionnelle et un an en matière contraventionnelle.

Il en va de même de l'hypothèque judiciaire qui résulte, selon l'article 2412, alinéa 1^{er}, du code civil « des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus », et qui s'applique aux jugements de condamnation, y compris aux jugements rendus par les juridictions répressives : cette hypothèque ne vient pas garantir les réponses pénales. La décision juridictionnelle prise doit comporter condamnation, c'est-à-dire constater une obligation à la charge d'une partie et lui ordonner de l'exécuter. Et l'hypothèque, en effet, ne se comprend pas en l'absence d'une créance à garantir.

237. L'absence d'inscription au casier judiciaire et de constitution du premier terme de la récidive. Les réponses pénales ne sauraient figurer au casier judiciaire de la personne puisque l'article 768 du code de procédure pénale, qui régit le casier judiciaire, ne vise essentiellement que les condamnations contradictoires ou par défaut non frappées d'opposition, et les compositions pénales. En outre, même si aucune décision n'est venue le préciser expressément, les mesures de l'article 41-1 ne sauraient constituer le premier terme de la récidive⁶⁵⁵ ou de la réitération. Le premier terme de la récidive, comme celui de la réitération est en effet une condamnation définitive (art. 132-8 et s. C. pén. ; art. 132-16-7 C. pén.), de sorte que l'individu évincé de son domicile ou rappelé à la loi sur le fondement de l'article 41-1 qui commettrait une seconde infraction, ne serait pas en état de récidive légale⁶⁵⁶, ni en état de réitération, mais en situation de concours réel (art. 132-1 et s. C. pén.).

b. L'exclusion des attributs du non-lieu, de la relaxe ou de l'acquittement au regard de l'effacement des données inscrites au fichier TAJ

238. Le législateur refuse de reconnaître aux réponses pénales les attributs qu'il reconnaît par ailleurs aux décisions juridictionnelles de relaxe, d'acquittement ou de non-lieu.

⁶⁵⁵ *Mutatis mutandis*, pour la composition pénale, voir Cass. avis, 18 janv. 2010, *Bull. crim.* (avis) n° 1, *D.* 2010, AJ 327, note M. Léna ; *AJ pén.* 2010, p. 187, obs. J. Danet ; *Dr. pén.* 2011, chron. 2, obs. E. Garçon ; Cass. crim., 30 nov. 2010, *Bull. crim.* n° 190, *D.* 2011, act. 166 ; *Dr. pén.* 2011, chron. 2, obs. E. Garçon : une amende de composition pénale exécutée ne peut constituer le premier terme d'une récidive au sens de l'article 132-10 du code pénal.

⁶⁵⁶ En ce sens, S. DETRAZ, « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », art. préc., n° 16.

239. L'inscription au STIC puis au TAJ des informations recueillies pendant l'enquête. Les informations relatives à un individu ayant fait l'objet d'une enquête sont inscrites dans le Système de Traitement des Infractions Constatées (STIC)⁶⁵⁷. Le « traitement des antécédents judiciaires » – (TAJ) selon la dénomination retenue par l'article R 40-23 du code de procédure pénale – remplacera au 31 décembre 2015 les fichiers STIC et JUDEX dont il a repris l'ensemble des données⁶⁵⁸.

Les articles 230-6 et 230-7 du code de procédure pénale permettent ainsi aux services de police et de gendarmerie, afin de faciliter la constatation des infractions à la loi pénale, le rassemblement des preuves de ces infractions et la recherche de leurs auteurs, de mettre en œuvre des traitements automatisés de données à caractère personnel recueillies dans le cadre des enquêtes préliminaires ou de flagrance ou des investigations exécutées sur commission rogatoire et concernant notamment tout crime ou délit ainsi que les contraventions de la cinquième classe sanctionnant un trouble à la sécurité ou à la tranquillité publiques ou une atteinte aux personnes, aux biens ou à l'autorité de l'État. Ces fichiers sont destinés principalement à contenir des informations sur les personnes, sans limitation d'âge, à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblables qu'elles aient pu participer, comme auteurs ou complices, à la commission des infractions mentionnées précédemment.

⁶⁵⁷ L'existence du STIC a été officiellement consacrée par un décret n° 2001-583 du 5 juillet 2001. La loi n° 2003-239 pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003 a ensuite fixé un cadre légal applicable à tout traitement des données personnelles lorsque celles-ci sont recueillies dans le cadre d'une enquête judiciaire, validé par le Conseil constitutionnel. Voir ainsi, Cons. const., 13 mars 2003, décision n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, consid. 27 : le Conseil constitutionnel considère que les garanties instituées par la loi étaient « de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée » ; D. 2004, 1273, obs. S. Nicot. La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure a introduit un nouveau chapitre au sein du code de procédure pénale, au sein du titre IV du livre I^{er}, intitulé « des fichiers de police judiciaire », consacré à trois fichiers de police judiciaire : le fichier des antécédents (art. 230-6 à art. 230-11 CPP), la base d'analyse sérielle (art. 230-12 à art. 230-18 CPP) et le fichier des personnes recherchées (art. 230-19 CPP). Sur cette loi, voir P. BONFILS, « Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (loi n° 2011-267 du 14 mars 2011) », RSC 2011, p. 440 et s. ; C. RYBEIRE, « LOPPSI II : de nouvelles règles au service de la répression », *Dr. pén.* 2011, étude 10, spéc. n° 35.

⁶⁵⁸ Le fichier TAJ a été autorisé par le décret n° 2012-652 du 4 mai 2012 relatif au traitement d'antécédents judiciaires, qui a corrélativement abrogé les deux décrets autorisant les fichiers STIC et JUDEX. Cependant, compte tenu des difficultés techniques et opérationnelles relatives à l'alimentation du traitement d'antécédents judiciaires, à sa mise à jour et à l'absence de mise en œuvre effective d'un outil statistique au sein de ce traitement, le décret n° 2013-1268 du 27 décembre 2013 portant modification du décret n° 2012-652 du 4 mai 2012 a reporté, au 31 décembre 2015, la date d'abrogation du décret n° 2001-583 du 5 juillet 2001 portant création du STIC. Sur ce report, voir J. BUISSON, « Traitement d'antécédents judiciaires », *Procédures* 2014, comm. 91.

Le TAJ est alimenté par des données listées à l'article R. 40-26 du code de procédure pénale⁶⁵⁹, qui sont recueillies dans le cadre des procédures établies par les services de police et de gendarmerie, permettant l'identification d'une personne mise en cause ainsi que les données relatives aux victimes. L'article R. 40-27 du code de procédure pénale prévoit une durée de conservation de 20 ans (15 ans pour les victimes, 5 ans pour les mineurs). Cependant, ce principe n'a qu'une valeur relative car la durée est fixée à 40 ans (et à 10 et 20 ans pour les mineurs) pour de nombreuses infractions qui correspondent quasiment à l'intégralité du code pénal. La durée est simplement réduite à 5 ans pour des infractions marginales (usage simple de stupéfiant, racolage, abandon de famille..) et en matière de délits routiers (à l'exception de l'homicide).

240. Refus d'assimiler les réponses pénales à un acte juridictionnel de non-culpabilité. L'article 230-8 du code de procédure pénale place le TAJ sous la responsabilité du procureur de la République et prévoit que celui-ci doit se prononcer sur les suites qu'il convient de donner aux demandes d'effacement ou de rectification dans un délai d'un mois.

Toutefois, le texte refuse d'assimiler les réponses pénales aux décisions juridictionnelles portant relaxe ou acquittement. Aussi, prévoit-il que, pour les données relatives aux personnes ayant bénéficié d'un acquittement et d'une relaxe, le principe est l'effacement. Par exception, ces données peuvent être maintenues dans le fichier sur décision expresse du procureur et sous la double condition d'une mention de la relaxe ou de l'acquittement dans le fichier et d'un avertissement de la personne acquittée ou relaxée⁶⁶⁰. A l'inverse, pour les personnes ayant bénéficié d'une décision de non-lieu et, lorsqu'elle est motivée par une insuffisance de charge, d'un classement sans suite, le principe est le maintien des données

⁶⁵⁹ Pour les personnes physiques, l'identité (nom, nom marital, nom d'emprunt officiel, prénoms, sexe), le surnom ou l'alias, les date et lieu de naissance, la situation familiale, la filiation, la nationalité, les adresses, la profession, l'état de la personne, le signalement, la photographie comportant des caractéristiques techniques permettant de recourir à un dispositif de reconnaissance faciale (photographie du visage de face) et d'autres photographies. Pour les personnes morales, la raison sociale, l'enseigne commerciale, le sigle, la forme juridique, le numéro d'inscription au registre du commerce et des sociétés, le lieu du siège social, le numéro SIREN, SIRET, le secteur d'activité, les adresses. Le dernier alinéa de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale prévoit que « [s]ont également enregistrées les données à caractère non personnel qui concernent les faits, objets de l'enquête, les lieux, dates de l'infraction et modes opératoires ainsi que les données et images relatives aux objets, y compris celles qui permettent indirectement d'identifier les personnes concernées ».

⁶⁶⁰ Selon la circulaire du 18 août 2014 relative aux fichiers d'antécédents judiciaires, « il s'agit principalement des hypothèses d'irresponsabilité pénale telles que la contrainte, l'état de nécessité ou la légitime défense ». MINISTRE DE LA JUSTICE, Circulaire du 18 août 2014 relative aux fichiers d'antécédents judiciaires, *BOMJ* n° 2014-08 du 29 août 2014. Sur cette circulaire, voir A. PORTMANN, « Une circulaire fait le point sur les fichiers de police judiciaire », *Dalloz actualité*, 15 sept. 2014 ; W. ROUMIER, « Contrôle et mise à jour des fichiers d'antécédents judiciaires », *Dr. pén.* 2014, alerte 52.

personnelles avec mention du non-lieu ou du classement. Par exception, les données personnelles concernant les personnes ayant bénéficié d'un non-lieu ou d'un classement sans suite pour insuffisance de charges peuvent être effacées sur décision expresse du procureur. Enfin, le texte précise que les autres décisions de classement sans suite⁶⁶¹ font l'objet d'une mention, sans prévoir expressément de possibilité d'effacement. La mention de l'absence de condamnation aura pour conséquence d'interdire la consultation de celle-ci dans le cadre d'enquêtes administratives effectuées en application de l'article L. 114-1 du code de la sécurité intérieure⁶⁶².

241. La consécration prétorienne d'un recours juridictionnel devant le juge administratif contre les décisions de refus d'effacement du STIC. A la différence du dispositif encadrant le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG)⁶⁶³, le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAIS)⁶⁶⁴, ou le fichier automatisé des empreintes digitales (FAED)⁶⁶⁵, ni les dispositions législatives générales sur les fichiers d'antécédents judiciaires, ni le décret propre au STIC n'ont organisé de recours devant un juge judiciaire pour contester les décisions de refus d'effacement prises par le procureur de la République.

⁶⁶¹ Y compris, précise la circulaire du 18 août 2014, « l'accomplissement d'une mesure alternative aux poursuites, telle qu'une mesure de composition pénale ».

⁶⁶² Pour une critique du dispositif, voir P. BONFILS, « Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (loi n° 2011-267 du 14 mars 2011) », art. préc. : « Cette distinction de traitement entre non-lieu et relaxe est assez surprenante, car le non-lieu implique, le plus souvent, que les charges sont tellement faibles que l'instruction n'est pas allée jusqu'au renvoi ; on pourrait donc considérer que l'innocence est au moins aussi nette en cas de non-lieu qu'en cas de relaxe, spécialement lorsque celle-ci est rendue, finalement, au bénéfice du doute... ».

⁶⁶³ Pour le FNAEG, créé par l'article 28 de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, l'article 706-54 du code de procédure pénale donne aux intéressés, depuis sa réécriture par l'article 29 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, la possibilité, en cas de refus d'effacement par le procureur de la République, de saisir à cette fin le juge des libertés et de la détention, dont la décision peut être contestée devant le président de la chambre de l'instruction. A cet égard, le Conseil constitutionnel a fait de cette procédure l'un des éléments le conduisant à juger *a posteriori*, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, que le législateur avait assuré, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'était pas manifestement déséquilibrée. Voir ainsi, Cons. const., 16 sept. 2010, décision n° 2010-25 QPC, *M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques]*, consid. 16. Sur cette décision, voir *D.* 2012, 308, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat, *AJ pén.* 2010, p. 545, comm. J. Danet.

⁶⁶⁴ Pour le FIJAIS, un mécanisme de recours similaire est prévu par l'article 706-53-10 du code de procédure pénale depuis la création du fichier par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel, pour admettre la constitutionnalité du dispositif, avait relevé « l'attribution à l'autorité judiciaire du pouvoir d'inscription et de retrait des données nominatives ». Voir ainsi, Cons. const., 2 mars 2004, préc., consid. 86.

⁶⁶⁵ Pour le FAED, géré par le ministère de l'intérieur et qui n'a pas d'assise législative, un dispositif de recours similaire a été aménagé à cette fin par l'article 8 du décret n° 2005-585 du 27 mai 2005 modifiant le décret initial n° 87-249 du 8 avril 1987.

Dans son arrêt *Elkaim* du 17 juillet 2013⁶⁶⁶ a estimé qu'une décision de refus d'effacement, à l'encontre de laquelle aucun recours n'était prévu par les textes, est détachable d'une procédure judiciaire et constitue un acte de gestion administrative, susceptible d'être attaqué pour excès de pouvoir. Dans cette espèce, une personne avait été visée par une plainte pour violences aggravées, plainte qui n'avait finalement donné lieu qu'à un rappel à la loi dans les conditions prévues à l'article 41-1, 1° du code de procédure pénale. S'estimant être l'objet de contrôles renforcés par la police aux frontières à chaque fois qu'il voyage en avion pour un vol international, en raison de l'existence d'une fiche à son nom dans le STIC, elle en avait demandé la suppression au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris. Le procureur refusa de procéder à cette suppression. La cour administrative d'appel de Paris avait confirmé la position du juge de première instance en jugeant que « les décisions du procureur de la République relatives à l'effacement de mentions figurant dans ce fichier constituent des mesures d'administration judiciaire » et que la requête était donc portée devant un ordre de juridiction incompétent. Saisie en cassation, le Conseil d'Etat a cependant considéré que « si les données nominatives figurant dans le « système de traitement des infractions constatées » portent sur des informations recueillies au cours d'enquêtes préliminaires ou de flagrance (...), les décisions en matière d'effacement ou de rectification, qui ont pour objet la tenue à jour de ce fichier et sont détachables d'une procédure judiciaire, constituent des actes de gestion administrative du fichier et peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif ». Dès lors, le Conseil estime « qu'en jugeant que les décisions du procureur de la République relatives à l'effacement des mentions figurant dans le [STIC] constituent des mesures d'administration judiciaire, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit ». Logiquement, le Conseil a adopté une position similaire quelques mois plus tard, dans un arrêt du 11 avril 2014, à propos du TAJ⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ CE, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect., 17 juill. 2013, req. n° 359.417, *Elkaim, Lebon* p. 217 ; *JCP G* 2013, act. 891, obs. L. Erstein ; *AJDA* 2013, p. 2032, concl. E. Crepey ; *Procédures* 2013, comm. 325, obs. S. Deygas ; *Dalloz actualité*, 2 sept. 2013, obs. D. Poupeau. Sur la problématique du contrôle du juge sur les fichiers de police, voir G. BEGRANGER, « Le contrôle des fichiers de police par les juges », *AJ pén.* 2014, p. 176 et s.

⁶⁶⁷ CE, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect., 11 avr. 2014, req. n° 360.759, *Ligue des droits de l'Homme, Lebon T.* ; *JCP G* 2014, act. 486 ; *AJDA* 2014, p. 823, comm. D. Poupeau ; *AJ pén.* 2014, p. 431, obs. E. Péchillon. Dans cette espèce, la ligue des droits de l'Homme avait saisi le Conseil d'Etat d'une requête en annulation pour excès de pouvoir du décret n° 2012-652 du 4 mai 2012 relatif au traitement d'antécédents judiciaires qui avait créé le TAJ. Elle soutenait, notamment, que certaines dispositions du décret méconnaissaient le droit au recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, au motif que les décisions refusant de procéder à l'effacement ou à la rectification de données contenues dans le fichier TAJ ne seraient susceptibles de faire l'objet d'aucun recours. Le Conseil d'Etat rejette le recours, considérant que « si les données nominatives figurant dans le TAJ portent sur des informations recueillies au cours d'enquêtes préliminaires ou de flagrance ou d'investigations exécutées sur commission rogatoire et concernant tout crime

242. *La condamnation par la CEDH de la dénégation au profit des réponses pénales des attributs négatifs de l'acte juridictionnel ?* Dans son arrêt *Brunet contre France* du 28 septembre 2014, la Cour condamne le dispositif français⁶⁶⁸. Dans cette affaire, le requérant avait bénéficié d'un classement à la suite d'une médiation et d'une inscription au STIC. Il avait ensuite demandé au procureur l'effacement des données. Conformément aux dispositions en vigueur à l'époque des faits et figurant aujourd'hui à l'article 230-6 du code de procédure pénale, le procureur rejetait cette requête car « la procédure avait fait l'objet d'une décision de classement sans suite fondée sur une autre cause que : absence d'infraction ou infraction insuffisamment caractérisée ». Après avoir rappelé les principes qu'elle avait dégagé, à propos de la conservation des empruntes digitales et génétiques, dans l'affaire *S. et Marper c/ Royaume-Uni*⁶⁶⁹, rappelé à la France à propos de la conservation des

ou délit ainsi que certaines contraventions de cinquième classe, les décisions en matière d'effacement ou de rectification prises par le procureur de la République ou par le magistrat mentionné à l'article 230-9 du code de procédure pénale, qui ont pour objet la tenue à jour de ce fichier et sont détachables d'une procédure judiciaire, constituent non pas des mesures d'administration judiciaire, mais des actes de gestion administrative du fichier ; qu'elles peuvent par suite faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif ».

⁶⁶⁸ CEDH, 5^{ème} sect., 18 sept. 2014, req. n° 21010/10, *Brunet c/ France*, JCP G 2014, 1023, obs. K. Bly-Grabarczyk ; JCP G 2014, 1090, note T. Fourrey ; *Dalloz actualité*, 29 sept. 2014, obs. J. Gaté.

⁶⁶⁹ CEDH, Grande chambre, 4 déc. 2008, req. n° 30562/04 et 30566/04, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, RSC 2009, p. 182, obs. J.-P. Marguenaud ; RFD A 2009, p. 741, obs. S. Peyrou-Pistouley. La Cour européenne juge que la conservation générale et indifférenciée, sans limitation de temps, d'empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN de personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais non condamnées viole l'article 8 de la Convention de sauvegarde. Sur cette décision, voir également les commentaires de A. Roberts et N. Taylor, [2005] *European Human Rights Law Review* 373 ; L. Heffernan, [2009] *European Law Review* 491 ; L. Campbell, [2010] *Crim LR* 889. Le législateur britannique est alors intervenu. Le *Crime and Security Act* 2010 avait réduit la durée de conservation des profils ADN des personnes non-condamnées. Le *Protection of Freedom Act* 2012 a cependant modifié le dispositif. Désormais, les nouvelles sous-sections 63F et 63H du *PACE* 1984 prévoient que les profils doivent être détruits à l'issue des investigations – si la personne n'est pas poursuivie – ou à l'issue de la procédure – si celle-ci est poursuivie. Toutefois, il est fait exception à ce principe lorsque le profil a été recueilli au cours d'investigations portant sur une *qualifying offence* – c'est-à-dire une infraction visée par la section 65 du *PACE*, telle que l'assassinat, le meurtre, l'homicide involontaire, la séquestration, le kidnapping, etc. Dans ce cas, la durée de conservation varie selon que la personne a été antérieurement déclarée coupable d'une *recordable offence* (ou est déclarée coupable d'une telle infraction avant que le profil n'ait été détruit). Dans l'affirmative, la durée de conservation est indéfinie, sauf si l'infraction pour laquelle l'individu a été condamné constitue une *excluded offence* – c'est-à-dire une infraction commise par un mineur n'ayant pas commis une autre *recordable offence*, n'entrant pas dans la liste établie par la section 65 et n'ayant pas donné lieu à une condamnation à une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans. Dans la négative, la durée de conservation est de trois ans. Si la personne avait été arrêtée mais non poursuivie pour une *qualifying offence*, la conservation est soumise à l'autorisation du *Commissioner for Retention and Use of Biometric Data*. Dans les autres hypothèses, la police peut demander à la *magistrates' court* une prolongation de la conservation pour une durée de deux ans, à charge d'appel devant la *Crown court*. Une autre exception est prévue : si la personne est arrêtée ou poursuivie pour une *recordable offence* qui n'est pas une *qualifying offence* et qu'elle a été antérieurement condamnée pour une *recordable offence* qui n'est pas une *excluded offence*, le profil peut être indéfiniment conservé. En d'autres termes, dès qu'une personne a été condamnée pour une *recordable offence*, son profil ADN peut être conservé indéfiniment si elle est arrêtée, sans égard pour la gravité de l'infraction pour laquelle elle a fait l'objet d'une arrestation et sans égard pour le fait qu'elle n'en fut pas poursuivie ou condamnée. Sur cette évolution et les doutes émis par la doctrine sur la conformité du dispositif à l'article 8 de la Convention de sauvegarde, voir B. BLAKEMORE et C. BLAKE, « Can the National DNA Database be effective and comply with human rights legislation ? », [2012] *Police Journal* 191 ; A.

empruntes digitales, dans l'affaire *M.K. contre France*⁶⁷⁰, et notamment qu'elle se doit d'être particulièrement attentive au risque de stigmatisation de personnes qui, à l'instar du requérant, n'ont été reconnues coupables d'aucune infraction et sont en droit de bénéficier de la présomption d'innocence⁶⁷¹, elle relève le contrôle du procureur ne saurait passer pour effectif, puisqu'il ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour évaluer l'opportunité de conserver les données.

Aussi, comme le relève un commentateur, faute d'effectivité des contrôles du procureur compétent ou du magistrat référent, c'est au juge administratif qu'il reviendra de satisfaire – dans le cadre du recours pour excès de pouvoir – à l'obligation conventionnelle de « vérifier la pertinence du maintien des informations concernées dans le STIC au regard de la finalité de ce fichier, ainsi que des éléments de fait et de personnalité »⁶⁷².

Mais, malgré l'apparente sévérité de la Cour, celle-ci se révèle finalement bien clémentine puisqu'elle opère inversion du contentieux, sans garantir que l'individu soit informé de l'inscription au fichier : outre que la protection conventionnelle exige que l'intéressé ait eu conscience d'avoir été fiché au cours d'une procédure judiciaire – ce qui n'est pas toujours acquis –, il doit ensuite de lui-même initier une procédure relativement complexe. Dès lors, il aurait été infiniment plus opportun qu'au titre des garanties de nature à protéger efficacement les données à caractère personnel enregistrées contre les usages impropres et abusifs, la Cour européenne des droits de l'Homme impose purement et simplement aux autorités l'obligation de supprimer spontanément les données personnelles enregistrées au terme d'une procédure judiciaire, lorsque celle-ci se solde par une absence de déclaration de culpabilité »⁶⁷³.

JACKSON, « The Protection of Freedoms Act 2012 and retention of biometric material », (2012) 176(27) *C.L. & J.* 393 ; E. CAPE, « The Protection of Freedoms Act 2012 : the retention and use of biometric data provisions », [2013] *Crim LR* 23, spéc. 35-36.

⁶⁷⁰ CEDH, 5^{ème} sect., 18 avr. 2013, req. n° 19522/09, *M. K. c/ France*, RSC 2013, p. 666, obs. D. Roets : dans cette espèce, un ressortissant français, ayant fait l'objet de deux enquêtes pour vol à l'issue desquelles il fut soit relaxé, soit non poursuivi, alléguait une violation du droit à la vie privée eu égard à la circonstance que ses empreintes avaient été conservées dans le fichier des empreintes digitales. La Cour européenne estime, au vu des circonstances de l'espèce, que la conservation de ces données s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit du requérant au respect de sa vie privée.

⁶⁷¹ *Ibid.*, §§ 36-37.

⁶⁷² N. HERVIEU, « Le fichage policier sous les fourches caudines européennes », *La Revue des droits de l'Homme* [en ligne], 19 sept. 2014, Actualités Droits-Libertés, <http://revdh.revues.org/879>, n° 38.

⁶⁷³ *Ibid.*, n° 47.

B. L'admission relative, par le droit anglais, des attributs de l'acte juridictionnel

243. Si les circulaires reconnaissent aux réponses pénales anglaises certains attributs également reconnus à l'acte juridictionnel (1), la jurisprudence quant à elle, après certaines hésitations, a estimé qu'elles entraînaient extinction du droit de poursuivre (2).

1. La ventilation textuelle des attributs de l'acte juridictionnel

244. *La dénégalion des attributs de l'acte juridictionnel aux cannabis et khat warnings, aux community resolutions.* En Angleterre, la délivrance d'un cannabis ou d'un khat warning et la mise en œuvre d'une community resolution ne font pas l'objet d'une inscription au casier judiciaire de l'individu. Aussi, ces mesures ne pourront-elles pas être prises en compte dans la détermination de la peine en cas de réitération de l'infraction. En revanche, ces mesures seront inscrites sur le système informatique de la force de police locale et pourront faire l'objet d'une communication à la demande d'un employeur dans le cadre d'un contrôle opéré auprès du *Disclosure and Barring Service (DBS)*⁶⁷⁴, service qui permet à d'éventuels employeurs d'opérer des vérifications des antécédents judiciaires des candidats en vertu du *Rehabilitation of Offenders Act 1974 (Exceptions) Order 1975*⁶⁷⁵.

245. *La reconnaissance de certains attributs de l'acte juridictionnel aux PNDs, aux cautions et aux conditional cautions.* Si les PNDs peuvent elles aussi faire l'objet d'une communication à la demande d'un employeur dans le cadre d'un contrôle opéré auprès du *Disclosure and Barring Service (DBS)*, elles doivent en revanche être enregistrées dans le *National Police Computer*. La circulaire du *Ministry of Justice* du 24 juin 2014 précise que « cette inscription n'équivaut pas à l'enregistrement d'une condamnation pénale mais permettra une connexion aux empreintes ADN ou digitales et à la photo » recueillies au cours des investigations⁶⁷⁶. Aussi, si les PNDs ne peuvent être utilisées devant la justice pénale et, notamment, être prises en compte dans la détermination de la peine en cas de

⁶⁷⁴ MINISTRY OF JUSTICE, *Quick Reference Guides to Out of Court Disposals*, préc., p. 3 pour les *community resolutions* et p. 5 pour les *warnings*.

⁶⁷⁵ Voir ainsi, DISCLOSURE AND BARRING SERVICE, *A guide to eligibility for criminal record checks*, 6^{ème} éd., sept. 2014.

⁶⁷⁶ MINISTRY OF JUSTICE, *Penalty Notices for Disorder (PNDs)*, préc., § 5.1.

réitération, elles pourront en revanche constituer une preuve dans le cadre d'une procédure de nature civile telle que le prononcé d'un *ASBO* (*Anti Social Behaviour Order*)⁶⁷⁷.

Comme les *PNDs*, les *cautions* ou *conditional cautions* peuvent faire l'objet d'une communication à la demande d'un employeur dans le cadre d'un contrôle opéré auprès du *Disclosure and Barring Service* (*DBS*) et sont inscrites dans le *Police National Computer* (*PNC*). Toutefois, une *caution* ou d'une *conditional caution* administrée à un mineur ou à un majeur est revêtue d'attributs plus contraignants. Les circulaires précisent qu'elles sont inscrites au casier judiciaire de l'individu. Elles peuvent en conséquence être utilisées par la police pour apprécier la suite à donner à une éventuelle réitération et être utilisées en justice, notamment lors de la détermination de la peine, en tant que preuve de la personnalité du mis en cause⁶⁷⁸. En outre, si l'infraction pour laquelle la personne s'est vue administrer une *caution* ou une *conditional caution* est l'une de celles figurant dans la liste établie par la Schedule 3 du *Sexual Offences Act* 2003, celle-ci devra se soumettre aux obligations de notification et d'enregistrement prévues par cette loi. Les *cautions* pourront ainsi faire l'objet d'une communication à un actuel ou à un futur employeur et pourront conduire l'auteur à se voir interdire de travailler régulièrement avec des enfants ou des personnes vulnérables, puisque celui-ci commettrait une infraction en continuant de travailler dans un tel cadre. De plus, si la victime de l'infraction demande à ce que lui soit communiqué le nom et l'adresse de l'auteur dans le but d'introduire une action de nature civile (par exemple, en cas de demande de réparation du préjudice subi ou pour requérir une injonction), l'information doit être révélée. Enfin, les empreintes digitales ou le profil ADN éventuellement recueillis pourront être conservés par la police.

S'agissant spécifiquement des *conditional cautions*, la non-réalisation des conditions fixées conduit à ce que des poursuites soient engagées. Si la *conditional caution* cesse de produire effet lorsque les poursuites sont engagées, la décision demeure au casier judiciaire de l'individu et le *prosecutor* devra informer la cour des conditions initialement fixées et partiellement remplies. Ces informations pourront être utilisées par le tribunal lors de l'examen de l'affaire : la section 24(2) du *Criminal Justice Act* 2003 prévoit en effet que le document constatant l'administration de la *conditional caution* et signé par l'auteur des faits

⁶⁷⁷ A. ASHWORTH et M. REDMAYNE, *The Criminal Process*, op. cit., p. 177. Sur les *Anti Social Behaviour Order*, voir A. BINET-GROSCLAUDE, « Les anti-social behaviour orders en Angleterre et aux Pays de Galles : un exemple de dérive des politiques criminelles participatives », *APC* 2010, n° 32, p. 229 et s.

⁶⁷⁸ MINISTRY OF JUSTICE, *Quick Reference Guides to Out of Court Disposals*, préc., pp. 10 et 14 pour les *youth simple cautions* et les *youth conditional cautions*, pp. 11 et 17 pour les *adult simple cautions* et les *adult conditional cautions*.

est admissible dans la procédure⁶⁷⁹.

246. Le rejet de l'assimilation à un facteur aggravant lors de la détermination de la peine. Au cours du procès, il appartient à la police de délivrer au CPS un certain nombre d'information sur les antécédents de la personne afin que celui-ci puisse en informer la juridiction, conformément aux *Criminal Procedure Rules*⁶⁸⁰ et à la *Criminal Practice Direction* formulée par la *Court of appeal*⁶⁸¹. Ces *Police antecedents statements* doivent contenir les condamnations antérieures et les *cautions* administrées figurant dans le PNC et permettront aux juridictions de statuer en toute connaissance de cause lorsqu'elle décideront d'un placement en détention plutôt que d'une remise en liberté sous caution, ou fixeront la peine.

Si la juridiction qui détermine la peine peut prendre en compte tous les antécédents figurant dans le casier judiciaire, seule une précédente condamnation prononcée par une juridiction constituera en revanche une cause légale d'aggravation de la peine encourue. En effet, lorsque la juridiction détermine la peine, elle doit prendre en compte la gravité de l'infraction. La section 143 (2) du *Criminal Justice Act* 2003 prévoit à cet égard que la juridiction doit prendre en compte les condamnations antérieures de l'infracteur et doit « traiter chaque condamnation antérieure comme un facteur aggravant » lorsqu'elle détermine la peine⁶⁸². Et les *Explanatory Notes* qui accompagnent l'*Act* précisent « que les condamnations antérieures, lorsqu'elles sont récentes et pertinentes, doivent être considérées comme un facteur aggravant qui augmentera la sévérité de la peine »⁶⁸³. La section 43 (4) précise quant à elle qu'une condamnation antérieure, au sens de la section 43 (2), est une « condamnation antérieure prononcée par une juridiction », ce qui exclut les *out-of-court disposals*.

⁶⁷⁹ MINSITRY OF JUSTICE, *Code of Practice for Adult Conditional Cautions. Part 3 of the Criminal Justice Act 2003*, 8 avr. 2013, §§ 3.29-3.30.

⁶⁸⁰ *Criminal Procedure Rules*, 2014, part. 10 : « *Initial details of the prosecution case* ».

⁶⁸¹ *Criminal Practice Direction* [2013] EWCA Crim 1631, part. 10 : « *Initial details of the prosecution case* ».

⁶⁸² Sur le droit antérieur, voir A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, 5^{ème} éd., Cambridge, 2010, n° 6.3.1, p. 206 et s. ; J.V. ROBERTS, « The Role of Criminal Record in the Sentencing Process », (1997) 22 *Crime and Justice* 303. Sur la réforme issue du *Criminal Justice Act* 2003, voir A. ASHWORTH et E. PLAYER, « Criminal Justice Act 2003 : The Sentencing Provisions », (2005) 68(5) *MLR* 822.

⁶⁸³ *Criminal Justice Act* 2003, *Explanatory Notes*, § 6.

2. L'extinction prétorienne du droit de poursuivre

247. L'une des particularités communes à toutes les « *out of court disposals* » réside dans l'attribut extinctif de toute poursuite ultérieure qui leur est reconnu par la jurisprudence. Une personne ne peut en effet être poursuivie pour une infraction pour laquelle elle a fait l'objet d'une *caution* ou d'une *PND* seulement si sont intervenues des modifications substantielles dans les circonstances matérielles ou si la découverte de nouvelles preuves démontre que l'infraction est plus grave que celle qui était initialement envisagée⁶⁸⁴. En dehors de ces hypothèses, toute poursuite qui suivrait un recours à l'une des *out-of-court disposals* constituerait un *abuse of process*.

248. *L'extinction du droit de poursuite citoyen*. Une telle solution, dégagée à propos du droit de poursuite citoyen consacré par le droit anglais, a toutefois donné lieu à des hésitations prétorienne, comme le montre l'affaire *Jones v. Whalley*⁶⁸⁵. Dans cette espèce, un individu qui avait reconnu des faits d'agression se vit administrer avec son accord une *caution*. La *caution* précisait : « Vous avez été interrogé et votre reconnaissance de l'infraction a été enregistrée. Cela signifie que vous ne serez pas déféré devant une juridiction pénale en raison de ces faits ». Elle ajoutait : « L'enregistrement de la *caution* constitue une condamnation pénale qui peut être utilisée en justice dans le cas où vous commettriez d'autres infractions ». Par la suite le *Chief Crown Prosecutor* de Merseyside avait refusé de prendre en charge les poursuites intentées par la victime de l'agression, et celle-ci, avec l'aide de son employeur, avait décidé de les continuer. Les *Justices* décidèrent toutefois d'arrêter les poursuites, considérant que l'enregistrement de la *caution* constituait une

⁶⁸⁴ *R. v. Gore (Raymond) and Maber (Timothy)* [2009] EWCA Crim 1424 ; [2009] *Crim LR* 879, comm. critique N. Taylor ; (2010) 69(1) *Cambridge Law Journal* 6, comm. critique N. Padfield. Dans cette affaire, les défendeurs avaient poussé un homme et lui avaient donné des coups au cours d'une altercation avinée. La victime se sentait bien, et les deux hommes furent arrêtés et leur fut délivrée une *PND*, l'un pour ivresse publique et trouble à l'ordre public [*drunk and disorderly*], l'autre pour harcèlement et mise en péril [*harassment, alarm or distress*]. Il apparut peu après que le bras de la victime était cassé, et un enregistrement d'une caméra de surveillance montra la violence des coups portés. Aussi, les défendeurs furent-ils poursuivis pour violences volontaires ayant entraîné de graves blessures. La *Court of appeal* considéra que les poursuites intentées ne constituaient pas un *abuse of process* car le paiement d'une *PND* interdit seulement la poursuite de l'infraction pour laquelle cette *penalty* fut délivrée ; il n'y a, selon elle, aucun engagement implicite de ne pas intenter de poursuites pour une infraction plus grave. Comme l'a expliqué Lord Chief Justice (§ 16) : « Il n'y avait ici aucune escalade abusive d'accusation, ni aucune méconnaissance d'une attente raisonnable des appelants qu'ils ne seraient pas poursuivis, si des conséquences plus graves de leur conduite et des preuves justifiant des poursuites pour l'infraction dont s'agit apparaissaient après administration de la mesure. La réalité est que, la nuit en question, les défendeurs doivent avoir remercié leur bonne étoile de s'être sortis de l'infraction grave qu'ils avaient commis. Ce ne fut pas un *abuse of process* de les rattraper pour cela ».

⁶⁸⁵ *Jones v. Whalley* [2005] EWHC 931 (Admin) ; [2006] *Crim LR* 67, comm. N. Taylor.

décision de condamnation et que les poursuites intentées constituaient un *abuse of process*, relevant par ailleurs que les termes de la *caution* différaient de ceux employés dans l'affaire *Hayter v. L.*⁶⁸⁶, dans laquelle la *caution* informait explicitement l'individu qu'une telle mesure n'excluait pas la possibilité pour une partie lésée d'intenter des poursuites.

La victime forma alors un recours devant la *Queen's Bench Division* de la *High Court of Justice (Divisional Court)*, estimant qu'en tant que citoyen, il avait légalement le droit de poursuivre et que ce droit ne pouvait lui être refusé par un acte unilatéral de la police sur lequel il n'avait aucune influence ni aucun contrôle. Le défendeur faisait valoir quant à lui qu'il s'attendait légitimement à ce qu'il n'y ait aucune poursuite criminelle à la suite de la délivrance de la *caution*. Sedley LJ, dans sa décision du 10 mai 2005, fit droit à la demande de la victime, considérant que la *caution* ne constituait pas une décision de condamnation et qu'« il s'agit seulement d'une mise en garde ou d'un avertissement légal délivré à un mineur ou à une jeune personne auquel, en vertu de la section 66 (5) de la loi de 1998, [il n']est conféré le statut de condamnation [que] dans de futures poursuites »⁶⁸⁷, et que le fait que la *caution* ne comporte pas expressément mention qu'elle n'exclut pas la poursuite ultérieure par une partie « ne rend pas, en soi, illégales ou abusives des poursuites, par ailleurs légitimes »⁶⁸⁸. Selon lui, il convenait de distinguer entre les procédures légales et les procédures extra-légales pour lesquelles une poursuite est toujours possible. Or, la *caution* délivrée en l'espèce se rangeait dans cette dernière catégorie puisque elle ne répondait pas aux conditions posés par les sections 65 et 66 du *Crime and Disorder Act* 1998, celui-ci était âgé de plus de 17 ans.

L'affaire fut portée devant la Chambre des Lords, laquelle, dans une décision du 26 juillet 2006, approuva les *Justices* à l'unanimité⁶⁸⁹, autorisa l'appel et exclua toute poursuite à l'encontre du défendeur. Strictement⁶⁹⁰, la question qui était posée à la Chambre des Lords était de savoir si une poursuite privée pouvait ou devait être considérée comme un *abuse of process* lorsque le défendeur avait accepté que lui soit formellement délivrée une *caution* avec l'assurance qu'il ne serait pas renvoyé devant une juridiction s'il acceptait une telle mesure. A cette question, Lord Bingham, suivi sur ce point par les autres Lords, considère que si la victime « avait des arguments légaux pour attaquer la décision de la police de recourir à une

⁶⁸⁶ *Hayter v. L.* (1998) 1 W.L.R. 854.

⁶⁸⁷ *Jones v. Whalley* (2005), préc., § 8.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, § 15.

⁶⁸⁹ *Jones v. Whalley* (2006), préc. et réf. cit.

⁶⁹⁰ Il convient de préciser que les décisions de la Chambre des Lords comportent deux parties : la *narrower issue* qui répond strictement au problème posé par l'*appeal* et la *broader issue* qui envisage plus largement la problématique dégagée par celui-ci.

caution », elle « pouvait utiliser la procédure de la *judicial review*⁶⁹¹ pour faire annuler cette décision. Si son action avait été considérée comme bien-fondée, l'ardoise aurait été effacée », il n'y aurait plus eu de mention de la *caution* sur le casier judiciaire du défendeur et la victime « aurait été libre d'intenter des poursuites à l'encontre de celui-ci ». Mais, aussi longtemps que la *formal caution* demeurait, le défendeur « était maintenu dans la croyance qu'il ne serait pas poursuivi, et ainsi, la poursuite privée intentée (...) constituait un abus, comme l'ont relevé les Justices »⁶⁹².

La jurisprudence *Whalley* vient ainsi réduire considérablement le champ des poursuites privées : peu importe qu'en la forme, la *caution* précise que l'individu pourra être poursuivi malgré sa délivrance ; qu'une telle mention figure ou non dans la *caution*, aucune poursuite privée ne peut être exercée lorsqu'une décision de recourir à une *caution* a été prise, relativement aux mêmes faits. Face à une utilisation qu'elle estime inappropriée du *cautioning*, il ne restera plus à la victime qu'à utiliser la procédure de la *judicial review*⁶⁹³.

⁶⁹¹ Sur la procédure de la *judicial review*, voir *infra*, n° 496.

⁶⁹² *Jones v. Whalley* (2006), préc., § 13. Plus largement, Lord Bingham relève que « la pratique du *cautioning*, qui a été à l'origine développée par la police comme une réponse pragmatique à une certaine catégorie d'affaires, s'est étendue pour devenir quelque chose de très sophistiqué et de particulier, comme en témoignent les régimes établis par les lois de 1998 et de 2003 et une série de circulaires du *Home Office*. Cependant, alors même qu'il existe des différences évidentes entre les régimes applicables aux jeunes délinquants et ceux applicables au *conditional cautioning* et au *simple cautioning*, toutes ces mesures partagent les mêmes objectifs qui sont de maintenir les gens en dehors des juridictions pénales et de prévenir la réitération des infractions. A la base de la décision de réprimander [*to reprimand*], de mettre en garde [*to warn*], de délivrer une *conditional caution* [*to caution conditionally*] ou de délivrer une *simple caution* [*to caution simpliciter*] réside l'appréciation faite par un fonctionnaire responsable qu'intenter des poursuites ne serait pas conforme à l'intérêt public, ou tout au moins que l'intérêt public serait mieux servi par l'absence de poursuites. Or, un tel jugement [*judgement*], comme la décision de ne pas poursuivre, n'est pas à l'abri de tout recours. S'il apparaît illégal au regard des cas habituels permettant de recourir à la *judicial review*, il peut être annulé et ainsi être écarté. Mais aussi longtemps que la décision demeure, le jugement [*judgement*] doit être respecté, et ce serait une erreur d'autoriser par principe qu'il soit éconduit par le biais d'une poursuite privée dont les motivations peuvent n'avoir que peu à voir, ou même rien à voir, avec l'intérêt public. Le droit de poursuite privé est un élément de peu de poids dans la balance, car c'est une sorte de survivance historique anormale ; cela ne peut l'emporter sur la décision existante d'un fonctionnaire responsable appréciant ce qui sert le mieux l'intérêt public ». *Ibid.*, § 15.

⁶⁹³ Cependant, « [l']éventuel poursuivant devra faire face à des frais s'ajoutant à ceux engendrés par la poursuite elle-même. Cela pèsera lourd sur une personne privée et même sur une personne morale, et il peut en résulter le maintien excessivement indulgent de décisions simplement parce que les conditions du recours ne donnent pas envie de l'intenter. Même une solution aussi libérale que celle dégagée dans l'affaire Omar implique que certains types d'affaires, par exemple celles dans lesquelles des actions sont intentées contre des officiers de police pour corruption ou abus de pouvoirs, peuvent ne pas être sanctionnées simplement parce que le *CPS* a appliqué les critères de la suffisance des preuves recueillies [*evidential sufficiency test*] et ne peut être regardé comme ayant agi de manière déraisonnable. Le résultat sera que, alors que la poursuite privée est considérée comme une voie utile pour secouer les autres autorités investies de fonctions de poursuite, il en sera autrement en pratique dans les affaires traitées par la police et le *CPS* ». Voir ainsi, L. H. Leigh, comm. préc. sous *Jones v. Whalley* (2006). *Contra*, R. BUXTON, « The Private Prosecutor as a Minister of Justice », art. préc., p. 427, dans lequel l'auteur approuve la position de Lord Bingham et ne dissimule pas son manque d'enthousiasme à l'égard de la poursuite privée : « Dans une poursuite privée, contrairement aux principes régissant plus généralement les poursuites, le poursuivant a un intérêt personnel à obtenir une décision de condamnation et peut ne pas être sensible aux règles qui gouvernent la conduite des poursuites devant la juridiction ». Il ajoute que « les raisons qui maintiennent le droit de poursuite privée sont archaïques » et propose, à défaut de pouvoir supprimer ce droit, de le soumettre à une forme d'enquête tant de la *magistrates'*

249. *Une extinction subordonnée à la régularité de la caution.* Cependant, la jurisprudence anglaise a limité l'effet extinctif des poursuites en subordonnant celui-ci à la régularité de la *caution* dans l'affaire *R. (Guest) v. DPP* de 2009⁶⁹⁴. Dans cette affaire, un individu qui avait été accusé par textos de se livrer à des fraudes avait pénétré dans la maison de l'auteur des messages et l'avait frappé pendant 5 à 10 minutes. Un membre du *CPS* considéra que l'auteur des coups, ayant écrit à la victime une lettre d'excuses et par ailleurs sans antécédents judiciaires, ne devait pas être poursuivi, mais devait plutôt se voir administrer une *conditional caution* comportant le versement d'une somme de 200 livres. La victime refusa d'accepter la somme et porta plainte. Le *CPS*, constatant le désaccord, considéra que des poursuites auraient du être engagées, mais qu'il ne disposait pas du pouvoir d'annuler ou de réformer la *caution* originale. Devant la *High Court*, le *Director of Public Prosecution* soutint que la *conditional caution* n'aurait pas du être administrée mais qu'en toute hypothèse, elle ne devait pas être infirmée puisque cela serait contre-productif : toute poursuite subséquente, au moins exercée par le *CPS*, constituerait un *abuse of process* conformément à la jurisprudence *Jones v. Whalley*. La *High Court* contesta cependant cette analyse et cassa la décision de ne pas poursuivre. Elle insista en effet sur « la très grande responsabilité » qui repose sur le *CPS* : en décidant d'offrir une *conditional caution*, la juridiction est en effet contournée. Pour Goldring L.J., dans cette affaire, les décisions furent prises en méconnaissance du *Code for Crown Prosecutors*, de la *Director's guidance on Conditional Cautioning* et du *Secretary of State's Code of Practice* : « Il me semble hallucinant, comme il le serait sans aucun doute à de nombreux membres du public, que le *CPS* puisse envisager sérieusement de ne pas poursuivre quelqu'un qui, comme il était soutenu, s'est délibérément rendu de nuit dans la maison d'une personne, l'a attaqué à l'intérieur de cette maison avec une certaine férocité (y compris par des coups de pied) en présence de sa compagne (évidemment très effrayée) »⁶⁹⁵. Sweeney J. alla même jusqu'à dire que « ce qui est troublant, pour ne pas dire plus » est que le *DPP* et ses *senior lawyers* n'aient pas semblé voir que des poursuites dans ce cas seraient l'inverse d'un abus⁶⁹⁶. Aussi, l'affront fait à la justice par la décision de ne pas engager de poursuites doit être lavé par une décision

court, pour éclairer la décision du juge de délivrer une citation à comparaître, que du *DPP* afin d'éclairer sa décision d'utiliser les pouvoirs qu'il tire de la section 6 du *Prosecution of Offences Act 1985* de prendre en charge et d'abandonner les poursuites.

⁶⁹⁴ *R. (on the application of Guest) v. DPP* [2009] EWHC 594 (Admin) ; N. Padfield, comm. préc. ; [2009] *Crim LR* 730, comm. N. Taylor.

⁶⁹⁵ *R. (on the application of Guest) v. DPP* [2009] EWHC 594 (Admin), § 57.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, § 59.

d'engager des poursuites⁶⁹⁷.

250. Une extinction subordonnée à l'intégrité du consentement. En outre, la jurisprudence anglaise a récemment précisé, dans l'affaire *R. (on the application of Stratton) v. Chief Constable of Thames Valley* de 2013⁶⁹⁸, que la validité de la *caution* était subordonnée à la préservation de l'intégrité du consentement de la personne mise en cause. Dans cette affaire, une femme impliquée dans une altercation s'était vu accusée d'avoir frappé une autre femme avec une bouteille en verre. Son interrogatoire ne fut pas enregistré mais fit l'objet d'un procès-verbal aux termes duquel elle déclarait qu'elle avait « au cours une action involontaire imprudente » jeté une bouteille. Lui fut administrée une *caution* pour *common assault*. Elle signa un formulaire lui indiquant que, devrait-elle être déclarée coupable d'une infraction à l'avenir, les détails de la *caution* pourraient être produits devant la juridiction répressive. La politique suivie à l'époque par le *Chief Constable* voulait qu'avant qu'une *caution* ne soit administrée, la personne soupçonnée ait reconnu l'infraction, et soit informée des conséquences de l'acceptation de la *caution* en termes clairs afin qu'elle puisse donner un consentement éclairé. Près de trois ans plus tard, elle exerça un recours en *judicial review* contre la décision du *Chief Constable* lui ayant administré la *caution*, affirmant qu'elle n'avait pas reconnu l'infraction puisqu'elle avait déclaré avoir laissé tomber la bouteille et que le policier avait changé ses mots, et qu'elle n'avait pas été avertie des conséquences de l'acceptation de la *caution* puisque, alors même qu'elle travaillait avec des enfants, il ne lui fut pas précisé que l'acceptation d'une *caution* pourrait avoir des conséquences négatives sur son emploi.

La *High Court* prend soin de détailler les directives contenues dans les circulaires du *Home Office*. Elle relève que la *Home Office Circular 30/2005* indiquait que l'administration d'une *caution* nécessitait que toutes les implications de l'acceptation de la *caution* aient été préalablement expliquées à la personne soupçonnée et que cette circulaire fut révisée en 2008 afin d'insister sur ce qu'un consentement éclairé ne pouvait être formulé que lorsque la personne soupçonnée signe un formulaire qui énonce toutes les conséquences de l'acceptation de la *caution*. Elle relève que dès 2007, les *Chief Constables* avaient été avisés de la modification à venir de la circulaire et qu'à partir de cette date, les conséquences d'une *caution* sont devenues plus importantes, en particulier pour tous ceux qui voulaient travailler dans des professions où un contrôle des antécédents judiciaires serait nécessaire. Or, en

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ *R. (on the application of Stratton) v. Chief Constable of Thames Valley* [2013] EWHC 1561 (Admin).

l'espèce, la politique du *Chief Constable* reprenait en partie les directives établies dans la circulaire de 2005 en subordonnant la délivrance de la *caution* à la signature d'un formulaire par la personne soupçonnée. Toutefois, le formulaire ne comportait pas toutes les indications des conséquences de l'acceptation de la *caution* puisque la seule conséquence énoncée était que la *caution* pourrait être utilisée dans les procédures judiciaires ultérieures. Aussi, la *High court* annule-t-elle la *caution*⁶⁹⁹.

251. Vers un contrôle juridictionnel de l'administration des cautions ? De façon plus remarquable, la *High court* termine sa décision par des remarques conclusives portant sur le droit positif et sur le droit prospectif.

De lege lata, la *High court* précise que si sont respectées les directives formulées par le *Ministry of Justice* en 2013⁷⁰⁰ et à la lumière combinée de la décision de la *Court of appeal* dans l'affaire *T. v the Chief Constable of Greater Manchester Police* de 2013 et des nouvelles règles de divulgation des *cautions* issues du *Police Act 1997 (Criminal Record Certificates : Relevant Matters) (Amendment) (England and Wales) Order 2013 (SI 2013 No. 1200)* et du *Rehabilitation of Offenders Act 1974 (Exceptions) Order 1975 (Amendment) (England and Wales) Order 2013 (SI 2013 No. 1198)* « les directives données par le *Chief Constable* quant à la manière dont les *cautions* sont maintenant administrées et la formule désormais en usage devraient assurer que les conséquences d'une *caution* soient expliquées et qu'un consentement éclairé soit donné »⁷⁰¹.

De lege ferenda, elle souligne que, si la *judicial review* constitue une voie permettant de s'assurer du respect de la loi par les *Chief Constables* administrant des *cautions* tout en préservant le principe de la *Constabulary Independance* conformément à la jurisprudence *Blackburn*,

« une autre est le système en cours d'adoption par des *magistrates* consistant à examiner en général la manière dont les *cautions* sont administrées. L'objectif principal d'un tel examen général est de voir si les mises en garde sont utilisées pour les infractions appropriées. Toutefois, il devrait également s'étendre à des questions telles que celle de savoir si la *caution* (par opposition à un avertissement oral) est approprié au regard des circonstances (compte tenu des effets criminalisant résultant d'une caution en vertu de la législation et de la pratique actuelles) et si sont mises en œuvre des procédures appropriées pour s'assurer qu'un consentement éclairé est donné ; cette dernière est particulièrement importante pour des personnes souffrant

⁶⁹⁹ *Ibid.*, §§ 38-46 et 52-55.

⁷⁰⁰ MINISTRY OF JUSTICE, *Simple Cautions for Adult Offenders*, préc., spéc. §§ 53-64.

⁷⁰¹ *R. (on the application of Stratton) v. Chief Constable of Thames Valley*, préc., § 56.

de déficiences éducatives ou celles pour lesquelles les conséquences à long terme peuvent être si grave. Un tel système pourrait bien être le moyen le plus efficace et le plus économique pour veiller à ce que l'utilisation des *cautions* soit en conformité avec la loi et que l'intérêt public est protégé plutôt que des procédures comme celle-ci [la *judicial review*] intentées de nombreuses années après l'événement »⁷⁰².

Serait-ce le début d'une prise de conscience de ce qu'il conviendrait de restaurer la juridictionnalisation ?

*

252. Conclusion de la Section 2^{de} : les ministères publics et les réponses pénales : entre cumul et option. Au sein des deux systèmes, le rayonnement croissant des réponses pénales entraîne une remise en cause progressive de la juridictionnalisation de la répression pénale et semble bien conduire en pratique à une éclipse discrète de la légalité de celle-ci. Car c'est bien une extension du contrôle social qui se profile derrière le caractère originellement anodin des réponses pénales. Pourtant, cette extension se trouve limitée en Angleterre par le caractère alternatif des réponses pénales entre les mains du ministère public. A l'inverse, elle pourrait être renforcée en France par le caractère préalable de telles réponses.

Pourtant, derrière une certaine cohérence interne, chacun des systèmes se trouve confronté à un paradoxe. Le droit français dénie absolument aux réponses pénales les attributs de l'acte juridictionnel, ce qui semble conforme à leur absence d'effet substantiel mais en contradiction avec leur vocation implicitement rétributive. L'individu évincé par exemple de son domicile sur le fondement de l'article 41-1 du code de procédure pénale demeure juridiquement innocent puisqu'il n'a pas été condamné par un acte juridictionnel. Aussi, cette mesure ne pourra-t-elle constituer le premier terme de son éventuelle récidive. Et, puisque l'individu n'a pas été condamné par une décision juridictionnelle, le ministère public ne peut recourir à la force publique pour exécuter sa décision. Mais, puisqu'il n'a pas non plus été relaxé par un acte juridictionnel, son innocence n'est pas définitive. Elle ne sera que lorsque l'action publique sera éteinte par la prescription, l'immutabilité qui fonde l'autorité de la chose jugée étant refusée à la décision du procureur. Il pourra donc, malgré l'évincement du domicile, être poursuivi. Et, puisque l'individu n'a pas été innocenté par

⁷⁰² *Ibid.*, § 58.

une décision de relaxe, le ministère public n'est pas, par principe, obligé d'effacer du fichier TAJ les données le concernant.

Le droit anglais reconnaît certains attributs aux réponses pénales qu'il accorde également à la décision juridictionnelle, en conformité avec leur vocation rétributive mais en contradiction avec leur absence d'effet substantiel. L'individu qui se serait vu par exemple administrer régulièrement une *conditional caution*, parce qu'il a été sanctionné, ne pourra pas être poursuivi pour cette infraction s'il respecte les conditions fixées. Toute poursuite intentée par le citoyen victime ou le CPS serait déclarée irrecevable sur le fondement d'un *abuse of process*. Et, parce qu'il aura été sanctionné par la *conditional caution*, une mention de celle-ci figurera sur son casier judiciaire qui pourra être prise en compte en cas de réitération, lorsque le juge déterminera la peine. Mais, puisque la *conditional caution* n'établit pas la culpabilité de l'individu, celui-ci demeure innocent. Aussi, l'administration d'une *conditional caution* ne constitue-t-elle pas un facteur aggravant que le juge doit obligatoirement prendre en compte, en cas de réitération, lorsqu'il détermine la peine.

*

**

253. Conclusion du Chapitre 2nd. Les réponses pénales infrajuridictionnelles : du complément à la concurrence de la juridictionnalisation de la répression pénale. L'étude comparée des réponses pénales mises à la disposition des ministères publics français et anglais met en lumière leur profonde ambiguïté.

A l'origine anodines, les réponses pénales visaient des infractions de faible gravité, manifestations d'une indiscipline sociale. Aussi, les ministères publics anglais et français pouvaient-ils légitimement considérer comme inutile la mise en mouvement de la machine juridictionnelle pour traiter de tels manquements. Puisqu'il s'agissait précisément de traiter, non de punir, les réponses pénales ne permettaient initialement que la mise en œuvre de simples avertissements, de mises en garde ou le prononcé d'amendes de faible montant. Ainsi, celles-ci pouvaient apparaître davantage comme d'utiles instruments complétant l'éventail des formes de réaction sociale plutôt que concurrençant véritablement la répression juridictionnalisée. Et, puisque leur domaine d'intervention et leur portée se distinguaient de ceux de la juridictionnalisation, on pouvait comprendre que les formes de celle-là soient évincées. Aussi, les réponses pénales pouvaient-elles se voir dénier et l'effet – la constitution de la culpabilité – et les attributs de l'acte juridictionnel répressif –

l'immutabilité de la décision, le dessaisissement du juge, la force exécutoire et, en France, l'interversion des prescriptions, l'inscription au casier judiciaire de l'individu.

Pourtant, pointait, dès leur émergence, leur ambiguïté fondamentale, ambiguïté mise en avant malgré lui par Bonneville de Marsengy, ambiguïté que viendront confirmer des études récentes : parce qu'il s'agit de traiter et non de punir, les réponses pénales débordent discrètement le champ de la répression ; parce que la décision de traitement ne constitue pas une reconnaissance de culpabilité, les réponses pénales peuvent virtuellement s'appliquer à un comportement déviant qui ne constitue pas une infraction ; parce que la décision de traitement n'est pas soumise aux formes constitutives de la vérification juridictionnelle, les réponses pénales peuvent intervenir malgré la faiblesse des preuves qui constatent la déviance ; parce que la décision de traitement se voit dénier les attributs attachés à l'acte juridictionnel répressif, elle peut intervenir comme un préalable à la répression juridictionnalisée. L'infra-processuel poussait à l'infrasubstantiel, l'infra-légal se profilait derrière l'infra-juridictionnel. Et l'alternative masquait le cumulatif, le complémentaire se révélait sous la concurrence.

Or, à mesure qu'elles se durcissent, ces ambiguïtés deviennent plus visibles et plus problématiques.

Dans les deux systèmes, les réponses pénales présentent un caractère rétributif plus ou moins assumé. Mais, parce que les réponses pénales ne sont pas prononcées par un acte juridictionnel, les jurisprudences internes refusent toujours de leur reconnaître les effets de celui-ci. Par conséquent, la personne qui les subit ne voit pas sa culpabilité reconnue et demeure juridiquement présumée innocente. Dans cette perspective, la juridictionnalisation semble préservée : l'effet substantiel de la répression demeure un monopole de l'acte juridictionnel. Mais cette préservation ne s'opère qu'au prix d'un paradoxe : qu'une réponse puisse être apportée à une infraction alors que la personne qui la subit n'est pas juridiquement coupable de cette infraction. La seule façon de préserver la cohérence serait donc de considérer que les réponses apportées ne constituent pas des sanctions à vocation punitive, mais des mesures facilitant la réhabilitation ou la réparation. Mais, là encore, outre que la distinction s'avère théoriquement et pratiquement périlleuse, elle est, pour le droit anglais, inopérante, le *Criminal Justice Act* 2003 ayant expressément consacré la vocation rétributive des *conditional cautions*.

En France, parce que les réponses ne résultent pas d'une condamnation prononcée par un acte juridictionnel, les textes les excluent du régime de l'acte juridictionnel : les attributs qui leur sont conférés ne peuvent s'assimiler aux attributs accordés à l'acte juridictionnel.

L'autorité de la chose jugée, la force exécutoire, l'interversion des prescriptions, l'inscription au casier judiciaire, le dessaisissement de l'organe ne sont pas reconnus au bénéfice de la réponse pénale. Pourtant, l'exclusion de la réponse pénale du bénéfice du régime de l'acte juridictionnel crée un autre paradoxe : que des mesures présentées comme « alternatives aux poursuites » ne constituent en réalité que des préalables à la décision de poursuite et puissent ainsi se cumuler avec une sanction pénale prononcée en la forme juridictionnelle. C'est la raison pour laquelle les juridictions anglaises ont opéré une reconnaissance fragmentaire des attributs du jugement aux réponses pénales. Les *out of court disposals* éteignent les poursuites pour l'infraction qui en a fait l'objet. En d'autres termes, le droit français dénie aux réponses pénales tout attribut juridictionnel mais leur reconnaît une nature hypothétiquement cumulative, alors que le droit anglais leur confère certains attributs juridictionnels mais leur reconnaît une nature véritablement alternative.

Conclusion du Titre 1^{er}

254. A l'épreuve du ministère public, la juridictionnalisation paraît bien diminuée, pouvant même disparaître complètement de l'*iter processualis*. En aval, au stade de l'enquête, la juridictionnalisation se voit réduite à l'octroi de la coercition la plus vigoureuse, puisque la loi renforce, au profit du ministère public, des pouvoirs d'enquête que la jurisprudence s'efforce d'affermir. En amont, au stade de la réalisation du droit de punir, la juridictionnalisation se voit ramenée à l'octroi d'une rétribution ultime. Aussi, la juridictionnalisation – et donc la nécessité dans laquelle se trouve le ministère public de se constituer partie – ne constitue-t-elle plus la condition de la réalisation du droit de punir. Elle n'en est, désormais, effectivement que la mesure.

255. Disons-le sans détour, le ministère public, en France comme en Angleterre, semble bien ne plus avoir besoin du juge. L'atrophie subie par la juridictionnalisation est telle que l'on serait tenté de conclure que les systèmes français et anglais, traditionnellement présentés comme séparatistes, ne seraient désormais, en réalité, que des systèmes largement confusionnistes. Ainsi, alors que la distribution des fonctions de justice était traditionnellement construite sur une distinction des opérations juridiques qu'impliquaient la juridictionnalisation de la répression – une partie poursuivant une autre partie devant un juge, et donc une séparation de la fonction de poursuite d'avec la fonction de jugement –, elle semble aujourd'hui davantage fondée sur une distinction des situations matérielles à traiter – la petite et moyenne délinquance, par opposition à la criminalité véritable. Le ministère public maîtrise en effet plus que la traditionnelle opération juridique consistant à déclencher les poursuites et, pour lui, à se constituer partie. Finalement, s'il devait demeurer une séparation des fonctions de justice, ce serait bien plutôt de séparation des fonctions au sens matériel qu'il s'agirait. Car, lorsqu'il s'agit de traiter la petite et la moyenne délinquance, une seule autorité peut fort bien intervenir, en pratique comme en théorie,

puisqu'elle maîtrise l'intégralité des fonctions juridiques traditionnelles. Et la consécration cumulative des pouvoirs d'enquête et des pouvoirs de traitement infrajudictionnels du ministère public ne ferait ainsi que manifester la traduction juridique de la concentration des fonctions entre les mains du ministère public

256. Cette conclusion, pourtant, ne manquerait pas d'être trop péremptoire. Le développement des pouvoirs d'enquête et de traitement infrajudictionnels ne manifesterait pas la diminution de la juridictionnalisation, mais marquerait davantage le recentrement de celle-ci. En un sens, les pouvoirs non juridictionnalisés du ministère public se trouvent circonscrits à la gestion des infractions de faible gravité, n'autorisent qu'une coercition limitée, ne se voient reconnaître que des attributs fragmentaires et aucun effet substantiel. Lorsque le ministère public souhaite bénéficier de davantage de coercition ou de rétribution, il doit se constituer demandeur devant le juge et se soumettre au processus de juridictionnalisation qui, seul, permet la condamnation à une peine par la constitution préalable de la culpabilité. Cependant, aussi logique que se présente cette conclusion, elle n'en est pas moins trompeuse, puisque, si la juridictionnalisation peut paraître, dans une certaine mesure, préservée, celle-ci ne présente plus de véritable substance.

Titre 2nd

Une juridictionnalisation préservée sans substance

257. A l'épreuve du ministère public, la juridictionnalisation préservée se révèle sans substance, qu'elle intervienne avant-dire droit, durant la phase de mise en état, ou au fond, lors du jugement définitif.

Durant la phase de mise en état, le contrôle du juge s'avère fragmentaire, et l'autorisation juridictionnelle préalable nécessaire à l'exercice de certains pouvoirs coercitifs ne semble bien figurer... qu'une protection figurative. Ce contrôle, dont la nécessité se réduit, ne s'opère en effet qu'*a priori* – sans que le juge ne puisse ni rapporter sa décision, ni contrôler les conditions dans lesquelles celle-ci a été exécutée –, à la demande du ministère public – sans que le futur défendeur ne puisse lui-même bénéficier des attributs de la coercition pour éventuellement déconstruire le dossier du ministère public –, la plupart du temps *ex parte* – sans que la personne qui subit la mesure ne soit ni entendue ni appelée –, sans que ne soit vérifiée, plus largement, avant le renvoi en jugement, la légalité des investigations effectuées. Aussi, la préservation s'avère-t-elle assez largement ornementale puisqu'elle est facultative à défaut d'être obligatoire, intermittente à défaut d'être continue, unilatérale à défaut d'être contradictoire, préparatoire à défaut d'être préliminaire.

Cette faiblesse de la juridictionnalisation préservée au cours de l'avant-procès pourrait toutefois voir sa portée atténuée si un contrôle était nécessairement opéré durant la phase de jugement. En effet, les carences juridictionnelles de l'avant-procès se trouveraient alors

compensées lors du procès : le contrôle des investigations y serait ainsi nécessairement opéré *a posteriori* et de façon contradictoire.

258. Pourtant, à cette faiblesse de la juridictionnalisation de la phase préparatoire s'ajoute désormais la faiblesse de la juridictionnalisation de la phase définitive.

L'une des oppositions entre le système français et le système anglais résultait de ce que le premier se refusait à prendre en compte l'éventuelle reconnaissance des faits par la personne poursuivie. L'idée que la résolution d'un litige fut au fondement de la juridictionnalisation répressive était étrangère à la tradition française. Le procès pénal français était ainsi construit sur la technique de l'emprunt de litigiosité ou du contentieux obligatoire : l'enjeu considérable du procès pénal ne pouvait souffrir d'une éviction du débat contradictoire sur la culpabilité et sur la peine même en cas de reconnaissance des faits par la personne mise en cause. A l'inverse, le procès anglais s'était, à partir du milieu du XIX^{ème} siècle, progressivement construit autour de la distinction entre le procès contentieux (le *contested trial*) – où les faits sont niés et où les preuves sont produites et contradictoirement débattues afin de parvenir à un verdict de culpabilité – et le procès non-contentieux – où, les faits étant reconnus, l'audience se trouve amputée du débat sur la culpabilité et se concentre immédiatement vers la détermination, en la forme contentieuse toutefois, de la peine.

Désormais, les deux systèmes convergent assez largement : le système français admet – à l'exception pour l'heure de la matière criminelle – que la reconnaissance des faits permet de soulager l'audience de sa forme contentieuse. Même si des différences subsistent – l'amputation de la forme contentieuse ne s'opère que pour la détermination de la culpabilité en Angleterre, et le juge demeure maître de la détermination de la peine dans le respect de la réduction légale du maximum encouru par le délinquant ayant reconnu les faits –, les deux systèmes se retrouvent pour dénoncer l'artifice que constituerait la dimension obligatoirement contentieuse de la juridictionnalisation de la répression et consacrer un pluralisme juridictionnel construit sur les techniques de l'inversion du contentieux ou sur l'éviction du contentieux.

Or, le contrôle de la régularité des investigations se trouve, dans chacun des systèmes, solidaire du contrôle de la culpabilité. Et l'absence de contestation de sa culpabilité par le mis en cause évince corrélativement le contentieux de l'annulation. La faiblesse de la juridictionnalisation préparatoire peut ainsi fort bien se combiner avec l'un des modes de jugement simplifiés qui n'offrent que peu de place au contrôle de la régularité des

investigations effectuées, faute, pour le juge, de pouvoir relever d'office des nullités, ou faute d'intérêt, pour le mis en cause, de soulever de telles nullités en raison de sa reconnaissance de culpabilité.

259. Aussi, au constat de la faiblesse persistante du contrôle opéré *a priori* par le juge de l'autorisation (Chapitre 1^{er}), doit suivre le constat de l'affaiblissement grandissant du contrôle opéré *a posteriori* par le juge de l'annulation (Chapitre 2nd).

Chapitre 1^{er} **La faiblesse persistante du contrôle du juge de l'autorisation**

Chapitre 2nd **L'affaiblissement grandissant du contrôle du juge de l'annulation**

Chapitre 1^{er}

La faiblesse persistante du contrôle du juge de l'autorisation

260. Les combinatoires processuelles anglaise et française reposent largement, dans l'avant-procès, sur une distinction des fonctions d'investigation et de juridiction.

Selon cette approche, s'il est normal que chaque partie recueille les preuves nécessaires à la démonstration du bien-fondé de sa prétention, seul le juge peut autoriser les actes portant atteinte aux droits et libertés fondamentaux. Et, à l'inverse, parce que le juge doit autoriser les actes attentatoires, il serait anormal qu'il ait pu lui-même investiguer. Dans chacun des systèmes, il appartient ainsi au ministère public d'effectuer les investigations qu'il estime nécessaires à la démonstration de la culpabilité de la personne soupçonnée et, au juge, d'autoriser tant les actes d'enquête attentatoires aux libertés que les mesures provisoires qui vont s'imposer à la personne mise en cause dans l'attente du jugement. Aussi, ces combinatoires préservent-elles la nécessité pour le ministère public de saisir le juge lorsqu'il se trouve à court de coercition dans ses investigations ou souhaite que des mesures provisoires restreignant la liberté puissent être prononcées contre l'individu qu'il soupçonne. Cette préservation du rôle du juge se veut respectueuse des exigences posées par la Cour européenne et le Conseil constitutionnel qui consacrent, dans l'avant-procès pénal, le principe du respect de la garantie judiciaire.

Pourtant, c'est la conception même de la garantie judiciaire qui pose question. Les interstices qui se dégagent des jurisprudences conventionnelle et constitutionnelle autorisent, en effet, la mise en place d'une garantie judiciaire au contenu et à la nécessité réduits. Les exigences tenant à l'organe ou à l'objet de cette garantie, comme celles tenant au moment de sa survenance ou aux modalités par lesquelles celle-ci doit être mise en

œuvre, laissent finalement aux législateurs une marge de manœuvre importante. Et, faute d'être toujours véritablement juridictionnelle, la garantie judiciaire semble bien souvent ne pas constituer une garantie véritable.

Aussi, la faiblesse du contrôle des actes d'enquête résulte-t-elle, d'une part, du domaine limité du contrôle nécessaire du juge (Section 1^{ère}) et, d'autre part, des modalités mêmes de ce contrôle (Section 2nde).

Section 1^{ère} **LA FAIBLESSE RESULTANT DU DOMAINE DU CONTROLE**

261. La distinction des fonctions d'enquête et de juridiction, revendiquée historiquement par le système anglais et désormais recherchée par le système français, pourrait passer pour assurer un contrôle suffisant des actes d'investigation réalisés par le ministère public. La sûreté des citoyens, comme la légalité des actes d'enquête, paraît, de prime abord, mieux assurée par un système dans lequel l'autorité d'investigation se trouve dans l'obligation de se constituer demandeur devant un juge pour que soient réalisés des actes d'enquête coercitifs ou pour que soient prescrites des mesures provisoires à l'encontre de la personne qu'elle soupçonne, que par un système dans lequel l'investigateur, lui-même juge, s'autorise à réaliser tout acte coercitif et à prescrire toute mesure provisoire.

Pourtant, une telle combinatoire ne peut passer pour préserver la sûreté comme la légalité qu'autant qu'elle confère à l'intervention du juge un contenu significatif. Aussi, faut-il que le curseur de l'intervention du juge ne soit pas placé trop haut dans l'échelle des pouvoirs d'investigation. Or, la garantie judiciaire demeure, en procédure pénale anglaise et française, très insuffisante. En raison des ambiguïtés qui se dégagent des jurisprudences de la Cour européenne et du Conseil constitutionnel français (§ 1^{er}), les systèmes se voient autorisés à limiter le domaine des pouvoirs exclusivement juridictionnalisés (§ 2nd).

262. Mireille Delmas-Marty écrivait, en 1996, que la garantie judiciaire est « une notion très ambiguë, tant en droit comparé qu'en droit européen, et même en droit interne »⁷⁰³. Et, en effet, la Cour européenne des droits de l'Homme, comme le Conseil constitutionnel, n'impose qu'une garantie équivoque. L'organe, l'objet et le moment de cette garantie judiciaire imposés par les jurisprudences conventionnelle (A) et constitutionnelle (B) laissent finalement aux législateurs une marge de manœuvre importante.

A. Les ambiguïtés de la garantie judiciaire dans la jurisprudence conventionnelle

263. La garantie judiciaire présente, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, des faiblesses remarquables, soit parce que, devant s'opérer *a priori*, le contrôle du juge exigé par les juges de Strasbourg intervient tardivement, comme c'est le cas en matière d'atteintes à la liberté d'aller et venir (1), soit parce que, pouvant s'opérer *a posteriori*, ces mêmes juges ne prennent pas en compte les techniques de jugement accélérées mises en place par les systèmes français et anglais, comme c'est le cas en matière d'atteintes à la vie privée (2).

1. La garantie judiciaire conventionnelle et les atteintes à la liberté d'aller et venir

264. Parce que la garantie judiciaire conventionnelle est, en matière d'atteinte à la liberté d'aller et venir, automatique, contradictoire et effectuée devant un juge, elle constitue une garantie solide (a). Toutefois, parce qu'elle ne semble s'imposer que lorsque la privation de liberté se prolonge, elle apparaît en réalité bien tardive (b).

⁷⁰³ M. DELMAS-MARTY, « Evolution du ministère public et principes directeurs du procès pénal dans les démocraties européennes », *Justices* 1996, n° 3, p. 77. L'auteur ajoute que « la notion de garantie judiciaire (au sens de l'article 66 de la Constitution française et sans doute plus largement au sens des articles 5 et 6 Conv. EDH) repose sur deux fonctions séparées : l'action publique et le jugement », et que c'est à propos de la dualité des fonctions judiciaires du ministère public que l'ambiguïté est la plus significative : « S'il s'agit de l'exercice de l'action publique, la garantie judiciaire implique un contrôle du ministère public sur la police (...). S'il s'agit de l'exercice de fonctions juridictionnelles, la situation est inversée, la garantie judiciaire signifie alors que le ministère public doit être lui-même contrôlé par un juge, chaque fois que les droits fondamentaux de la personne sont concernés (liberté, vie privée...) ». *Ibid.*, pp. 78 et 80.

a. Une garantie solide

265. Résultant de l'article 5 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, la garantie judiciaire requiert, s'agissant des atteintes à la liberté d'aller et venir, que « [t]oute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, [soit] aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires (...) ». La Cour européenne a ainsi développé, sur le fondement de l'article 5 § 3 une jurisprudence de prime abord exigeante.

266. *Un contrôle automatique et contradictoire.* D'abord, le contrôle prévu par l'article 5 § 3 doit être automatique et ne peut être rendu tributaire d'une demande formulée par la personne détenue, la Cour européenne estimant que pareille exigence modifierait la nature de la garantie offerte par l'article 5 § 3, qui est distincte de celle prévue par l'article 5 § 4, d'après lequel la personne détenue a le droit d'inviter un tribunal à examiner la légalité de sa détention⁷⁰⁴. Ensuite, l'article 5 § 3 met à la charge du juge ou du « magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires » l'obligation d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui avant de rendre la décision qui s'impose⁷⁰⁵. Aussi, même si la Cour admet que l'avocat n'est pas admis à assister à cette audition⁷⁰⁶, une telle présentation doit permettre au juge d'entendre les arguments soulevés par la personne qui viendrait contredire la nécessité de sa privation de liberté et de ne pas être tributaire, lors de son contrôle, des seuls éléments apportés par le ministère public demandeur.

267. *Une garantie juridictionnelle et non simplement judiciaire.* Enfin, la garantie judiciaire conventionnelle nécessite, l'intervention d'un juge : elle ne saurait être satisfaite par l'intervention d'un organe qualifié de judiciaire par le droit interne. La Cour européenne impose ainsi que l'autorité devant contrôler la privation de liberté soit un juge ou un « magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires », qualités qui supposent

⁷⁰⁴ CEDH, Grande chambre, 3 oct. 2006, req. n° 543/03, *McKay c/ Royaume-Uni*, § 34 : « Le contrôle doit être automatique et ne peut être rendu tributaire d'une demande formée par la personne détenue. A cet égard, la garantie offerte est distincte de celle prévue par l'article 5 § 4 qui donne à la personne détenue le droit de demander sa libération. Le caractère automatique du contrôle est nécessaire pour atteindre le but de ce paragraphe, étant donné qu'une personne soumise à des mauvais traitements pourrait se trouver dans l'impossibilité de saisir le juge d'une demande de contrôle de la légalité de sa détention ; il pourrait en aller de même pour d'autres catégories vulnérables de personnes arrêtées, telles celles atteintes d'une déficience mentale ou celles qui ne parlent pas la langue du magistrat ».

⁷⁰⁵ CEDH, Chambre, 4 déc. 1979, req. n° 7710/76, *Schiesser c/ Suisse*, § 31.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, § 36.

selon elle « l'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties »⁷⁰⁷. Or, ces qualités font défaut au procureur de la République français et aux policiers anglais – *custody officer* ou *reviewing officer*.

Le procureur de la République français manque ainsi d'indépendance à l'égard de l'exécutif. Si la Cour européenne avait semblé, dans son arrêt *Schiesser c/ Suisse* de 1979, adopter une interprétation *in concreto* de l'indépendance, interprétation qui l'avait conduite à ne pas condamner la décision du procureur suisse de placer en détention lorsque, concrètement, la hiérarchie n'était pas intervenue dans la procédure pour influencer la décision prise par le magistrat⁷⁰⁸, elle en retient désormais une interprétation *in abstracto*. Dans son arrêt de chambre *Medvedyev et autres c/ France* de 2008 elle a en effet considéré que « le procureur de la République n'est pas une « autorité judiciaire » au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion : comme le soulignent les requérants, il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié »⁷⁰⁹. Aussi, une possibilité d'intervention de l'exécutif, et non une réelle intervention de celui-ci, suffit à dénier au procureur cette qualité⁷¹⁰. En outre, même si le procureur a vu sa soumission fonctionnelle à l'exécutif réduite⁷¹¹, il manque d'indépendance à l'égard des parties, puisque précisément il pourra se constituer partie à l'issue de la garde à vue qu'il aurait décidée ou qu'il aurait prolongée. Comme la Cour l'avait relevé dans son arrêt *Pantea c/ Roumanie* de 2003, « les apparences objectives à l'époque de la décision sur la détention sont pertinentes : s'il apparaît à ce stade que le magistrat peut intervenir dans la procédure pénale ultérieure en qualité de partie poursuivante, son indépendance et son impartialité peuvent paraître sujettes à caution »⁷¹².

Le *custody officer* ou le *reviewing officer* ne semblent pas non plus pouvoir être qualifiés d'« autorité judiciaire » au sens de l'article 5 § 3 de la CESDH, même si, théoriquement, ces organes ne doivent pas avoir pris part aux investigations conduites à l'encontre de la personne dont ils décident du placement ou du maintien en garde à vue⁷¹³ et ne se trouvent pas opérationnellement sous la dépendance du pouvoir exécutif, en raison de la doctrine de

⁷⁰⁷ *Ibid.*, § 31.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, § 35 : « N'ayant dû ni subir une ingérence extérieure ni consulter une autre autorité, il a exercé le pouvoir de décision propre que lui attribuait la loi. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il a offert en l'espèce des garanties d'indépendance suffisantes au regard de l'article 5 § 3 ».

⁷⁰⁹ CEDH, 5^{ème} sect., 10 juill. 2008, req. n° 3394/03, *Medvedyev et autres c/ France*, § 61.

⁷¹⁰ En ce sens, G. BEAUSSONIE et *alii*, « Contribution à l'étude de la notion 'd'autorité judiciaire' » in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale. Opinion doctorum*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2009, p. 161 et s., spéc. p. 165.

⁷¹¹ Voir *infra*, n° 436.

⁷¹² Voir ainsi, CEDH, 2^{ème} sect., 3 juin 2003, req. n° 33343/96, *Pantea c/ Roumanie*, § 236.

⁷¹³ Section 36(5) du *PACE*.

la *Constabulary Independence*⁷¹⁴. Comme le relèvent Richard A. Edwards et Ed Cape, ils sont « d'un rang relativement peu élevé dans la hiérarchie policière et travaillent dans le même commissariat, et pour la même force de police que l'officier conduisant les investigations »⁷¹⁵. Par ailleurs les études montrent qu'ils entérinent l'immense majorité des demandes de placement ou de maintien en garde à vue formulées par l'officier qui enquête. Et s'ils n'exercent pas l'action pénale devant le juge – rôle qui incombe au CPS –, ils décident de son exercice lorsque l'infraction est de faible gravité et peuvent recevoir des conseils du futur poursuivant. Aussi le *custody officer* a-t-il un « rôle conflictuel » et, dans de telles circonstances, « peut difficilement être qualifié d'indépendant à l'égard des parties au sens de l'article 5 § 3 »⁷¹⁶.

268. Dans la jurisprudence de la CEDH, la garantie judiciaire en matière de privation de liberté constitue ainsi une garantie solide parce qu'elle présente finalement les caractéristiques d'un contentieux obligatoire : le contrôle exigé est effectué par un juge qui doit entendre personnellement la personne et il n'est pas tributaire d'une opposition de celle-ci. Pourtant cette garantie solide ne s'impose qu'exceptionnellement en pratique.

b. Une garantie tardive

269. La garantie judiciaire conventionnelle : une garantie tardive. Le critère temporel de la garantie judiciaire résultant de l'article 5 § 3 de la Convention, tel qu'interprété par la Cour européenne, permet toutefois de relativiser la vigueur de la protection conventionnelle. La Cour européenne se montre en effet relativement libérale dans l'appréciation du délai de présentation devant l'autorité judiciaire visée par l'article 5 § 3. Dans l'affaire *Brogan c/ Royaume-Uni*, elle avait ainsi estimé que le délai de présentation devant un magistrat habilité par la loi ne saurait dépasser quatre jours et six heures⁷¹⁷. Puis,

⁷¹⁴ Sur cette doctrine, voir *infra*, n° 444.

⁷¹⁵ R. A. EDWARDS et E. CAPE, « Police bail without charge : The human rights implications », (2010) 69(3) *Cambridge Law Journal* 529, spéc. 553.

⁷¹⁶ *Ibid.*, 554.

⁷¹⁷ CEDH, Plénière, 29 nov. 1988, req. n° 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni*, § 62 : « (...) même la plus brève des quatre périodes litigieuses, à savoir les quatre jours et six heures de garde à vue de M. McFadden (...), va au-delà des strictes limites de temps permises par la première partie de l'article 5 § 3. On élargirait de manière inacceptable le sens manifeste d'"aussitôt" si l'on attachait aux caractéristiques de la cause un poids assez grand pour justifier une si longue détention sans comparution devant un juge ou un "autre magistrat". On mutilerait de la sorte, au détriment de l'individu, une garantie de procédure offerte par l'article 5 § 3 et l'on aboutirait à des conséquences contraires à la substance même du droit protégé par lui ».

dans l'affaire *McKay c/ Royaume-Uni*, elle sembla vouloir limiter ce délai à quatre jours⁷¹⁸.

Toutefois, la Cour européenne se montre plus exigeante lorsque l'affaire présente des circonstances particulières. Ainsi, dans une affaire concernant des mineurs, l'affaire *Ipek et autres c/ Turquie*, elle s'était efforcée de réduire encore le délai de présentation à un juge. Après avoir rappelé qu'en vertu de sa jurisprudence constante, la contrainte de temps qu'impose la détention sans contrôle judiciaire est d'un maximum de quatre jours, elle considère que la traduction des requérants devant un juge, trois jours et neuf heures après qu'ils eurent été privés de liberté, est incompatible avec l'article 5 § 3 de la Convention. Si, « en tant que telle, la durée de la détention des requérants en garde à vue est, à première vue, compatible avec les exigences de l'article 5 § 3 », la Cour attache cependant « une grande importance au fait que les requérants étaient mineurs au moment de leur arrestation » et conclut que « compte tenu notamment de [leur] âge [...] aucun des arguments avancés, en termes généraux, par le gouvernement n'est suffisant pour justifier leur détention en garde à vue pendant plus de trois jours, même dans le cadre d'enquêtes terroristes »⁷¹⁹. Dans son dernier état, la Cour a même semblé vouloir renforcer ses exigences. Dans l'affaire *Gutsanovi c/ Bulgarie*, elle constate une violation de l'article 5 § 3, en considérant qu'une privation de liberté de trois jours, cinq heures et trente minutes méconnaissait l'obligation pesant sur l'Etat de présenter « aussitôt » le requérant à un magistrat habilité à contrôler la légalité de sa détention. En l'espèce, les circonstances particulières, qui justifient une interprétation restrictive de l'exigence de promptitude requise par l'article 5 § 3, ne tenaient plus à la minorité du requérant, mais d'une part à sa fragilité psychologique et, d'autre part, au fait que l'individu maintenu en détention policière n'a plus participé, après la première journée, à aucune mesure d'investigation. Or, aucune « autre considération d'ordre pratique et sécuritaire [ne] justifia[i]t sa comparution devant un juge à un stade [si tardif] de la procédure »⁷²⁰.

⁷¹⁸ CEDH, Grande chambre, 3 oct. 2006, préc., § 47. En l'espèce, le requérant, soupçonné d'avoir commis un vol qualifié dans une station-service, avait été arrêté le 6 janvier 2001, à 22 heures, inculpé le lendemain à 12 heures 37 et comparu pour la première fois devant la *magistrates' court* le 8 janvier 2001, à 10 heures, laquelle avait ordonné son placement en détention provisoire. La cour estime qu'« il n'est pas contesté que le magistrat était compétent pour examiner la régularité de l'arrestation et de la détention et l'existence de raisons plausibles de soupçonner le requérant d'avoir commis l'infraction ni qu'il avait de surcroît le pouvoir d'ordonner la libération si ces exigences n'étaient pas remplies. Cela a suffi à fournir des garanties satisfaisantes contre un abus de pouvoir des autorités et à rendre l'examen conforme à la première phrase de l'article 5 § 3, en ce qu'il a été rapide et automatique, et s'est déroulé devant un magistrat dûment habilité ». *Ibid.*, § 48.

⁷¹⁹ CEDH, 2^{ème} sect., 3 févr. 2009, req. n° 17019/02 et 30070/02, *Ipek et autres c/ Turquie*, § 36.

⁷²⁰ CEDH, 4^{ème} sect., 15 oct. 2013, req. n° 34529/10, *Gutsanovi c/ Bulgarie*, §§ 155 et 158 ; *Dr. pén.* 2014, chron. 4, obs. E. Dreyer, n° 6 et 16.

270. *La conformité à la Convention des systèmes français et anglais.* Même si ses dernières décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme semblent annoncer une interprétation plus stricte de l'exigence de promptitude, le contrôle de la garde à vue par le procureur de la République français – jusqu'à quarante-huit heures – et par le *custody officer* et le *reviewing officer* – respectivement jusqu'à vingt-quatre et trente-six heures – ne semblent pas encourir un grief d'inconventionnalité : les deux mécanismes se situent bien en-deçà de la durée maximale des soixante-dix neuf heures (trois jours et cinq heures) au-delà de laquelle un contrôle véritablement juridictionnel doit être automatiquement opéré. Finalement, la substance de la garantie offerte par le contrôle juridictionnel requis par la Cour européenne des droits de l'Homme est largement diminuée par le délai dans lequel celui-ci doit intervenir⁷²¹. Les adverbess « aussitôt » ou « promptly » figurant dans les versions française et anglaise de l'article 5 § 3 de la Convention, permettent de retarder l'intervention du juge et d'autoriser un contrôle de la privation de liberté par les autorités policières elles-mêmes ou par le procureur de la République. L'exigence de promptitude posée par l'article 5 § 3 prend dès lors, dans la jurisprudence de la Cour, la signification d'un ajournement possible. Aussi, les mécanismes de contrôle de la privation de liberté mis en place par les droits anglais et français demeurent pleinement conformes à la jurisprudence strasbourgeoise. Et, les craintes quant à la compatibilité avec la Convention du statut du ministère public et de ses fonctions de contrôle de la garde à vue ne sont pas positivement fondées⁷²².

⁷²¹ Voir D. ROETS, RSC 2014, pp. 170-171, qui critique la position de la Cour, relevant que la prise en compte de circonstances spécifiques dans l'appréciation du délai de présentation à un juge, « si elle n'est pas nouvelle, est pour le moins hasardeuse », et considérant que, « plutôt que de consacrer la possibilité de priver de liberté pendant quatre jours une personne suspectée d'avoir commis une infraction sans la présenter à un juge ou à un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires, tout en réservant l'hypothèse d'une présentation plus rapide en certaines 'circonstances spécifiques', la Cour serait bien inspirée d'adopter une interprétation restrictive de l'aussitôt' du troisième paragraphe de l'article 5 § 3 de la Convention (...) ». Voir également, les analyses optimistes de N. HERVIEU, « Un spectaculaire resserrement de l'étau européen sur les perquisitions et les privations de liberté » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF* [en ligne], 18 oct. 2013, <http://revdh.org/2013/10/18/procedure-penale-etau-europeen-perquisitions/> : « Désormais, à l'aune de l'arrêt Gutsanovi c. Bulgarie, il n'est donc plus exclu qu'une personne placée en garde à vue et détenue sous le seul contrôle d'une autorité policière ou du ministère public puisse exiger une présentation immédiate à un magistrat au sens de l'article 5 § 3. Et ce, quand bien même la privation de liberté ne dépasserait pas les quatre jours habituellement tolérés par la Cour, dès lors toutefois qu'aucune nécessité de l'enquête ou d'autres strictes 'considérations d'ordre pratique et sécuritaire' ne le justifie (§ 158). Au surplus, selon le raisonnement européen, c'est aux autorités de poursuite, et non à l'accusé, de 'présent[er des] argument[s] pour justifier (...) le fait que l'intéressé n'a[it] pas été amené devant un juge dès le lendemain de son arrestation et de son inculpation' ou, à tout le moins, le plus rapidement possible (§ 157) ». Voir enfin, O. BACHELET, *Dalloz actualité*, 30 oct. 2013 : « (...) la Cour semble sonner le glas du contrôle systématique exercé, en France, par le procureur de la République sur les quarante-huit premières heures de garde à vue ».

⁷²² *Contra*, A. TALEB, « Quelles perspectives d'évolution pour le parquet français ? Etude des systèmes français et anglais à la lumière de la jurisprudence européenne (à propos de l'arrêt CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/*

2. *La garantie judiciaire conventionnelle et les atteintes à la vie privée*

271. Les mesures de perquisitions, de saisies, ou de géolocalisations sont susceptibles de porter atteinte au droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention européenne. Conformément à l'article 8 § 2 de la CESDH, il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire notamment à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, et proportionnée aux buts légitimes ainsi fixés. Cependant, les exigences résultant de la jurisprudence de la Cour n'imposent pas, dans les procédures pénales de droit commun, un contrôle du juge *a priori* (a), alors même qu'un tel contrôle s'impose dans les procédures spéciales (b).

a. **Une garantie hésitante dans les procédures de droit commun**

272. La garantie judiciaire conventionnelle présente, en matière d'atteintes à la vie privée, une dimension alternative⁷²³. Elle peut ainsi être préalable à la réalisation de l'acte d'investigation. Elle peut également être postérieure à la réalisation de l'acte.

273. *Garantie judiciaire conventionnelle et perquisitions.* Il en va ainsi en matière de perquisition. A l'instar de toute ingérence au sein du droit au respect du domicile, une mesure de perquisition doit respecter le triptyque classique des critères de conventionalité visés au paragraphe second de l'article 8 : être « prévue par la loi », poursuivre un ou plusieurs buts légitimes et enfin, être « nécessaire dans une société démocratique » à la réalisation de ce ou ces buts. Initialement, la Cour européenne se montrait relativement indifférente à la mise en place d'un contrôle juridictionnel *a priori* d'une mesure de

France) », RIDP 2011, p. 242, qui relève que « [q]uoi qu'il en soit, la France doit rapidement mettre sa législation en conformité avec le droit européen ».

⁷²³ Sur cette question, voir E. BONIS-GARÇON, « La Cour européenne des droits de l'Homme et la juridictionnalisation de l'enquête » in O. DECIMA (dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Cujas, coll. « Actes & Etudes », Paris, 2015, p. 19, n° 7 et 14, qui relève que « la juridictionnalisation de l'enquête n'est pas à proprement parler une exigence de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme » et ne constitue pas « une obligation spécifique à la charge des Etats » mais qu'il existe une obligation indirecte de juridictionnalisation « comme moyen d'assurer une protection effective des droits fondamentaux » et que, de la comparaison entre l'article 5 et l'article 8 de la CESDH, il ressort que ce dernier texte « n'impose pas en lui-même un contrôle juridictionnel des actes ».

perquisition, admettant que de telles mesures soient décidées par une autorité policière ou par le parquet, à la condition que le dispositif soit prévu par la loi, que la mesure poursuive un but nécessaire et soit proportionnée⁷²⁴. Puis, elle s'est montrée plus exigeante, s'attachant à relever dans ses constats de violation, l'absence d'autorisation juridictionnelle préalable⁷²⁵. Enfin, dans son dernier état, elle s'est efforcée de déduire de l'exigence de légalité des ingérences étatiques opérées dans le droit au respect du domicile, l'obligation pour les Etats de prévoir l'intervention d'un juge chargé d'autoriser préalablement la perquisition, ou, à défaut, d'en contrôler *a posteriori* la régularité de manière effective⁷²⁶.

La Cour a semblé prolonger cette solution dans l'affaire *Gutsanovi c/Bulgarie*, où la perquisition litigieuse n'avait pas fait l'objet d'un contrôle juridictionnel *a priori*. En l'espèce, la Cour considère logiquement qu'il y a bien eu ingérence étatique, à la suite de la perquisition du domicile familial et des saisies subséquentes, et rappelle que le « principe de la prééminence du droit » impose au « droit interne [d']offr[ir] des garanties adéquates et suffisantes contre l'arbitraire (...) dans le contexte des saisies et perquisitions ». En

⁷²⁴ Au contraire, la Cour semblait privilégier les exigences tenant à la légalité, en considérant que le contrôle juridictionnel ne pouvait suppléer la clarté et la prévisibilité de la loi en matière d'atteintes au respect de la vie privée. Voir ainsi, pour la question des écoutes téléphoniques, CEDH, Chambre, 29 avr. 1990, req. n° 11801/85, *Kruslin c/ France*, §§ 34-35 : même si elle « ne minimise nullement la valeur de plusieurs d'entre elles [des garanties], notamment la nécessité d'une décision d'un juge d'instruction, magistrat indépendant (...) le système n'offre pas pour le moment des sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter. Par exemple, rien ne définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, ni la nature des infractions pouvant y donner lieu ; rien n'astreint le juge à fixer une limite à la durée de l'exécution de la mesure ; rien non plus ne précise les conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignnant les conversations interceptées, ni les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins de contrôle éventuel par le juge – qui ne peut guère se rendre sur place pour vérifier le nombre et la longueur des bandes magnétiques originales – et par la défense, ni les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdites bandes, notamment après non-lieu ou relaxe ».

⁷²⁵ Voir ainsi, CEDH, 4^{ème} sect., 27 sept. 2005, req. n° 50882/99, *Sallinen et autres c/ Finlande*, § 89, à propos d'une perquisition effectuée dans un cabinet d'avocats. La Cour constate une violation de l'article 8, relève que « la perquisition et la saisie étaient plutôt vastes » et « est frappée par le fait qu'il n'y avait pas de surveillance indépendante ou judiciaire ».

⁷²⁶ CEDH, 1^{ère} sect., 7 juin 2007, req. n° 71362/01, *Smirnov c/ Russie*, § 45, à propos d'une saisie de l'unité centrale d'un ordinateur opérée à la suite d'une perquisition autorisée par un large mandat du parquet de Saint-Petersbourg, la Cour affirme qu'« en l'absence d'exigence d'une autorisation judiciaire préalable, les autorités d'enquête jouissent d'un pouvoir entièrement discrétionnaire pour apprécier l'opportunité de faire procéder à des perquisitions et des saisies et l'ampleur à leur donner » et que « la non-exigence d'un mandat judiciaire préalable [peut se trouver], dans une certaine mesure, contrebalancée par la possibilité pour la personne visée par la perquisition de solliciter *a posteriori* un contrôle juridictionnel de la mesure » ; CEDH, 4^{ème} sect., 15 févr. 2011, req. n° 56716/09, *Harju c/ Finlande*, §§ 43-44, à propos d'une perquisition effectuée par les gardes-frontières finlandais dans le cadre de la lutte contre les filières d'immigration clandestine, la Cour relève qu'« il n'y a pas eu de surveillance indépendante ou judiciaire de la délivrance du mandat de perquisition car la décision d'autoriser la mesure fut prise par la police elle-même ». La Cour constate toutefois que « l'absence d'un mandat judiciaire préalable peut être compensée par l'existence d'un examen judiciaire *ex post factum* (...). Cependant, en l'espèce, la requérante n'a pas eu un accès effectif, *a posteriori*, à un tribunal pour que soient contrôlées à la fois la légalité et la justification du mandat de perquisition. Le droit du requérant au respect de son domicile a ainsi été violé par le fait qu'il n'y avait pas de mandat judiciaire préalable, ni de possibilité d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif *a posteriori* soit de la décision de procéder à la fouille soit de la manière dont elle a été menée ».

conséquence, une telle ingérence doit être « prévue par la loi », c'est-à-dire « reposer sur une base légale interne (...) compatible avec le principe de la prééminence du droit ». Elle prend toutefois soin de relever qu'elle « doit redoubler de vigilance lorsque le droit national habilite les autorités à conduire une perquisition sans mandat judiciaire : la protection des individus contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par l'article 8 réclame un encadrement légal et une limitation des plus stricts de tels pouvoirs ». Or, en l'espèce, insistant sur le fait « qu'à aucun moment avant [la perquisition] il n'a été précisé quels étaient concrètement les documents et les objets liés à l'enquête pénale que les enquêteurs s'attendaient à découvrir et saisir au domicile des requérants », les juges européens constatent que cette perquisition n'a donné lieu à aucun mandat judiciaire préalable et a fait l'objet d'un contrôle *a posteriori* purement formel, matérialisé par la seule mention « J'approuve » apposée par le juge sur le procès-verbal. Par conséquent, la Cour considère que, même si la perquisition litigieuse avait une base légale dans le droit interne et avait été entourée d'un certain nombre de garanties procédurales, telles que la présence sur les lieux de l'avocat de M. Gutsanovi, « la législation nationale n'a pas offert aux requérants suffisamment de garanties contre l'arbitraire avant ou après la perquisition » et conclut à la violation de l'article 8 de la Convention, pris isolément et en combinaison avec l'article 13 relatif au droit à un recours effectif⁷²⁷.

274. Garantie judiciaire conventionnelle et géolocalisation. Il en va de même en matière de géolocalisation. Dans l'affaire *Uzun c/ Allemagne*, la Cour européenne s'était réjouie de ce que la loi allemande ait prévu qu'une mesure de géolocalisation soit mise en place par un juge lorsqu'elle dépasse une durée d'un mois. Toutefois, elle indique expressément se satisfaire de ce que les autorités judiciaires puissent *a posteriori* « contrôler la légalité d'une telle mesure de surveillance » : « Dans la procédure pénale ultérieure menée contre la personne concernée, les juridictions pénales pouvaient contrôler la légalité d'une telle mesure de surveillance et, si celle-ci était jugée illégale, elles avaient la faculté d'exclure les éléments ainsi obtenus du procès »⁷²⁸.

275. La garantie judiciaire conventionnelle : une garantie aux modalités alternatives. Ainsi, les juges strasbourgeois semblent progressivement s'orienter vers

⁷²⁷ CEDH, 4^{ème} sect., 15 oct. 2013, préc., §§ 218-227.

⁷²⁸ CEDH, 5^{ème} sect., 2 sept. 2010, req. n° 35623/05, *Uzun c/ Allemagne*, § 71 ; RSC 2011, p. 217, comm. D. Roets. Sur cette décision, voir H. MATSOPOULOU, « La surveillance par géolocalisation à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », D. 2011, p. 724.

l'édition d'une obligation alternative à la charge des Etats en matière de perquisitions : soit ceux-ci mettent en place une autorisation juridictionnelle préalable à la perquisition ou à la mesure de géolocalisation pour prévenir toute atteinte arbitraire de la puissance publique au droit au respect de la vie privée, soit, à défaut, mettent en place un contrôle *a posteriori* effectif.

En droit français et en droit anglais, cette « garantie judiciaire » dans le contrôle des perquisitions de droit commun est loin d'être assurée. En effet, en Angleterre, un contrôle juridictionnel préalable n'intervient pas dans l'immense majorité des perquisitions effectuées. En France, dans l'enquête, un tel contrôle n'intervient que dans des cas limités – par exemple, lorsque la perquisition doit être entreprise au cabinet ou au domicile d'un avocat (art. 56-1 CPP) ou lorsque elle est menée sans l'assentiment de la personne concernée, dans le cadre d'une enquête préliminaire « relative à un crime ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans » (art. 76, al. 4, CPP). Certes, au sein des deux systèmes, un contrôle *a posteriori* existe puisqu'il est possible de soulever devant la juridiction de jugement la nullité de la perquisition litigieuse et des saisies qui en sont issues. Mais ce contrôle n'est d'abord ouvert que si des poursuites pénales ont effectivement été engagées, option procédurale qui est en voie de raréfaction⁷²⁹. Ensuite, ce contrôle n'est reconnu qu'aux parties à la procédure et n'est conduit qu'à la demande expresse des parties, faute pour le juge du pouvoir de soulever d'office des nullités⁷³⁰. Enfin, ce contrôle se verra évincé lorsque le mis en cause reconnaîtra sa culpabilité, puisque le contentieux de l'annulation est, en France, comme en Angleterre, solidarisé au contentieux de la culpabilité. Or, la diminution de peine encourue prévue par le droit anglais lorsque l'individu reconnaît sa culpabilité risque fort de ne pas inciter celui-ci à contester sa culpabilité pour bénéficier d'un contrôle, toujours aléatoire, de la régularité des investigations. En d'autres termes l'alternative offerte aux législateurs nationaux par la Cour européenne, combinée au cumul des pouvoirs du ministère public, risque fort de vider de sa substance la garantie judiciaire des atteintes à la vie privée. D'un côté, le

⁷²⁹ En ce sens, voir H. MATSOPOULOU, « L'impact du droit européen sur le juge interne : approche de procédure pénale. L'exemple des perquisitions et saisies effectuées par les agents de certaines administrations sous le contrôle de l'autorité judiciaire » in V. DONIER et B. LAEROU-SCHENEIDER (dir.), *La régulation par le juge de l'accès au prétoire*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2013, p. 266 et s., spéc. pp. 268-269, qui considère qu'« il conviendrait que le législateur soumette la phase des enquêtes au principe du contradictoire, en accordant expressément à toute personne, victime d'un acte irrégulier, le droit de la contester devant un juge, qu'elle soit ou non, par la suite, partie à la procédure » et qui regrette que la Cour européenne des droits de l'Homme n'aille pas plus loin « en constatant expressément les imperfections de notre dispositif actuel, qui n'institue aucun recours 'effectif' au profit de ceux qui ont été victimes d'opérations illicites, dès lors qu'ils ne sont pas parties à la procédure ».

⁷³⁰ Voir *infra*, n° 351.

renforcement des pouvoirs d'investigation infrajudictionnels du ministère public réduit les hypothèses où un contrôle judiciaire préalable est nécessaire. De l'autre, le renforcement des pouvoirs de traitement extrajudictionnels de la police, du *CPS* ou du procureur de la République, et le développement d'une juridiction définitive non-contentieuse, rendent ce contrôle *a posteriori* des plus hypothétiques.

b. Une garantie assurée dans les procédures spéciales

276. Garantie judiciaire et visites domiciliaires en matière fiscale, douanière, boursière et de concurrence. En droit français, l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales permet à l'autorité judiciaire, saisie par l'administration fiscale, d'autoriser les agents de l'administration des impôts habilités à cet effet à effectuer des visites domiciliaires et saisies aux fins de rechercher la preuve d'agissements délictueux. La Cour de Strasbourg a, dans son arrêt *Ravon* du 21 février 2008, condamné une telle pratique sur le fondement du droit à un procès équitable⁷³¹. Selon la Cour, les personnes concernées doivent pouvoir, en la matière, obtenir « un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur son fondement ; le ou les recours disponibles doivent permettre, en cas de constat d'irrégularité, soit de prévenir la survenance de l'opération, soit, dans l'hypothèse où une opération jugée irrégulière a déjà eu lieu, de fournir à l'intéressé un redressement approprié »⁷³². La Cour relève, en particulier, que le recours prévu contre l'ordonnance autorisant la visite domiciliaire devant la Cour de cassation, juge du droit, ne permet pas un examen des éléments de fait fondant l'autorisation litigieuse et que l'intervention du juge judiciaire, tant au stade de la délivrance de l'autorisation que du contrôle du déroulement des opérations, ne garantit pas l'accès à un « tribunal » pour obtenir, à l'issue d'une procédure répondant aux exigences de l'article 6 § 1, une décision sur la « contestation » du contribuable⁷³³. Aussi, les personnes qui font l'objet d'une visite domiciliaire doivent-elles bénéficier d'un recours effectif permettant d'assurer un contrôle juridictionnel, en fait comme en droit, de l'autorisation et de l'exécution des mesures. Le contrôle doit donc porter sur la régularité de la décision qui prescrit ces opérations et sur les mesures

⁷³¹ CEDH, 3^{ème} sect., 21 févr. 2008, req. n° 18497/03, *Ravon et autres c/ France*, RSC 2008, p. 598, note H. Matsopoulou ; D. 2008, AJ 1054, obs. C. Guélaud ; *Rev. sociétés* 2008, 658, obs. B. Bouloc ; *Dr. fisc.* 2008, comm. 227, note D. Ravon et C. Louit ; *RJF* 2008, 454, étude B. Hatoux ; *Procédures* 2008, comm. 108, N. Fricero.

⁷³² *Ibid.*, § 28.

⁷³³ *Ibid.*, §§ 29-31.

ordonnées sur le fondement de cette décision. La Cour européenne a, à maintes reprises, confirmé cette décision⁷³⁴.

Le législateur français a tiré les conséquences de la jurisprudence *Ravon*, en venant, par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (art. 164), modifier les dispositions de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales et, ainsi, consacrer l'existence d'une voie de recours (appel devant le premier président de la cour d'appel) pour contester, d'une part, l'autorisation de visite domiciliaire et de saisie et, d'autre part, la régularité de ces opérations. Le législateur a mis également en place un tel recours en matière de visites domiciliaires et saisies opérées par les agents des douanes (modification de l'article 64 du code des douanes par l'article 164 de la loi du 4 août 2008).

Une évolution similaire a eu lieu s'agissant du régime prévu à l'article L. 450-4 du code de commerce, applicable aux visites domiciliaires et saisies réalisées par les agents de l'Autorité de la concurrence. La loi du 4 août 2008 ayant habilité le gouvernement à adapter, par voie d'ordonnances, les législations conférant à l'autorité administrative un pouvoir de visite et de saisie, l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence (art. 1^{er}) a instauré un recours devant le premier président de la cour d'appel permettant, à l'instar de ce qui est prévu en matière fiscale et douanière, de contester non seulement l'ordonnance autorisant les opérations mais aussi le déroulement de celles-ci. La Cour européenne est venue censurer le régime applicable antérieurement à cette réforme, en condamnant la France dans le cadre d'opérations s'étant déroulées avant l'adoption de l'ordonnance du 13 novembre 2008, au motif que le régime antérieur comme les dispositions transitoires n'offraient pas un contrôle juridictionnel effectif pour contester la régularité et le bien-fondé des ordonnances du juge des libertés et de la détention ayant autorisé les visites et saisies⁷³⁵. L'ordonnance n° 2009-233 du 26 février 2009 réformant les voies de recours contre les visites domiciliaires et les saisies de l'Autorité des marchés financiers, prise en application de la loi

⁷³⁴ CEDH, 5^{ème} sect., 24 juill. 2008, req. n° 18603/03, *André et autres c/ France*, §§ 34-35 ; D. 2008, 2353 ; *Dr. fisc.* 2008, comm. 552, note C. Louit ; R/JF 2008, 1341 ; CEDH, 5^{ème} sect., 18 sept. 2008, req. n° 18659/05, *Kandler et autres c/ France*, §§ 26-27 ; *Dalloz actualité*, 25 sept. 2008, obs. M. Léna ; CEDH, 5^{ème} sect., 16 oct. 2008, req. n° 10447/03, *Maschino c/ France*, §§ 22-24 ; *Dr. fisc.* 2008, comm. 611, note C. Louit ; R/JF 2009, 137 ; CEDH, 5^{ème} sect., 20 nov. 2008, req. n° 2058/04, *Société IFB c/ France*, §§ 26-27. Voir également, T. LAMBERT, « Le droit de visite et de saisie de l'administration fiscale : les tourments de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales », *Rev. sociétés* 2012, p. 71 et s.

⁷³⁵ CEDH, 5^{ème} sect., 21 déc. 2010, req. n° 29408/08, *Société Canal Plus et autres c/ France*, §§ 36-45 ; D. 2011, 1332, note H. Matsopoulou ; CEDH, 5^{ème} sect., 21 déc. 2010, req. n° 29613/08, *Cie des Gaz de Pétrole Primagaz c/ France*, §§ 24-33 ; *Dalloz actualité*, 24 janv. 2011, obs. O. Bachelet ; CEDH, 5^{ème} sect., 5 mai 2011, req. n° 29598/08, *Société Métallurgique Liotard Frères c/ France*, §§ 18-23 ; *Dalloz actualité*, 20 juin 2011, obs. C. Demunck.

du 4 août 2008, a mis en place un recours analogue en la matière (modification de l'article L. 621-12 du code monétaire et financier par l'article 1^{er} de l'ordonnance). Enfin, l'ordonnance n° 2009-375 du 1^{er} avril 2009 réformant les voies de recours contre certaines visites et saisies a instauré un tel recours s'agissant des visites prévues par le code de la santé publique (art. 2), des visites domiciliaires et saisies prévues par le code des postes et des communications électroniques (art. 8 et 10) et des visites domiciliaires et saisies réalisées dans le cadre de la régulation de l'énergie (art. 11) et de la régulation des opérations spatiales (art. 13).

277. La garantie judiciaire conventionnelle offre aux législateurs nationaux une flexibilité extrêmement favorable au ministère public. Par la subordination de cette garantie à des conditions alternatives, elle favorise l'évitement du juge. Ainsi, lorsque la garantie judiciaire concerne les atteintes à la liberté d'aller et venir, l'alternative offerte par la Cour européenne est-elle d'ordre organique. Le contrôle judiciaire peut être réalisé par le ministère public lui-même, l'intervention du juge sera évitée si la privation de liberté ne nécessite pas d'être prolongée au-delà d'une certaine durée. De même, lorsque la garantie judiciaire concerne les atteintes à la vie privée, l'alternative offerte par la Cour européenne est d'ordre conjoncturel. Le contrôle judiciaire peut être réalisé seulement devant le juge du fond et n'est pas, en droit commun, exigé au stade de l'avant-procès pénal. Le ministère public peut donc lui-même effectuer ou autoriser des perquisitions ou géolocalisation prévues par la loi, parce que le juge du fond pourra en théorie, *a posteriori*, contrôler ces mesures.

B. Les ambiguïtés de la garantie judiciaire dans la jurisprudence constitutionnelle

278. Bien qu'adoptant une interprétation plus large de la notion d'autorité judiciaire chargée du contrôle des actes d'investigation, la jurisprudence du Conseil constitutionnel se révèle finalement assez similaire, au regard du contenu de la garantie judiciaire, à celle de la Cour européenne de droits de l'Homme⁷³⁶, tant en matière d'atteintes à la liberté d'aller et venir (1) qu'en matière d'atteintes à la vie privée (2).

⁷³⁶ Sur cette question, voir A. BOTTON, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale » in O. DECIMA (dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 55 et s.

1. La garantie judiciaire constitutionnelle et les atteintes à la liberté d'aller et venir

279. L'article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen exige que nul Homme ne puisse être arrêté ou détenu « que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites », sans préciser le rôle de l'autorité judiciaire en cette matière. C'est l'article 66 de la Constitution qui vient indiquer que « l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ». L'article préliminaire du code de procédure pénale, issu de la loi du 15 juin 2000, déclinera cette exigence en disposant que « [l]es 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 »⁷³⁷.

280. *La progressivité de la garantie judiciaire constitutionnelle de la garde à vue.* Le Conseil constitutionnel a élaboré en matière de garde à vue une « doctrine de la gradation des interventions des organes judiciaires »⁷³⁸, une « théorie de la gradation symétrique des niveaux de contraintes et des degrés d'indépendance » requise de l'autorité judiciaire en charge du contrôle⁷³⁹. Dans sa décision du 11 août 1993, il a ainsi estimé que «

⁷³⁷ Art. préliminaire, III, al. 4, CPP. Sur l'article préliminaire, voir C. LAZERGES, « De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du code de procédure pénale » in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du Professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, Paris, 2006, p. 71 et s. ; E. VERGES, « L'effet normatif de l'article préliminaire du code de procédure pénale » in *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, Aix-en-Provence, 2007, p. 327 et s. ; P. TRUCHE, « Introduction à l'article préliminaire du code de procédure pénale » et H. HENRION, « L'article préliminaire du code de procédure pénale : vers une 'théorie législative' du procès pénal ? », *APC* 2001, n° 23, p. 7 et s. et p. 13 et s. ; 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. ; D. MAYER, « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », *D.* 2001, p. 1643 et s. ; B. BOULOC, « La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », *RSC* 2001, p. 193 et s. ; A. GIUDICELLI, « Principes directeurs du procès pénal », *RSC* 2003, p. 122 et s. ; G. ROYER, « L'article préliminaire du code de procédure pénale, quand vient l'âge de la maturité... », *D.* 2006, p. 3045 et s.

⁷³⁸ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 372, p. 325.

⁷³⁹ T. S. RENOUX, « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public », art. préc., *loc. cit.*, p. 35. Du même auteur, « Le Conseil constitutionnel et l'instruction pénale : juges ou magistrats ? », *Justices* 1998, n° 10, p. 75 et s., spéc. pp. 85-86, qui parle d'une « gradation des compétences constitutionnelles de l'autorité judiciaire » et indique qu'il existe « en matière de protection pénale de la liberté individuelle, une compétence constitutionnelle de l'autorité judiciaire, et, à l'intérieur de l'autorité judiciaire, une répartition constitutionnelle des attributions exercées entre agents et officiers de police judiciaire, magistrats du parquet et magistrats du siège, répartition constitutionnelle directement fonction du degré de sévérité de l'atteinte à la liberté individuelle ». Sur la répartition des rôles entre le ministère public et le juge français dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et sur la définition constitutionnelle de « fonctions réservées aux juges », voir V. BÜCK, *L'influence des cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France-Espagne*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », tome 109, Paris, 2002, n° 132 et s., p. 91 et s. Sur la constitutionnalisation du droit pénal, voir L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal » in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 169 et s. ; L. PHILIP, « La constitutionnalisation du droit pénal français », *RSC* 1985, p. 711 et s. ; R. LEGEAIS, « La Constitution et le droit pénal dans le système juridique français », *Journées de la Société de législation comparée pour 1980*, Paris, 1982, p. 621 et s., repris in *Mélanges offerts à R. Legeais*, Cujas, Paris, 2003, p. 189 et s. ; A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, LGDJ, coll. « Bibliothèque

l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet ». Dès lors, si l'intervention d'un magistrat du siège peut être requise pour certaines prolongations de la garde à vue, l'intervention du procureur de la République pour prolonger une première garde à vue d'une durée de vingt-quatre heures ne méconnaît pas les exigences de l'article 66 de la Constitution⁷⁴⁰. En revanche, toute garde à vue d'une durée supérieure à quarante-huit heures suppose l'intervention d'un magistrat du siège, qui ne doit pas nécessairement être le juge d'instruction⁷⁴¹. Mais l'intervention d'un magistrat du siège avant la quarante-huitième heure n'est requise que pour la prolongation de la garde à vue. En dehors d'une telle prolongation, comme dans le cadre du maintien en détention de vingt heures – le « petit dépôt de nuit » – autorisé postérieurement à la fin d'une garde à vue de quarante-huit heures par l'article 803-3 du code de procédure pénale issu de la loi du 9 mars 2004, le Conseil constitutionnel a implicitement mais nécessairement admis, par une décision du 17 décembre 2010, que la personne déférée à l'issue de sa garde à vue puisse être présentée à un magistrat du parquet. En conséquence, la présentation effective devant un magistrat du siège ne doit intervenir qu'avant l'expiration d'un délai de soixante-huit

des sciences criminelles », tome 58, Paris, 2014 ; J.F. SEUVIC, « Force ou faiblesse de la constitutionnalisation du droit pénal », intervention du 16 mars 2006 lors du cycle de conférences organisé par la Cour de cassation, *La Procédure pénale en quête de cohérence*, http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/intervention_m_seuovic_9574.html?idprec=8480.

⁷⁴⁰ Cons. const., 11 août 1993, décision n° 93-326 DC, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*, consid. 5.

⁷⁴¹ Cons. const., 20 janv. 1981, décision n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, consid. 25 : « (...) si l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser, dans ces cas, la prolongation de la garde à vue, est nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'exige que ce magistrat ait la qualité de juge d'instruction » ; *JCP* 1981, II, 19701, note C. Franck ; *D.* 1981, 101, note J. Pradel ; *D.* 1982, 441, note A. Dekeuwer ; *AJDA* 1981, p. 275, note J. Rivero, et p. 278, note C. Gournay ; *RD pub.* 1981, p. 651, note L. Philip. Voir, également, pour la validation du régime dérogatoire de la garde à vue en matière de terrorisme, Cons. const., 3 sept. 1986, décision n° 86-213 DC, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat*, consid. 17 : « (...) il résulte de l'article 706-23 nouveau du code de procédure pénale que le champ d'application des dispositions critiquées concerne des enquêtes portant sur des infractions déterminées appelant, en raison de leur rapport avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, des recherches particulières ; (...) cet article exige que la prolongation de la garde à vue soit subordonnée à une décision du magistrat du siège auquel l'intéressé doit être présenté ; (...) au surplus, est prescrite la surveillance médicale de la personne gardée à vue ; (...) ces dispositions s'ajoutent aux garanties résultant des règles de portée générale du code de procédure pénale qui ont pour effet de placer sous le contrôle du procureur de la République la garde à vue ou qui exigent, conformément au dernier alinéa de l'article 64, un examen médical passé vingt-quatre heures si l'intéressé en fait la demande ; (...) dès lors, les dispositions de l'article 706-23 nouveau du code de procédure pénale ne méconnaissent pas l'article 66 de la Constitution » ; *RSC* 1987, p. 565, note F. Loloum et P. Nguyen Huu ; *RD pub.*, p. 399, note L. Favoreu. Et, pour la validation du régime dérogatoire de la garde à vue en matière de criminalité organisée, voir Cons. const., 2 mars 2004, préc., consid. 25, et réf. cit. ; C. LAZERGES, « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle. A propos de la décision 2004-492 DC du 2 mars 2004 », *RSC* 2004, p. 725 et s.

heures⁷⁴².

281. Les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Conseil constitutionnel coïncident finalement. En retardant la nécessité de l'intervention du contrôle juridictionnel, elles autorisent les législateurs nationaux à faire, du *custody officer* ou du procureur de la République, le juge de la privation de liberté. Aussi, le dispositif français se révèle-t-il pleinement compatible avec le dispositif européen : l'intervention d'un magistrat du siège n'est impérative qu'à l'expiration d'un délai inférieur au délai fixé par le Conseil constitutionnel, soit quarante-huit heures. En réalité, le Conseil constitutionnel assure même un niveau de protection plus élevé que la Cour européenne⁷⁴³.

2. La garantie judiciaire constitutionnelle et les atteintes à la vie privée

282. En cette matière également, le Conseil constitutionnel établit une doctrine de la gradation : seules « les méconnaissances graves au droit au respect de la vie privée sont (...) de nature à porter atteinte à la liberté individuelle »⁷⁴⁴. Les fouilles de véhicule, les perquisitions et saisies relèvent de cette catégorie. Elles sont, selon leur gravité et le cadre procédural dans lequel elles s'inscrivent, décidées soit d'initiative par l'officier de police judiciaire, soit par le procureur de la République, soit par le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction.

283. *La progressivité de la garantie judiciaire constitutionnelle du respect de la vie privée.* Pour les atteintes de moindre gravité en flagrance, le Conseil admet que les officiers de police judiciaire puissent agir d'initiative de manière coercitive⁷⁴⁵. En droit positif, la

⁷⁴² Cons. const., 17 déc. 2010, décision n° 2010-80 QPC, *M. Michel F. [Mise à la disposition de la justice]*, consid. 11 : « (...) si l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet, l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures ; (...) par suite, la privation de liberté instituée par l'article 803-3 du code de procédure pénale, à l'issue d'une mesure de garde à vue prolongée par le procureur de la République, méconnaîtrait la protection constitutionnelle de la liberté individuelle si la personne retenue n'était pas effectivement présentée à un magistrat du siège avant l'expiration du délai de vingt heures prévu par cet article ». Sur la légalisation du « petit dépôt de nuit », voir P. GAGNOUD, « Le délai de présentation devant le procureur de la République à l'issue de la garde à vue : la pratique du 'petit dépôt de nuit' enfin légalisée », *Gaz. Pal.* 2004, n° 151, p. 2 et s.

⁷⁴³ En ce sens, voir F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n° 391, p. 275.

⁷⁴⁴ Cons. const., 22 avr. 1997, décision n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, consid. 44.

⁷⁴⁵ Cons. const., 13 mars 2003, préc., consid. 14 : s'agissant des visites de véhicules réalisées en vue de constater des infractions flagrantes, le Conseil constitutionnel considère que « ces dispositions sont conformes aux exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées en raison de la condition à laquelle elles subordonnent les visites ; qu'elles ne méconnaissent pas l'article 66 de la Constitution ; qu'elles sont

solution s'applique en matière de fouille de véhicule (article 78-2-3 CPP) et de perquisition (article 56 CPP). En revanche, une perquisition coercitive effectuée en préliminaire ne sera possible que pour un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans et nécessitera l'autorisation du juge des libertés et de la détention (article 76, al. 4, CPP). Pour les atteintes de moindre gravité en préliminaire, le Conseil constitutionnel a admis que l'autorisation puisse émaner d'un magistrat du parquet⁷⁴⁶. En droit positif, la solution s'applique en matière de fouilles de véhicules (article 78-2-2 CPP) ou de visites dans des locaux professionnels aux fins d'effectuer certains contrôle dans le cadre de la lutte contre le travail illégal (article 78-2-1 CPP). Pour les atteintes d'une certaine gravité, seul un magistrat du siège peut les décider et en contrôler le déroulement⁷⁴⁷. Pour une perquisition de nuit, elle ne sera possible que pour les infractions de criminalité organisée visées à l'article 706-73 du code de procédure pénale, selon un régime à géométrie variable prévu par les articles 706-89 à 706-94 dudit code, qui fait intervenir soit le juge des libertés et de la détention en cas de flagrance ou en cas d'enquête préliminaire, mais alors hors les locaux d'habitation, soit le juge d'instruction en cas d'ouverture d'une information mais hors les locaux d'habitation sauf si trois conditions sont réunies (la flagrance, un risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels, des raisons plausibles de soupçonner que des personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu sont en train de commettre des infractions visées à l'article 706-73 du code de procédure pénale).

formulées en termes assez clairs et précis pour respecter la mission confiée au législateur par l'article 34 de celle-ci ».

⁷⁴⁶ Cons. const., 22 avr. 1997, préc., consid. 76 : « (...) eu égard à la nécessité de lutter contre le travail illégal, le législateur a pu prévoir la possibilité d'opérer des visites dans des lieux privés à usage professionnel, dès lors que le déroulement des mesures autorisées est assorti de garanties procédurales appropriées ; (...) en l'espèce le législateur a fait du procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire, l'autorité compétente pour autoriser l'entrée dans des lieux professionnels en exigeant que ses réquisitions précisent les infractions, parmi celles visées aux articles L. 324-9 et L. 341-6 du code du travail, pouvant être recherchées ainsi que les lieux dans lesquels l'opération de contrôle se déroulera ; (...) il a exigé que les réquisitions soient prises pour une durée maximum d'un mois et soient présentées à la personne disposant des lieux ou à celle qui la représente, les mesures prises en application de l'article en cause faisant par ailleurs l'objet d'un procès-verbal remis à l'intéressé ; (...) en outre s'agissant d'opérations de police judiciaire, leur déroulement se trouve placé sous la direction et le contrôle du procureur de la République auquel il revient d'en suivre effectivement le cours et le cas échéant d'y mettre fin à tout moment ; (...) en raison des garanties procédurales ainsi instituées, les dispositions de l'article 78-2-1 du code de procédure pénale doivent être déclarées conformes à la Constitution » ; *JCP G*, I, 4066, obs. B. Mathieu et M. Verpeaux ; *Procédures* 1997, n° 192, obs. J. Buisson ; *AJDA* 1997, p. 524, note F. Julien-Laferrrière ; *RFD constit.* 1997, p. 571, obs. O. Lecucq ; *RD pub.* 1997, p. 931, obs. F. Luchaire ; *D.* 2004, 1273, obs. S. Nicot.

⁷⁴⁷ Cons. const., 16 juill. 1996, décision 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*, consid. 17-18 ; *JCP G* 1996, II, 22709, note N. Van Tuong ; *AJDA* 1996, p. 693, note O. Schrameck ; *ibid.* 1997, p. 1245, note F. Luchaire ; *D.* 1997, 69, note B. Mercuzot ; *ibid.* 1998, 147, obs. T. Renoux ; *Gaz. Pal.* 27 févr. 1997, note D. Richard.

284. *La progressivité : une ressource favorisant l'extension des pouvoirs du ministère public (l'exemple de la géolocalisation)*. La technique de la graduation constitue une ressource particulièrement favorable à l'extension des pouvoirs du ministère public et le législateur ne se prive pas d'en user. A la suite des décisions de la chambre criminelle du 22 octobre 2013⁷⁴⁸, la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation est venue introduire un dispositif d'encadrement du recours à la géolocalisation⁷⁴⁹. Cette technique peut être utilisée, notamment dans le cadre d'une enquête de flagrance, d'une enquête préliminaire ou d'une procédure prévue aux articles 74 à 74-2 du code de procédure pénale, par le procureur de la République, pour une durée maximale de quinze jours consécutifs. A l'issue de ce délai, cette opération est autorisée par le juge des libertés et de la détention à la requête du procureur de la République, pour une durée maximale d'un mois renouvelable (article 230-32, 1°, CPP). En outre, en cas d'urgence résultant d'un risque imminent de déperissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens, la technique de géolocalisation peut être mise en place ou être prescrite par un officier de police judiciaire. Toutefois, celui-ci doit en informer immédiatement, par tout moyen, le procureur de la République ou le juge d'instruction qui peut alors ordonner la mainlevée. Le Conseil constitutionnel a validé le dispositif législatif par sa décision du 25 mars 2014. Le Conseil relève que « le recours à la géolocalisation est placé sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire ; que, dans les cas prévus par le 1° de l'article 230-33, le procureur de la République ne peut l'autoriser que pour une durée

⁷⁴⁸ Cass. crim., 22 oct. 2013, *Bull. crim.* n° 196 ; Cass. crim., 22 oct. 2013, *Bull. crim.* n° 197 ; *AJ pén.* 2013, p. 668, note L. Ascensi ; *D.* 2014, 115, note H. Matsopoulou ; *Dr. pén.* 2013, comm. 177, A. Maron et M. Haas ; *JCP G* 2013, 1378, note F. Fourment ; *Procédures* 2013, comm. 358, A.-S. Chavent-Leclère ; *Communication Commerce électronique* 2013, comm. 129, A. Lepage ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 309, p. 16, note L. Robert ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 320, p. 19, note O. Bachelet ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 42, p. 37, note F. Fourment : il se déduit de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales que la technique dite de « géolocalisation » constitue une ingérence dans la vie privée qui, en raison de sa gravité, doit être exécutée sous le contrôle d'un juge. Voir également, J. PRADEL, « De la géolocalisation en procédure pénale. - À la recherche d'un statut », *JCP G* 2014, doct. 77.

⁷⁴⁹ Pour une critique du dispositif, voir P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Le régime juridique de la géolocalisation : une pierre de plus à la mosaïque processuelle pénale », *Gaz. Pal.* 2014, n° 210, p. 4 et s., spéc. n° 2, qui s'interroge sur le partage de compétence entre le procureur de la République et le juge des libertés et de la détention, « délimité par une durée symbolique de quinze jours. Pourquoi une telle scission, lorsque l'on sait que la chambre criminelle censure l'office du ministère public en la matière et que le juge du siège permet précisément de remédier à la difficulté ? C'est poser la question – plus vaste – du rôle d'un tel juge au sein de l'enquête, dont l'identité peine à s'affirmer. Sans doute faut-il y voir une réserve de plus du législateur, généralement timoré à l'idée d'amoindrir les pouvoirs du parquet ? ». Voir également, C. LAZERGES, « L'encadrement du Parlement dans la fabrication de la loi pénale. L'exemple de la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation », *RSC* 2014, p. 669 et s. ; E. VERGES, « Construire la norme en procédure pénale : une étude des techniques juridiques à travers un cas symptomatique, la géolocalisation », *Ibid.*, p. 599 et s. ; J. PRADEL, « Loi géolocalisation : un exemple de vide législatif comblé dans l'urgence », *JCP G* 2014, 415 ; H. VLAMYNCK, « La géolocalisation : quelques remarques », *AJ pén.* 2014, p. 328 et s. ; J. BUISSON, « La géolocalisation enfin prévue par une loi... », *Procédures* 2014, étude 10 ; J.-P. VALAT, « La loi du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation », *Dr. pén.* 2014, étude 12.

maximale de 15 jours consécutifs ; qu'à l'issue de ce délai, elle est autorisée par le juge des libertés et de la détention pour une durée maximale d'un mois renouvelable ; que, dans les cas prévus au 2° du même article, le juge d'instruction peut l'autoriser pour une durée maximale de quatre mois renouvelable ; que, lorsqu'en cas d'urgence elle est mise en place ou prescrite par un officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge d'instruction, immédiatement informé, peut en prescrire la mainlevée ». En conséquence, « le législateur a entouré la mise en œuvre de la géolocalisation de mesures de nature à garantir que, placées sous l'autorisation et le contrôle de l'autorité judiciaire, les restrictions apportées aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité et ne revêtent pas un caractère disproportionné au regard de la gravité et de la complexité des infractions commises » et « le législateur n'a pas opéré entre les droits et libertés en cause une conciliation déséquilibrée »⁷⁵⁰.

285. L'atteinte aux droits et libertés fondamentaux ne semble plus, en elle-même, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, constituer un motif légitime pour refuser l'octroi d'un pouvoir. La gravité d'un acte se mesure désormais assez largement à l'aune de sa durée : seule la prolongation de la mesure nécessite le recours au juge. Dès lors, le ministère public peut pratiquement tout faire, à condition que cela ne dure pas longtemps.

§ 2nd LA PORTEE : LE CARACTERE RESIDUEL DES POUVOIRS EXCLUSIVEMENT JURIDICTIONNALISES

286. Les ressources résultant de la combinaison des critères dégagés par les jurisprudences de la Cour européenne et du Conseil constitutionnel français – le délai maximal d'intervention du juge en cas de privation de liberté, la possibilité de différer le contrôle du juge à la phase définitive de la procédure dans l'hypothèse d'une atteinte à la vie privée – ont offert aux législateurs français et anglais une grande flexibilité pour renforcer les prérogatives du ministère public. Aussi, les pouvoirs relevant exclusivement de la compétence d'un juge s'avèrent-ils relever du reliquat (A), ce qui conduit à rendre, en pratique, relativement exceptionnel le besoin pour le ministère public de requérir ces pouvoirs (B).

⁷⁵⁰ Cons. const., 25 mars 2014, décision n° 2014-693 DC, *Loi relative à la géolocalisation*, consid. 15 et 17.

A. Le reliquat de pouvoirs exclusivement juridictionnalisés

287. Les pouvoirs qui étaient exclusivement attribués au juge se réduisent dans les deux systèmes. Désormais, les pouvoirs exclusifs du juge français (1), comme ceux du juge anglais (2), se révèlent véritablement résiduels.

1. Le reliquat de pouvoirs exclusivement attribués au juge français

288. En droit français, ce sont tout autant les pouvoirs exclusifs du juge d'instruction (a) que ceux du juge des libertés et de la détention (b) qui se raréfient.

a. Le reliquat de pouvoirs exclusivement attribués au juge d'instruction ou subordonnés à l'ouverture d'une instruction préparatoire

289. Le juge d'instruction a vu l'exclusivité de ses pouvoirs d'investigation, comme l'exclusivité de son pouvoir de prendre les mesures provisoires qui s'imposent au cours de la phase préparatoire, continuellement remises en cause.

290. *Le déclin continu du nombre de pouvoirs d'investigation exclusivement reconnus au juge d'instruction.* Le juge d'instruction a en effet vu ses pouvoirs d'investigation largement concurrencés. Il a ainsi perdu le monopole du recours à certains pouvoirs puisque ces actes peuvent désormais être également accomplis par le procureur de la République, en enquête, avec ou sans l'accord du juge des libertés et de la détention. Il en va d'abord ainsi, des perquisitions coercitives en l'absence de flagrance, qui peuvent être effectuées sur autorisation du juge des libertés et de la détention lorsqu'elle porte sur un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement (art. 76, al. 4, CPP). Il en va également de même des opérations d'infiltration qui peuvent être autorisées par le procureur, dans l'enquête, en matière de criminalité organisée (art. 706-81 CPP). Il en va enfin de même de l'interception, de l'enregistrement et de la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications qui peuvent en matière de criminalité organisée, être autorisées par le juge des libertés et de la détention durant l'enquête (art. 706-95 CPP).

Finalement, seules demeurent de la compétence exclusive du juge d'instruction les perquisitions coercitives en l'absence de flagrance, lorsqu'elles portent sur un délit puni de

moins de cinq ans d'emprisonnement et les écoutes téléphoniques relatives aux infractions étrangères à la criminalité organisée. Corrélativement, au regard des seuls pouvoirs d'investigation, le ministère public n'aura d'intérêt à saisir le juge d'instruction – et à se dessaisir par conséquent de la direction de l'enquête – que s'il éprouve le besoin de recourir à ces deux mesures.

291. *L'absence de mesures provisoires exclusivement décidées par le juge d'instruction.* Progressivement, le juge d'instruction a, en outre, vu son pouvoir exclusif de prendre les mesures provisoires qui s'imposent dans l'avant-procès – et notamment celui de décider d'un placement en détention ou d'un contrôle judiciaire – remis en cause. Déjà entamé sous l'empire du code d'instruction criminelle, le mouvement s'est considérablement renforcé sous l'empire du code de procédure pénale.

Sous l'empire du code d'instruction criminelle, l'atteinte au monopole du juge d'instruction s'était limitée au flagrant délit. Initialement, les agents et officiers de police judiciaire placés sous le contrôle du procureur ne pouvaient procéder à des arrestations. L'arrestation n'était pour eux possible, aux termes des articles 40 et 106 du code d'instruction criminelle, qu'en cas de délit emportant peine « afflictive ou infamante », c'est-à-dire, on l'a vu, en cas de crime flagrant uniquement⁷⁵¹. Jusqu'en 1863 en effet, en matière correctionnelle, l'instruction n'était pas obligatoire et le procureur pouvait procéder, lorsque l'affaire était simple par la voie de la citation directe, conformément à l'article 182 du code. Cependant, le parquet avait initialement peu recours à ce mode de poursuite et renvoyait régulièrement l'affaire au juge d'instruction pour ouverture d'une instruction préparatoire, car c'est seulement dans le cadre de cette procédure que pouvait être délivré un mandat de dépôt. Or, si dans les petites communes, l'officier du ministère public pouvait s'assurer des garanties que présente le délinquant, soit qu'il le connaisse lui-même, soit qu'il connaisse un tiers qui puisse répondre de sa conduite, et estimer ainsi qu'il pouvait le rendre à la liberté en le citant directement à l'audience correctionnelle, le problème se posait pour les parquets des grands centres urbains. Dans ceux-ci, se réfugiaient, selon l'expression de René Lévy, « une population urbaine flottante »⁷⁵², composée de marginaux qui ne présentaient aucune garantie de représentation et pour lesquels, quelle que soit la gravité du délit, il était nécessaire de recourir à la mise en détention avant jugement, et donc

⁷⁵¹ Voir *supra* n° 127.

⁷⁵² R. LEVY, « Un aspect de la mutation de l'économie répressive au XIX^{ème} siècle : la loi de 1863 sur le flagrant délit », *Revue historique*, 1986, 274/1, p. 43 et s.

à l'instruction, pour s'assurer de leur personne. Pour remédier à cette situation qui surchargeait les cabinets d'instruction et qui prolongeait inutilement la durée du placement en détention préventive, il semblait plus pratique de permettre au procureur de décerner un mandat de dépôt sans passer par l'instruction. La loi des 20 mai - 1^{er} juin 1863 « sur l'instruction des flagrants délits devant les tribunaux correctionnels »⁷⁵³ était ainsi venue accroître les pouvoirs accordés au ministère public. L'article 1^{er} de la loi donna ainsi à tout agent un pouvoir d'arrestation d'un individu pris en flagrant délit – c'est-à-dire une infraction passible d'une peine correctionnelle – dans les circonstances prévues par l'article 41 du code d'instruction criminelle, pourvu que ce soit dans un temps voisin⁷⁵⁴ et donna la possibilité au procureur de décerner un mandat de dépôt contre celui-ci, à l'issue d'une audience du petit parquet⁷⁵⁵, alors que, jusque-là, détention préventive et instruction préparatoire étaient indissolublement liées. Ce même article supprima d'ailleurs l'instruction préparatoire pour les flagrants délits⁷⁵⁶. Au cours de cette audience avait lieu l'interrogatoire de l'individu par le procureur de la République ou son substitut, interrogatoire qui, plus tard, ne sera pas soumis à la loi du 8 décembre 1897⁷⁵⁷. A l'issue de cette audience du petit parquet, le procureur décidait du renvoi immédiat de l'individu à l'audience du tribunal correctionnel. S'il n'y avait pas d'audience correctionnelle, le procureur pouvait délivrer mandat de dépôt et l'individu était cité pour celle du lendemain, le tribunal devant au besoin être convoqué (art. 2). Les témoins étaient immédiatement cités par un agent de la force publique et le tribunal pouvait accorder à l'individu qui le réclamait un délai de trois jours au moins pour préparer sa défense (art. 3 et 4)⁷⁵⁸. Esmein note que, dans les petites

⁷⁵³ J.-B. DUVERGIER, *Lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 489 et s.

⁷⁵⁴ Sur cette question, voir LABORDE (A.), « Pendant combien de temps le flagrant délit autorise-t-il l'arrestation par mesure de police ? », *Rev. pénit.* 1908, p. 930 : dans le cadre de l'application de la loi des 20 mai - 1^{er} juin 1863, la limite de temps de l'arrestation est fixée, selon cet auteur, au jour même du délit et au lendemain. En dehors du champ d'application de la loi des 20 mai - 1^{er} juin 1863, dans le cadre de l'application de l'article 41 du code d'instruction criminelle, un arrêt du 7 janvier 1932 avait estimé que, pour l'application de la loi du 8 décembre 1897, le crime était encore flagrant le lendemain. Voir ainsi, Cass. crim., 7 janv. 1932, *S.* 1933, 1, 358.

⁷⁵⁵ Sur la mise en place des « petits-parquets », voir *Rev. pénit.* 1898, p. 237 et s. ; BRUSCHI (C.) (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIX^{ème} siècle*, *op. cit.*, p. 86 et s. ; X. MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^{ème} siècle », art. préc., p. 90 ; R. LEVY, « Un aspect de la mutation de l'économie répressive au XIX^{ème} siècle : la loi de 1863 sur le flagrant délit », art. préc., p. 43 et s. ; LÉLOIR (G.), « Le petit parquet sous l'empire de la loi du 8 décembre 1897 », *Rev. pénit.* 1898, p. 1229 et s.

⁷⁵⁶ Art. 1^{er} : « Tout individu arrêté en état de flagrant délit pour un fait puni de peines correctionnelles est immédiatement conduit devant le procureur impérial (...) ».

⁷⁵⁷ Cass. crim., 12 mars 1898, *S.* 1899, 1, 297, note Roux, n° 2.

⁷⁵⁸ Voir DEROME (T.), *Considérations sur la loi relative à l'instruction des flagrants délits devant les tribunaux correctionnels*, A. Durand, Paris, 1864, p. 6, pour qui le principe de cette loi est qu'« il faut juger simplement ce qui est simple, avec célérité ce qui ne demande aucun délai ; c'est qu'il importe d'affranchir, autant que faire se peut, de toute détention préventive, les individus arrêtés en état de flagrant délit, d'abrèger du moins la durée de cette détention, lorsque rien, si ce n'est l'accomplissement d'inutiles formalités, ne semble devoir suspendre la

juridictions, une seule audience par semaine était consacrée aux affaires correctionnelles. L'individu surpris en flagrant délit pouvait ainsi rester plusieurs jours sous le coup d'un mandat de dépôt délivré par le procureur⁷⁵⁹. En conséquence, la loi du 20 mai 1863 « confi[a] au parquet une prérogative qui lui avait été jusqu'alors contestée et constituait la chasse gardée des cabinets d'instruction »⁷⁶⁰.

Sous l'empire du code de procédure pénale, le mouvement s'est considérablement amplifié pour déborder le seul cas des infractions flagrantes. D'une part, dans le cadre de la comparution immédiate, car si la loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes dite « Sécurité et liberté » était venue retrancher la décision de placement en détention de la compétence du procureur pour la placer dans les mains du président du tribunal ou d'un juge délégué, elle avait étendu la possibilité pour le procureur de recourir à cette procédure, et donc de demander la détention, aux infractions non flagrantes⁷⁶¹. Aussi, désormais, la procédure est-elle applicable au délit non flagrant lorsque la peine maximale encourue est au moins égale à deux ans d'emprisonnement⁷⁶², et au délit flagrant lorsque la peine encourue est au moins égale à six mois d'emprisonnement et permet au procureur d'obtenir du juge des libertés, si la réunion du tribunal est impossible le jour de la levée de la garde à vue, le placement en détention provisoire jusqu'à la comparution de la personne devant le tribunal et pendant une durée maximale de trois jours ouvrables (art. 396, al. 3, *in fine*, CPP)⁷⁶³, ou à défaut, la soumission de la personne à

solution immédiate du procès ». Le législateur s'est inspiré de la pratique anglaise. Voir ainsi, BAUDOUIN, communication sur l'*habeas corpus* anglais à la Société de législation comparée (*Bull.* 1928-1929, p. 161).

⁷⁵⁹ A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, *op. cit.*, p. 579.

⁷⁶⁰ BRUSCHI (C.) (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIX^{ème} siècle*, *op. cit.*, p. 82.

⁷⁶¹ Sur cette évolution, voir J. PRADEL, *D.* 1981, chron. 257. La loi du 10 juin 1983 viendra supprimer la possibilité de recourir à la comparution immédiate pour les infractions non flagrantes, avant que la loi du 9 septembre 1986 ne rétablisse le système antérieur.

⁷⁶² Cass. crim., 19 févr. 2002, *Bull. crim.* n° 33 : la chambre criminelle a cependant précisé que, pour déterminer si, au regard de la peine d'emprisonnement, il peut être recouru à la procédure de comparution immédiate, seule doit être considérée la peine édictée par les dispositions réprimant le délit objet de la poursuite, à l'exclusion de l'éventuel état de récidive de la personne poursuivie. Cass. crim., 26 avr. 1994, *Bull. crim.* n° 149 : lorsque l'individu est poursuivi pour plusieurs infractions, il suffit qu'une seule remplisse les conditions tenant à la peine encourue (implicite).

⁷⁶³ Cass. crim., 23 mai 2006, *Bull. crim.* n° 142 ; *RSC* 2007, p. 120, note A. Giudicelli : à propos de deux prévenus qui avaient, à l'issue de leur garde à vue, été présentés au procureur de la République, lequel a décidé de recourir à la procédure de comparution immédiate afin de poursuivre des infractions à la législation sur les étrangers et de travail dissimulé. Après leur avoir fait connaître que leur comparution devant le tribunal correctionnel était impossible le jour même, le magistrat les a fait traduire devant le juge des libertés et de la détention qui a ordonné leur placement en détention provisoire. Conformément à l'article 396, alinéa 3, du code de procédure pénale, les prévenus ont comparu devant le tribunal dans les trois jours ouvrables suivants. A l'audience, ils ont soulevé la nullité de la procédure au motif que le tribunal correctionnel siégeait le jour de leur présentation au parquet et, partant, qu'ils auraient dû être jugés à cette date. La chambre criminelle censure les juges d'appel qui ont prononcé la nullité de la procédure postérieure aux procès-verbaux de comparution, au motif que le ministère public ne rapportait pas la preuve, concrète et effective, de

une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou encore le placer sous assignation à résidence avec surveillance électronique (art. 396, al. 4, CPP). D'autre part, le procureur de la République peut obtenir le placement en détention provisoire dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité applicable depuis la loi du n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 à l'ensemble des délits⁷⁶⁴. En effet, en vertu de l'article 495-10 du code de procédure pénale, lorsque la personne demande à bénéficier, avant de se prononcer sur la proposition faite par le procureur de la République, du délai de dix jours prévu au dernier alinéa de l'article 495-8, le procureur de la République peut la présenter devant le juge des libertés et de la détention pour que celui-ci ordonne son placement sous contrôle judiciaire, à l'assignation à résidence avec surveillance électronique ou, à titre exceptionnel et si l'une des peines proposées est égale ou supérieure à deux mois d'emprisonnement ferme et que le procureur de la République a proposé sa mise à exécution immédiate, son placement en détention provisoire, selon les modalités prévues par le dernier alinéa de l'article 394 ou les articles 395 et 396, jusqu'à ce qu'elle comparaisse de nouveau devant le procureur de la République. Cette nouvelle comparution doit intervenir dans un délai compris entre dix et vingt jours à compter de la décision du juge des libertés et de la détention. A défaut, il est mis fin au contrôle judiciaire, à l'assignation à résidence avec surveillance électronique ou à la détention provisoire de l'intéressé si l'une de ces mesures a été prise.

En outre, le placement sous contrôle judiciaire peut être demandé par le procureur dans le cadre de la convocation par procès-verbal. Issue de la loi n°75-701 du 6 août 1975 modifiant et complétant certaines dispositions du code de procédure pénale qui instaura la procédure de « Rendez-vous judiciaire », la procédure est aujourd'hui prévue par l'article 393 du code de procédure pénale, et consiste pour le procureur de la République, à faire déférer la personne mise en cause devant lui, le plus souvent à l'issue de sa garde à vue, afin de lui notifier les charges qui sont retenues à son encontre et la date d'audience à laquelle

l'impossibilité de faire comparaître les prévenus à la date de leur placement en détention. Aussi, considère-t-elle que cette disposition n'impose pas au procureur de la République d'être en mesure de rapporter la preuve concrète et effective de l'impossibilité de faire comparaître le prévenu devant la formation de jugement le jour de son défèrement et exclut, en conséquence, tout contrôle de la condition tenant à une telle impossibilité alors même que celle-ci serait susceptible d'entraîner un placement en détention provisoire. Elle donne ainsi un contenu extrêmement large à l'impossibilité prévue par la loi, laquelle peut résulter aussi bien de l'absence de disponibilité des juges pendant les jours fériés que de l'encombrement du rôle de l'audience.

⁷⁶⁴ A l'exclusion toutefois des délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles prévus aux articles 222-9 à 222-31-2 du code pénal lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans (art. 495-7 CPP), des délits commis par un mineur de dix-huit ans, des délits de presse, des délits d'homicides involontaires, des délits politiques ou des délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale (art. 495-16 CPP).

elle devra comparâître. Le domaine de la convocation par procès-verbal est plus large que celui de la comparution immédiate puisque ce mode de poursuite est applicable aux délits commis par des majeurs, quelle que soit la peine encourue. Comme la comparution immédiate, la procédure débute par un défèrement de la personne concernée devant le procureur de la République. Selon l'article 394 du code de procédure pénale, le procureur de la République lui notifie alors les faits retenus à son encontre ainsi que le lieu, la date et l'heure de l'audience, laquelle ne peut avoir lieu dans un délai inférieur à dix jours et supérieur à deux mois. Le procureur de la République peut traduire la personne mise en cause devant le juge des libertés et de la détention afin qu'elle soit placée sous contrôle judiciaire. Si le prévenu se soustrait aux obligations qui lui sont imposées, le procureur de la République peut saisir le juge des libertés pour que celui-ci décerne un mandat d'arrêt et d'amener à son encontre, et ordonne, conformément à l'article 135-2 du code de procédure pénale, le placement en détention provisoire de l'individu.

292. Finalement, la création du juge des libertés a rapidement dépassé la *ratio* qui l'avait justifiée. Destinée initialement à retrancher la décision de placement en détention provisoire des attributions du juge d'instruction, elle aura permis au législateur de favoriser l'éviction de celui-ci par le renforcement des pouvoirs du parquet qu'elle autorise et l'atteinte à l'exclusivité des pouvoirs du juge d'instruction qu'elle manifeste. Aussi, le juge des libertés et de la détention n'a plus été seulement l'instrument de l'amputation des fonctions du juge d'instruction : il est rapidement devenu l'instrument de l'attribution au parquet de pouvoirs d'instruction⁷⁶⁵.

b. Le caractère accessoire, bien qu'exorbitant, des pouvoirs d'investigation exclusivement conférés au juge des libertés et de la détention

293. *Le caractère résiduel de pouvoirs d'investigation exclusivement reconnus au juge des libertés.* En France, seules les autorisations de procéder à une perquisition en enquête préliminaire pour une infraction punie d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure à cinq ans (art. 76, al. 4, CPP), à des réquisitions des opérateurs de

⁷⁶⁵ Dans le même sens, P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Quel juge pour l'enquête ? » in O. DECIMA (dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale, op. cit.*, pp. 83 et 84 : « (...) derrière le truisme d'un contrôle de l'autorité judiciaire se cache souvent l'opportunité pour le législateur d'introduire de nouvelles mesures coercitives. Le juge du siège sert ainsi d'atout processuel, permettant en théorie de combler une 'carence judiciaire' pour mieux repousser les limites de la coercition (...) hier au service des libertés, le juge deviendrait caution de la coercition ».

télécommunications de prendre toutes mesures propres à assurer la préservation, pour une durée maximale d'un an, d'informations consultées par les utilisateurs des services de télécommunication en enquête préliminaire, à des écoutes téléphoniques en flagrance pour la recherche d'une personne en fuite, qui a fait l'objet d'un mandat d'arrêt d'une juridiction, ou ayant été condamnée à une peine d'emprisonnement ferme d'au moins un an (art. 74-2 CPP), à des écoutes téléphoniques en matière de criminalité organisée en enquête préliminaire ou de flagrance (art. 706-95, al. 1^{er}, CPP), au recueil du témoignage anonyme introduit par la loi du 15 novembre 2001 puis modifié par celle du 9 septembre 2002 (art. 706-57, 706-58 et R. 53-27 CPP)⁷⁶⁶.

294. *L'intérêt essentiellement conservatoire de la juridictionnalisation de l'avant-procès.* Aussi, les pouvoirs qui demeurent de la compétence exclusive du juge des libertés et de la détention sont-ils, à l'exception du pouvoir de perquisitionner en enquête préliminaire, des pouvoirs qui nécessitent matériellement, le déploiement de moyens humains ou financiers importants. Peu de pouvoirs demeurent ainsi de la compétence exclusive du juge. Et ces pouvoirs, parce qu'exorbitants, sont rarement requis en pratique. Pour le procureur, le seul véritable intérêt de saisir le juge réside non pas dans la dimension probatoire de la juridictionnalisation de l'avant-procès, mais dans sa dimension essentiellement conservatoire puisque lui seul peut prescrire la détention provisoire ou le placement sous contrôle judiciaire.

2. Le reliquat de pouvoirs exclusivement attribués au juge anglais

295. Le *Justice of the peace* a lui aussi vu l'exclusivité des pouvoirs d'investigation qui sont subordonnés à son autorisation, comme l'exclusivité de son pouvoir de prendre les mesures provisoires qui s'imposent au cours de la phase préparatoire, continuellement remise en cause.

296. *L'absence de pouvoirs d'investigation exclusivement subordonnés à une autorisation du JP.* En Angleterre, aucun pouvoir d'investigation n'est exclusivement subordonné à l'autorisation préalable du *Justice of the peace*. Les pouvoirs subordonnés à

⁷⁶⁶ Sur ce dispositif, voir J. LE CALVEZ, « Les dangers du 'X' en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme », *D.* 2002, p. 3024 et s. ; F.-J. PANSIER et C. CHARBONNEAU, « Présentation de la loi portant dispositions relatives à la sécurité quotidienne », *LPA* 2001, n° 239, p. 7 et s.

L'autorisation de celui-ci sont également reconnus à la police. Les pouvoirs de fouilles, de perquisitions, d'arrestation et de détention peuvent ainsi être exercés sans mandat lorsque la police dispose de motifs raisonnables de soupçonner. Or, on l'a vu, cette suspicion peut être assez aisément caractérisée⁷⁶⁷. Et l'absence de suspicion peut être obviée par le recueil du consentement. Aussi, les pouvoirs du juge ne seront sollicités en théorie qu'en l'absence de suspicion raisonnable ou de consentement de l'individu. Mais puisque le refus de l'individu peut constituer un indice qui, lorsqu'il est complété, peut constituer la suspicion raisonnable, il est rare en pratique que l'autorisation du juge soit sollicitée.

En outre, à la différence du système français qui subordonne l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications à l'autorisation du juge des libertés ou à la décision du juge d'instruction, les écoutes téléphoniques sont autorisées par le pouvoir exécutif. La section 5 *Regulatory of Investigatory Powers 2000 (RIPA)* subordonne ainsi la mise en place des interceptions de communication à un mandat du *Secretary of State* que ce dernier ne peut délivrer que si ce mandat est nécessaire, notamment, pour « prévenir ou détecter les infractions graves » et que les écoutes ainsi autorisées sont proportionnées au but pour lequel elles seront réalisées⁷⁶⁸. Aussi, le recours à ces pouvoirs qui sont de la compétence exclusive du juge français, ne nécessite-t-il pas, pour la police anglaise, d'obtenir un mandat du juge.

297. Le déclin du nombre de mesures provisoires subordonnées exclusivement à une autorisation du JP. Le seul domaine qui demeure de la compétence exclusive du juge et qui préserve la juridictionnalisation semble être le prononcé des mesures provisoires en attente du jugement. Ainsi, seul le *Justice of the peace* est compétent pour ordonner le placement en détention provisoire de la personne accusée ou pour déterminer les éventuelles obligations dont le respect conditionne son maintien en liberté. Le *Criminal Justice Act (CJA) 1967* avait en effet introduit la possibilité pour le juge d'assortir sa décision de remise en liberté d'un certain nombre de conditions, afin de s'assurer de la personne accusée tout en réduisant le nombre des placements en détention provisoire. Désormais, en vertu de la section 3 du *Bail Act 1976*, le juge peut imposer à la personne qu'il remet en liberté des obligations destinées à garantir sa comparution devant la juridiction et, plus

⁷⁶⁷ Voir *supra*, n° 151.

⁷⁶⁸ Sur l'évolution du droit applicable aux interceptions de communication, voir A. ASHWORTH et M. REDMAYNE, *The Criminal Process, op. cit.*, pp. 125-128.

généralement, imposer qu'elle demeure à la disposition de la juridiction, qu'elle ne commette pas d'infraction une fois en liberté, qu'elle n'interfère pas avec les témoins ou plus largement avec le cours de la justice.

Toutefois, la nécessité pour la police d'obtenir une décision du juge lorsqu'elle estime que le placement en détention n'est pas nécessaire, apparaît elle-même très relative en raison du renforcement considérable du pouvoir de *police bail*, pouvoir permettant à la police, sans même recourir au juge, de laisser ou de remettre en liberté la personne objet des investigations ou d'ores et déjà accusée.

298. Le caractère originellement limité des mesures provisoires pouvant être décidées par la police. Antérieurement à l'entrée en vigueur du *PACE*, la police s'était vu reconnaître par la loi un pouvoir limité lui permettant de libérer, exclusivement de nuit, l'individu détenu, à condition qu'il se présente devant la *magistrates' court* le jour suivant sa libération⁷⁶⁹. La section 38 du *Summary Jurisdiction Act 1879* étendit ce *police bail* aux personnes détenues de jour et l'autorisa en principe pour toutes les infractions⁷⁷⁰. Aussi, à la fin du XIX^{ème} siècle, la possibilité pour la police de libérer une personne à charge pour elle de se présenter devant le juge était-elle largement admise et, « [a]lors que l'admission à la libération sous caution était traditionnellement considérée comme une fonction judiciaire » relèvent Richard A. Edwards et Ed Cape, « dans le cas du *police bail* il semble qu'il ait été accepté, d'une façon quelque peu anormale, qu'il s'agissait d'une fonction exécutive qui pouvait être exercée de manière satisfaisante par la police pour de bonnes raisons pratiques »⁷⁷¹. Ce pouvoir ne trouvait toutefois à s'appliquer que postérieurement à la formulation des charges par la police : le *police bail* n'était alors qu'un *post-charge bail*. Ce n'est qu'à compter du *Criminal Justice Act 1925* qu'un *pre-charge bail* fut reconnu à la police préalablement à la mise en accusation, afin de lutter contre les détentions policières

⁷⁶⁹ Sur l'histoire du *bail* et le *police bail*, voir N. CORRE et D. WOLCHOVER, *Bail in Criminal Proceedings*, OUP, 3^{ème} éd., Oxford, 2004, pp. 25-35 et pp. 261-298.

⁷⁷⁰ Aux termes de la section 38 du *Summary Jurisdiction Act 1879*, « [u]ne personne placée en détention sans mandat pour une infraction doit être conduite devant une *Court of Summary Jurisdiction* dès que possible après le début de sa détention, et s'il n'est pas ou ne sera pas possible de la conduire devant une telle juridiction dans les vingt-quatre heures qui suivent son placement en détention, un *superintendent* ou un *inspector* ou un autre officier de police d'un rang équivalent ou supérieur, ou responsable d'un poste de police, doit enquêter sur l'affaire et, sauf si l'infraction apparaît à ce *superintendent*, inspecteur ou officier de nature grave, doit remettre l'intéressée en liberté sous la condition qu'elle s'engage, en fournissant éventuellement une garantie, à se présenter devant la *Court of Summary Jurisdiction* désignée ».

⁷⁷¹R. A. EDWARDS et E. CAPE, « Police bail without charge : The human rights implications », art. préc., 532-533.

abusives⁷⁷².

Malgré la mise en lumière de certaines pratiques discutables dans l'utilisation du *pre-charge bail*⁷⁷³, la Commission Philips ne formula qu'une recommandation : que la police puisse à nouveau libérer sous caution la personne qui aurait préalablement violé un premier *bail*. Quant au *post-charge bail*, elle recommanda que la police puisse se voir reconnaître le pouvoir de prescrire certaines obligations. Le *PACE* consacra ainsi de nombreuses hypothèses où, à l'issue d'une garde à vue, le *custody officer* peut recourir au *pre-charge bail* : lorsqu'il est tenu de libérer la personne parce que les motifs qui avait justifié son placement en garde à vue ont cessé et qu'il n'existe aucun autre motif de la maintenir à la disposition de la police (section 34 (5) du *PACE*), lorsque, à l'issue de la garde à vue, elle ne dispose pas de suffisamment de preuves pour justifier d'une mise en accusation pour l'infraction pour laquelle la personne avait été arrêtée (section 37 (2) du *PACE*) ; et lorsque, disposant de preuves suffisantes pour l'inculper, il préfère la remettre en liberté (section 37 (7) (b) du *PACE*). Aussi le *pre-charge police bail* pouvait-il apparaître dans la version initiale du *PACE* comme une alternative à la liberté sans condition, comme une mesure destinée à faciliter les investigations ou encore comme une alternative à l'inculpation. Le *PACE* consacrait en outre un *post-charge bail*, qui permettait au *custody officer* de libérer la personne placée en garde à vue et qu'il avait inculpée en attendant sa comparution devant la juridiction (section 38 du *PACE*). Aussi, le *post-charge police bail* constituait-il une alternative au *court bail*. Toutefois, le *PACE* ne permettait jamais à la police de subordonner le *pre-charge bail* comme le *post-charge bail* au respect de conditions autres que celle de se présenter au commissariat à la date indiquée par le *custody officer*.

299. L'extension continue, depuis la *PACE*, des mesures provisoires pouvant être décidées par la police. Le *Criminal Justice and Public Order Act* (CJPO) 1994 vint amender le

⁷⁷² La section 45 du *Criminal Justice Act* 1925 fut ainsi adoptée à la suite de l'affaire Sheppard. Le Major Sheppard, accusé d'avoir commis un vol, avait ainsi été détenu par la police et interrogé en violation flagrante des *Judges' Rules*. Une enquête fut diligentée sous l'impulsion du *Home Secretary* et confiée à Rawlinson. Ce dernier conclut que « le véritable principe qui sous-tend l'ensemble de la question est que chaque personne en garde à vue, qui peut en toute sécurité être remise en liberté sous condition, a le droit de l'être le plus tôt possible » et qu'un tel principe a été complètement perdu de vue dans le cas du major Sheppard. Il recommanda, en conséquence, qu'un amendement soit ajouté au *bill* qui fut ensuite déposé au Parlement, autorisant la police à libérer sous condition l'individu avant la mise en accusation. Voir ainsi, RAWLINSON (J.F.P.), *Report of an inquiry held by the Right Hon. J.F.P. Rawlinson, K.C., M.P., into the arrest of Major R.O. Sheppard*, Cmnd. 2497, HMSO, Londres, 1924-1925, p. 6. Sur l'affaire Sheppard, voir C. EMSLEY, *The Great British Bobby*, Quercus Publishing Plc, Londres, 2010, p. 208.

⁷⁷³ Et notamment la pratique du « *bail bargaining* » qui consiste, pour la police, à offrir une remise en liberté pour inciter le suspect à faire des déclarations incriminantes. Voir ainsi, M. KING, *Bail or Custody*, Cobden Trust, Londres, 1971, p. 8 et s.

dispositif législatif et permettre d'assortir le *police post-charge bail* de garanties financières (*surety or security*⁷⁷⁴) et d'autres conditions pesant sur la personne libérée⁷⁷⁵.

En outre, le *Criminal Justice Act (CJA) 2003*, qui transfère la décision de poursuite des infractions les plus graves au *CPS*, viendra amender le dispositif du *pre-charge bail*. Il permet désormais au *custody officer* de remettre en liberté l'individu gardé à vue même s'il estime que les preuves recueillies sont suffisantes pour permettre l'inculpation, lorsque la décision sur la poursuite a été renvoyée au *CPS*⁷⁷⁶. De plus, l'*Act* vient créer le « *street bail* », qui permet au *constable* de remettre en liberté l'individu interpellé mais non placé en garde à vue, en lui prescrivant de se rendre au commissariat à une date ultérieure⁷⁷⁷, sans pouvoir lui prescrire d'autres obligations⁷⁷⁸ et sans que la violation du *bail* ne puisse jamais constituer une infraction⁷⁷⁹. Surtout, il vient autoriser la police à prescrire des conditions au *pre-charge bail*, possibilité jusque-là réservée au *post-charge bail*. Cette modification, introduite « subrepticement »⁷⁸⁰ par le paragraphe 6(3) de la *schedule 2* du *CJA 2003*, est applicable à la remise en liberté décidée lorsque la décision de poursuite a été renvoyée au *CPS*⁷⁸¹.

Enfin, le *Police and Justice Act (PJA) 2006* autorisera la police à assortir le « *street bail* »⁷⁸² de conditions nécessaires pour garantir « que la personne ne commet pas une infraction », qu'elle « n'interfère pas avec les témoins ou entrave le cours de la justice » ou pour garantir « sa propre protection ». Les conditions posées ne peuvent toutefois pas inclure une garantie financière (*surety or security*), mais elles sont sans restriction pourvu qu'elles soient imposées

⁷⁷⁴ La *security* est une somme d'argent versée directement à la juridiction qui sera confisquée en cas de violation des obligations imposées par le *bail*. La *surety* est l'engagement pris par un tiers de payer une certaine somme si la personne qui bénéficie du *bail* méconnaît les obligations imposées.

⁷⁷⁵ Section 27 du *CJPO*.

⁷⁷⁶ Section 37 (7) (a) du *PACE*, issue du *CJA 2003*.

⁷⁷⁷ Section 30A à 30D du *PACE*. Dans sa version initiale, la section 30 imposait à l'officier de police, qui avait procédé à l'arrestation, de conduire la personne au commissariat dès que possible. Il n'y avait que deux exceptions à ce principe. D'une part, l'officier pouvait remettre la personne immédiatement en liberté lorsqu'il estimait qu'il n'y avait aucun motif pour prolonger l'arrestation (section 30(7) du *PACE*). D'autre part, l'officier pouvait retarder la conduite au commissariat si sa présence s'avérait nécessaire dans un autre lieu pour conduire des investigations qui ne pouvaient être retardées (section 30(10) du *PACE*). Pour une critique du « *street bail* », voir A. HUCKLESBY, « Not necessarily a trip to the police station : the introduction of street bail », [2004] *Crim LR* 803, qui relève, notamment, que le dispositif méconnaît la séparation entre les autorités en charge de la recherche des infractions et/ou des délinquants et celles qui prennent des décisions de remise en liberté ou de placement en détention, ainsi que les garanties pour les droits des suspects qui ont été introduites par le *PACE 1984* pour prévenir les erreurs judiciaires ».

⁷⁷⁸ Section 30A(4) du *PACE*. L'officier doit délivrer un procès-verbal précisant l'infraction pour laquelle la personne fut arrêtée et les motifs de l'arrestation, le lieu du commissariat où celle-ci doit se rendre et la date à laquelle elle doit s'y rendre (section 30B(1)-(4) du *PACE*).

⁷⁷⁹ La violation de l'obligation de se présenter au commissariat permet seulement l'arrestation de la personne (section 30D(1) du *PACE*).

⁷⁸⁰ R. A. EDWARDS et E. CAPE, « Police bail without charge : The human rights implications », art. préc., 540.

⁷⁸¹ Section 47(1A) qui vient appliquer les « pouvoirs normaux d'imposer des conditions de libération sous caution » au *bail* décidé sur le fondement de la nouvelle section 37(7)(a).

⁷⁸² Section 30A du *PACE*, dans sa version modifiée par la section 10 et la *schedule 6* du *PJA 2006*.

pour l'un des buts définis par la loi. Il peut ainsi s'agir de l'imposition d'un couvre-feux ou d'une interdiction de paraître dans certains lieux ou d'entrer en contact avec certaines personnes⁷⁸³. Le *PJA* vient étendre la possibilité pour la police d'imposer de telles conditions à toutes les hypothèses visées par la section 37 notamment les sections 37(2) et 37(b). Mais, dans ce cadre, les conditions peuvent inclure une garantie financière (*surety or security*)⁷⁸⁴.

300. Le peu d'intérêt du court bail comparé au police bail. L'évolution du *police bail* prive d'exclusivité les mesures provisoires pouvant être décidées par le *Justice of the peace* dans un *court bail*. La possibilité de subordonner la liberté du suspect ou de l'accusé au respect de certaines obligations est désormais largement consacrée au profit de la police anglaise. Aussi, lorsqu'il y a peu de chances que l'individu que la police ou le *CPS* poursuit soit placé en détention, la police préférera recourir au *post-charge bail*. D'ailleurs, des sanctions similaires s'attachent à la violation du *police bail* comme à la violation du *court bail* : la violation de l'obligation de se présenter au commissariat ou devant la juridiction imposée dans le cadre d'un *police bail*, à l'exclusion du *street bail*, ou d'un *court bail* constitue une infraction en vertu de la section 6 du *Bail Act* 1976. En outre, en cas de violation des obligations prescrites, la police pourra procéder à l'arrestation de l'individu à charge de le déférer dans les vingt-quatre heures devant la *magistrate's court* qui déterminera s'il y a lieu de placer l'individu en détention provisoire (section 7 du *Bail Act* 1976).

La police a d'ailleurs plus de pouvoirs que le juge puisqu'elle peut imposer à l'individu des obligations antérieurement à la mise en accusation, ce que ne peut faire le juge. Et elle peut le faire dès qu'elle a des soupçons – voire même sans soupçons lorsque l'arrestation peut s'effectuer sans qu'il soit nécessaire de caractériser une suspicion raisonnable –, alors que le juge ne le peut que s'il existe des charges. De surcroît, le *pre-charge police bail* n'est pas limité dans le temps⁷⁸⁵.

⁷⁸³ Les sections 30CA et 30CB du *PACE* prévoient toutefois un recours de la personne pour contester les modalités qui assortissent le « *street bail* » – et les modalités seules, à l'exception du principe même du « *street bail* » – devant le *Custody officer* ou la *magistrates' court*.

⁷⁸⁴ Section 47(1A), dans sa version modifiée par la section 10 et la *schedule* 6 du *PJA* 2006.

⁷⁸⁵ Pour une critique du dispositif, voir E. CAPE, « PACE Then and Now: Twenty-One Years of 'Re-Balancing' » in E. CAPE et R. YOUNG (ed.), *Regulating Policing. The Police and Criminal Evidence Act 1984. Past, Present and Future*, *op. cit.*, p. 219, qui relève que les conditions posées par le *police bail* peuvent être restrictives de liberté sans pour autant être privatives de liberté et qu'il y a peu de chances que les juridictions anglaises viennent censurer le dispositif comme contraire à l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Ainsi, il en résulte que « des personnes que la police décide d'arrêter se trouvent, en pratique, pendant de longues périodes, sous le contrôle et la supervision de la police sans qu'un mécanisme efficace ne leur permette de contester la limitation de leur liberté ». Le *Home Secretary* a toutefois récemment

Finalement, la seule mesure qui demeure dans les attributions exclusives du juge est le placement en détention et les pouvoirs du juge consistent essentiellement en une prolongation d'un pouvoir dont dispose le ministère public.

B. La généralisation des pouvoirs au prolongement juridictionnalisé

301. La juridictionnalisation de l'avant-procès se révèle essentiellement être un vecteur de prolongation d'un pouvoir d'ores et déjà mis en œuvre par le ministère public (1). Dans ces conditions, il apparaît relativement rare que le ministère public soit contraint de s'y plier (2).

1. Une juridictionnalisation vecteur de prolongation d'un pouvoir du ministère public

302. L'essentiel des pouvoirs du juge ne constituent que le prolongement d'un pouvoir préalablement exercé par le ministère public. La juridictionnalisation est largement fondée, en France et en Angleterre, sur la continuation d'un pouvoir. L'exemple de la garde à vue est, à cet égard particulièrement éclairant. En Angleterre, au-delà de trente-six heures, la durée de la garde à vue peut être prolongée deux fois d'une durée de vingt-quatre heures, aux mêmes conditions de fond que le placement initial, mais l'autorisation doit être donnée par un officier ayant au moins le rang de *superintendent* et la police doit obtenir d'un *magistrate* « un mandat de prolongation de la garde à vue » (*a warrant of further detention*)⁷⁸⁶. La demande doit être faite en principe avant l'expiration du premier délai de trente-six heures⁷⁸⁷. La juridiction doit être convaincue, tout comme le *superintendent*, que la détention sans inculpation de la personne est nécessaire pour recueillir ou conserver des éléments de preuve relatifs à l'infraction pour laquelle elle est en état d'arrestation ou pour obtenir de telles preuves en l'interrogeant. Il est également nécessaire que l'infraction dont elle est soupçonnée soit une *indictable offence* et que les investigations aient été conduites avec

annoncé que la durée du *pre-charge police bail* devrait être ramenée à vingt-huit jours. Voir ainsi, R. PRINCE, « Theresa May to announce 28-day police bail limit to end 'legal limbo' for suspects », *The Telegraph*, 18 déc. 2014 ; A. TRAVIS, « Bail limit plan delayed by dispute », *The Guardian*, 18 déc. 2014.

⁷⁸⁶ Section 43 du *PACE* pour la première prolongation de vingt-quatre heures, section 44 du *PACE* pour la seconde prolongation de vingt-quatre heures.

⁷⁸⁷ Cependant, la section 43 (5) du *PACE* prévoit une exception lorsque « la juridiction devant laquelle la demande doit être faite ne peut siéger à l'expiration du délai de trente-six heures » mais qu'elle peut siéger dans les six heures qui suivent l'expiration de ce délai.

diligence et promptitude⁷⁸⁸. A l'audience, la personne a le droit d'être légalement représentée et, si elle ne l'est pas alors qu'elle le souhaite, la juridiction devra ajourner l'audience pour lui permettre de se faire représenter. Cependant, elle pourra être maintenue en détention pendant cet ajournement⁷⁸⁹. La garde à vue peut ainsi durer quatre-vingt seize heures au total.

2. L'exceptionnalité du besoin de juridictionnalisation ainsi conçue

303. L'étude des statistiques du *Home Office* permet de constater qu'en Angleterre et au Pays de Galles, la nécessité pratique de se plier au contrôle du *Justice of the peace* est rare⁷⁹⁰. Le nombre total de personnes détenues pour une durée excédant 24 heures sur le fondement des dispositions du *PACE* et par la suite libérées sans inculpation était de 3742 au cours de l'année fiscale 2012-2013 et quatre-vingt-cinq pour cent ont été libérés dans les 36 heures.

Le fait que la détention policière n'excède que très rarement une durée de 36 heures ne signifie pas que les sauvegardes mises en place soient efficaces. Au contraire, cela tendrait plutôt à démontrer que ce sont les pouvoirs d'enquête de la police qui le sont. Comme le relèvent A. Sanders et R. Young, « la police n'a habituellement aucune raison de prolonger la détention une fois qu'elle estime avoir obtenu toutes les informations concernant l'infraction de la part du suspect. Prolonger la détention serait inefficace »⁷⁹¹.

*

304. Conclusion de la Section 1^{ère}. Le contenu de la garantie judiciaire et le domaine du contrôle *a priori* des actes d'investigation effectués par le ministère public se révèlent limités. La Cour européenne et le Conseil constitutionnel autorisent ainsi les législateurs à limiter l'intervention du juge de l'avant-procès lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des actes d'investigation privatifs de liberté, n'imposant l'intervention de celui-ci que lorsque la

⁷⁸⁸ Section 43 (4) du *PACE*.

⁷⁸⁹ Section 43 (3) du *PACE*.

⁷⁹⁰ En ce sens, R. REINER, *The Politics of the Police*, OUP, 4^{ème} éd., Oxford, 2010, p. 216 : « La durée moyenne de la garde à vue au commissariat pour toutes les affaires demeure à peu près la même, environ six heures et quarante minutes, malgré l'extension de la durée légale de la garde à vue (...). Seuls un peu plus de cinq cents suspects par an sont détenus plus de vingt-quatre heures et moins de cent le sont pour une durée supérieure à trente-six heures ».

⁷⁹¹ A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 210.

privation se prolonge dans le temps. De même, le Conseil constitutionnel autorise le législateur français à limiter l'intervention du juge de l'avant-procès lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des actes attentatoires au droit au respect de la vie privée, n'imposant l'intervention de celui-ci que lorsque l'acte présente un degré d'atteinte suffisant. Quant à la Cour européenne, elle autorise les législateurs nationaux à reporter au stade du procès le contrôle de telles mesures par le juge. Dans cette perspective, la garantie judiciaire de la privation de liberté peut être exercée par le ministère public lui-même qu'il soit procureur ou *custody officer*, et la garantie judiciaire des atteintes à la vie privée peut être retardée au stade du procès. Les législateurs nationaux l'ont bien compris et ont construit la juridictionnalisation de l'avant-procès essentiellement sur une logique de prolongation des pouvoirs du ministère public qui conduit en pratique à une éviction du juge. Dans la majorité des affaires, le ministère public se satisfait très largement de ses propres pouvoirs, sans qu'il lui soit besoin de requérir du juge un supplément de coercition ou un prolongement de cette coercition. Aussi, si le ministère public exerce ses pouvoirs avec efficacité, il y a peu de raisons pour qu'il saisisse le juge. Et d'ailleurs, même s'il se trouvait dans la nécessité de le faire, l'organisation formelle de ce contrôle ne se révélerait pas pour lui véritablement dissuasif.

Section 2nde **LA FAIBLESSE RESULTANT DES MODALITES DU CONTROLE**

305. L'on pourrait penser que, même résiduelle, la nécessité d'obtenir l'autorisation du juge préalablement à l'exercice d'un pouvoir ou pour continuer à bénéficier de ce pouvoir – *Justice of the peace* en Angleterre ou juge des libertés et de la détention en France –, constitue la garantie d'un contrôle véritable ou d'une autorisation parcimonieuse des pouvoirs sollicités par le ministère public. Toutefois, la combinatoire résultant de la scission de l'investigation et de la juridiction ne peut passer pour préserver la sûreté comme la légalité qu'autant qu'elle confère à l'intervention du juge une qualité significative. Aussi faut-il que la plus-value apportée par l'intervention du juge soit véritable au regard de la préservation des droits et libertés fondamentaux. Or, cette qualité est largement tributaire des modalités du contrôle, et certaines faiblesses, qui rendent largement figurative la juridictionnalisation préservée, demeurent indéniables : les caractéristiques du contrôle mis en place (§ 1^{er}) viennent ainsi largement atténuer l'intensité de celui-ci (§ 2nd).

306. Au sein des systèmes français et anglais, le contrôle du juge ne s'opère qu'à la requête du ministère public, et à la requête du ministère public seul. L'accès à la coercition n'est jamais organisé au profit d'un éventuel mis en cause et le juge se trouve ainsi être l'auxiliaire du seul ministère public⁷⁹². En outre, le contrôle du juge s'opère principalement *ex parte*. Il s'exerce à la requête du ministère public seul, sans que l'individu appelé à subir la mesure ne soit ni entendu ni même appelé. Le contrôle du juge se fonde en conséquence sur les éléments de fait réunis et présentés par le seul ministère public. Enfin, ce contrôle s'opère seulement, en principe, *a priori*. Une fois l'autorisation délivrée, aucun recours n'est offert à celui qui subit l'acte coercitif afin de lui permettre de convaincre le juge de rapporter éventuellement sa décision par l'organisation d'un débat contradictoire. Tel est le principe (A), assorti d'exceptions limitées (B).

A. Les modalités de principe du contrôle

307. Dans le cadre des perquisitions, les deux systèmes organisent la possibilité pour les autorités en charge des investigations d'obtenir une autorisation du juge. Toutefois, dans le système anglais (1), comme dans le système français (2), le contrôle du juge s'avère bien relatif.

1. En Angleterre

308. En droit anglais, en dehors des hypothèses où la police peut effectuer une perquisition sans mandat⁷⁹³, la police qui souhaite se livrer à une perquisition doit obtenir du *Justice of the peace* un mandat de perquisition (*search warrant*). La section 8 du *PACE* 1984, modifiée par la section 111 du *SOCPA* 2005, prévoit qu'un tel mandat ne peut être obtenu que si le *Justice of the peace* est convaincu qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'une *indictable offence* a été commise. Cependant, la section 8(5) du *PACE* 1984 préserve les pouvoirs du *magistrate*, conférés par d'autres *statutes* que le *PACE* de délivrer mandat de

⁷⁹² Pour un constat similaire, à propos de la prolongation de la garde à vue, voir Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect ? » in O. DECIMA (dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 106, n° 14 : « La juridictionnalisation est bien ici à sens unique, servant les intérêts du Parquet et non pas ceux de la personne suspectée ».

⁷⁹³ Sur ces hypothèses, voir *supra*, n° 78 et 114.

perquisition. De très nombreux *statutes* confèrent ainsi au *magistrate* pouvoir de délivrer mandat de perquisition pour des infractions d'une gravité moindre tels le vol, les drogues contrôlées, les publications obscènes, la contrefaçon, le faux, la possession d'armes d'attaques.

309. *Les conditions théoriquement strictes d'obtention d'un search warrant.* La loi anglaise subordonne l'octroi d'un *search warrant* aux principes de nécessité et de subsidiarité. La demande, formulée par un officier ayant au moins rang d'inspecteur⁷⁹⁴, doit démontrer au *magistrate* qu'il existe sur les lieux une preuve matérielle susceptible de présenter un intérêt important, en elle-même ou combinée avec d'autres éléments, pour l'enquête relative à l'infraction, que cette preuve matérielle est susceptible de constituer une preuve pertinente et qu'elle ne consiste pas ou ne comprend pas d'éléments faisant l'objet d'un privilège légal, d'une exclusion légale ou soumise à une procédure spéciale⁷⁹⁵. En outre, la section 8 (3) du *PACE* prévoit que le juge doit être convaincu qu'il n'est pas possible de communiquer avec une personne habilitée à accorder l'accès aux locaux ou, s'il est possible de communiquer avec une telle personne, qu'il n'est pas possible de communiquer avec toute personne habilitée à accorder l'accès à la preuve, que l'entrée dans les lieux ne sera pas accordée sauf si un mandat est produit et que l'objectif de la perquisition peut être contrarié sauf si un agent de police arrivant sur les lieux peut sécuriser immédiatement l'entrée dans ces derniers.

310. *Les conditions pratiquement souples d'obtention d'un search warrant.* Malgré les conditions rigoureuses qui sont posées par la section 8 (3), les mandats de perquisitions ne sont que très exceptionnellement refusés.

D'une part, parce que la jurisprudence considère que la police n'a pas besoin de démontrer que d'autres méthodes permettant d'obtenir l'élément de preuve auraient été infructueusement utilisées, ni même que de telles méthodes aient été envisagées puis rejetées parce qu'elles étaient vouées à l'échec⁷⁹⁶. Aussi, comme le relève Andrew Sanders et *alii*, « si la police soutient qu'elle a des raisons de croire qu'elle a besoin du pouvoir de perquisitionner sans le consentement, il y a peu de choses que les magistrats peuvent faire

⁷⁹⁴ *Code of Practice B*, § 3.4, version en vigueur depuis le 23 octobre 2013.

⁷⁹⁵ Section 8 (1) du *PACE* 1984.

⁷⁹⁶ *R. v. Billericay Justices Ex p. Frank Harris (Coaches)* [1991] *Crim LR* 472, spec. 559.

pour contredire ce besoin »⁷⁹⁷. Les recherches menées depuis l'entrée en vigueur du *PACE* montrent d'ailleurs que l'immense majorité des demandes de mandat de perquisition sont accueillies par les *magistrates*⁷⁹⁸.

D'autre part, parce que le contrôle des *magistrates* repose sur des sources sur lesquelles ils ne peuvent opérer aucune vérification. Ceux-ci statuent sur la demande formulée par la police sur la seule base des informations fournies par cette dernière, puisque l'audience, se déroule *ex parte*. Les études montrent ainsi que, le plus souvent, les policiers fondent leur demande sur des informations reçues, c'est-à-dire sur des informateurs, et que les *magistrates* se montrent réticents à mettre à mal la couverture de l'informateur. D'ailleurs, la police refuserait de fournir l'identité de leurs informateurs, sur le fondement d'une « *public interest immunity* ». Lidstone avait d'ailleurs montré que la police ne vérifiait que peu souvent les informations reçues⁷⁹⁹ et que les *magistrates* avaient fortement tendance à faire confiance à la police⁸⁰⁰. Andrew Sanders et *alii* considèrent quant à eux qu'une partie du problème tient au fait que les juridictions supérieures n'ont pas adopté une approche assez ferme lorsqu'elles ont été saisies des appels interjetés à l'encontre des décisions délivrant un mandat de perquisition. Dans une seule affaire seulement, l'affaire *Marylebone Magistrate's Court Ex p. Amdrell* de 1998, la légalité d'un mandat fut contestée, sur le fondement qu'il n'y avait aucune preuve que le *magistrate* qui avait octroyé le mandat ne s'était pas fondé sur le critère pertinent. Cependant, puisque l'audience s'était déroulée *ex parte* et qu'aucune note ne fut prise au cours de celle-ci, il n'y avait aucune preuve pour confirmer ou infirmer cette

⁷⁹⁷ A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 354.

⁷⁹⁸ CLARK (D.), *Bevan and Lidstone's the investigation of crime : a guide to the law of criminal investigation*, *op. cit.*, p. 123 : 99 % des demandes ; LIDSTONE (K.), « Magistrates, the Police and Search Warrants », [1984] *Crim LR* 449, qui avait d'ailleurs relevé que, dans seulement quatre audiences sur trente-deux, le *magistrate* avait posé des questions à la police.

⁷⁹⁹ Les juridictions anglaises ne semblent d'ailleurs pas vraiment préoccupées par ce problème. Voir ainsi, l'affaire *Keegan v. Chief Constable of Merseyside* [2003] EWCA Civ 936. Dans cette espèce, la police avait recueilli au cours de ses investigations une information portant sur deux adresses où pourrait se trouver la personne qu'elle suspectait. Après avoir obtenu des mandats, la police perquisitionna à sept heures du matin le domicile d'une famille, qui se révéla complètement innocente, en utilisant un bélier. Il apparut par la suite que, si la police s'était livrée à des recherches élémentaires, en vérifiant notamment les listes électorales, elle aurait pu savoir que l'information était complètement erronée. Les *magistrates* qui délivrèrent le mandat demandèrent pourtant aux officiers s'ils étaient sûrs de leur information et ceux-ci leur assurèrent que leurs soupçons étaient raisonnables. La *Court of appeal* considéra que la négligence des officiers n'invalidait pas le mandat, ni ne pouvait constituer le fondement d'une quelconque action à l'encontre de la police. La Cour européenne, cependant, constata une violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde car, même si la police n'avait pas agi de façon malveillante, son action n'était pas nécessaire dans une société démocratique : leur erreur aurait pu être évitée en usant de précautions adéquates. Voir ainsi, CEDH, 18 juill. 2006, 4^{ème} sect., req. n° 28867/03, *Keegan c/ Royaume-Uni*, § 34 : « Dès lors qu'en l'espèce la police est restée en défaut de prendre les mesures élémentaires qui auraient permis de vérifier le lien entre l'adresse des requérants et l'infraction qui faisait l'objet de l'enquête, son action, qui a considérablement effrayé et alarmé les requérants, ne peut passer pour avoir été proportionnée ».

⁸⁰⁰ LIDSTONE (K.), « Magistrates, the Police and Search Warrants », art. préc., p. 452.

allégation. Et la *Divisional Court* considéra que le *magistrate* s'était fondé sur les critères adéquats simplement sur la base des déclarations sous serment du policier demandeur et du *magistrate*⁸⁰¹. Si les juridictions ont pu par la suite requérir que le *magistrate* prenne des notes au cours de l'audience, ce n'est que dans l'optique d'instaurer de bonnes pratiques, sans que cela ne constitue une obligation⁸⁰². Le législateur britannique ne s'est d'ailleurs, semble-t-il, jamais intéressé à la question de la motivation des mandats⁸⁰³. En conséquence, Andrew Sanders et *alii* considèrent que « les juridictions échouent à se saisir des opportunités de réduire la mesure dans laquelle la police parvient à l'auto-validation de ses propres demandes »⁸⁰⁴.

2. En France

311. Les conditions théoriquement souples, de l'obtention de l'autorisation du juge des libertés et de la détention. En France, l'autorisation du juge des libertés pour que soit pratiquée un acte d'investigation n'est jamais subordonnée par la loi à la démonstration de conditions rigoureuses.

La loi ne subordonne ainsi l'autorisation de procéder à perquisitions et à des opérations d'interception de communication qu'à la démonstration que l'acte est requis par « les nécessités de l'enquête », critère vague qu'elle ne prend d'ailleurs pas soin de définir⁸⁰⁵. Le procureur requérant n'a, semble-t-il, aucunement besoin de démontrer que l'acte lui est strictement nécessaire en raison de l'insuffisance des autres moyens d'enquête qui sont à sa disposition, ni même qu'il aurait effectivement déployé de tels moyens. En outre, puisque la demande du procureur s'opère *ex parte* et que le juge des libertés et de la détention est extérieur à l'enquête, ce dernier, comme le *Justice of the peace* anglais, ne pourra pas bénéficier

⁸⁰¹ R. v. *Marylebone Magistrates' Court Ex p. Amdrell Ltd (t/a Get Stuffed Ltd)* (1998) 162 J.P. 719.

⁸⁰² Par exemple, R. v. *Chief Constable of Warwickshire Ex p. Fitzpatrick* [1999] 1 W.L.R. 564.

⁸⁰³ La Commission Philips avait cependant perçu le problème en constatant que trop souvent les *magistrates* « se contentent de donner un coup de tampon aux requêtes de la police » et en préconisant que le pouvoir de délivrer des mandats soit confié à des juges professionnels et non plus aux *magistrates*. Voir ainsi, ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc., § 3.37.

⁸⁰⁴ A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal justice, op. cit.*, n° 6.5.1, p. 355.

⁸⁰⁵ Art. 76, al. 4, CPP pour les perquisitions effectuées dans le cadre d'une enquête préliminaire afférente à un crime ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure ou égale à cinq ans sans l'assentiment de la personne ; art. 706-89 et 706-90 CPP pour l'autorisation d'effectuer des perquisitions de nuit, en enquête de flagrance ou en enquête préliminaire, en matière de criminalité organisée ; art. 706-95 CPP pour la mise en place d'une interception, d'un enregistrement et d'une transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications, en enquête de flagrance ou en enquête préliminaire, en matière de criminalité organisée.

d'information venant éventuellement contredire la nécessité mise en avant par le procureur de la République.

Parfois même, la loi ne subordonne même pas l'autorisation du juge des libertés à la démonstration que l'acte d'investigation demandé serait nécessaire à l'enquête. Il en va par exemple ainsi lorsque l'officier de police judiciaire souhaite requérir les opérateurs de télécommunications de prendre toutes mesures propres à assurer la préservation d'informations consultées par les utilisateurs des services de télécommunications, puisque l'article 60-2 du code de procédure pénale prévoit que celui-ci intervienne seulement « sur réquisition du procureur de la République préalablement autorisé par ordonnance du juge des libertés et de la détention ». La nécessité semble ici directement résulter du dépôt de la requête par le procureur.

312. *Les conditions pratiquement souples de l'obtention de l'autorisation du juge des libertés et de la détention.* En outre, même si la loi exige du juge des libertés une motivation de son ordonnance d'autorisation, la jurisprudence française a, comme son homologue anglaise, largement vidé cette obligation de sa substance. S'agissant des perquisitions, la loi prévoit que le juge statue à la requête du procureur de la République par une décision écrite et motivée, précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels les opérations peuvent être effectuées, se référant aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations soient nécessaires⁸⁰⁶. S'agissant des écoutes téléphoniques, la décision du juge doit être écrite et 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-ci⁸⁰⁷. Or, la jurisprudence admet, que la motivation d'une ordonnance de perquisition s'opère uniquement par renvoi à la requête du procureur⁸⁰⁸. Et la loi précise que l'autorisation du Juge des libertés et de la détention de procéder à une interception de communication « n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours » (art. 100, al. 2, CPP).

⁸⁰⁶ Art. 76, al. 4, CPP ; art. 709-92 CPP.

⁸⁰⁷ Art. 706-95 CPP ; art. 100, al. 2, et 100-1 CPP.

⁸⁰⁸ Voir ainsi, Cass. crim., 6 mars 2013, *Bull. crim.* n° 62 ; D. 2013, pan. 1993, obs. J. Pradel. Dans cette espèce, le juge des libertés et de la détention avait rendu, dans le cadre d'une enquête préliminaire, une ordonnance non motivée aux fins de perquisition. La chambre criminelle considère qu'« aucune disposition légale ne fait obstacle à ce que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention se réfère expressément à la requête présentée par le procureur de la République aux fins de perquisition, en application de l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale lorsque celle-ci comporte toutes les indications exigées par ce texte à peine de nullité ». Aussi, la motivation écrite de l'ordonnance du juge peut-elle finalement n'apparaître que dans la requête du procureur, et, après avoir admis la motivation par copier-coller des réquisitions du procureur, la chambre criminelle admet la motivation par simple renvoi.

Certes, le législateur a précisé que les opérations de perquisitions « sont effectuées sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées » et que le juge des libertés et de la détention « peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales »⁸⁰⁹. De même la loi précise que les interceptions de communication « sont faites sous le contrôle du juge des libertés et de la détention » et elle oblige le procureur de la République à informer celui-ci des actes accomplis, « notamment des procès-verbaux dressés en exécution de son autorisation, par application des articles 100-4 et 100-5 »⁸¹⁰. Mais elle n'a pas étendu la garantie applicable aux perquisitions effectuées dans un cadre parapénal ou réalisées dans un cabinet d'avocats ou une entreprise de presse, qui restaure le contradictoire *a posteriori* en permettant une opposition aux actes de saisies devant le président de la cour d'appel⁸¹¹ ou devant le juge des libertés⁸¹².

313. Le juge de l'avant-procès : ni juge de l'enquête ni juge dans l'enquête. Le juge contemporain de l'avant-procès, français et anglais – JLD et JP – n'est donc pas juge de l'enquête. En France, le pouvoir juridictionnel traditionnel de l'instruction, qui consiste à apprécier la pertinence des preuves recueillies pour justifier d'un renvoi devant la juridiction de jugement, autrefois celui de la chambre du conseil avant 1856, de la chambre d'accusation puis de la chambre de l'instruction avant que la loi du 15 juin 2000 ne confie ce pouvoir au juge d'instruction, n'appartient pas au juge des libertés et de la détention. Si celui-ci peut intervenir en cas de contestation, pour se prononcer, dans des cas limités, sur la validité de certaines saisies, un tel pouvoir n'existe pas dans la procédure de droit commun. Et d'ailleurs, même dans cette hypothèse, son rôle s'arrête à l'appréciation des seules saisies : le juge des libertés n'est pas juge de l'entière enquête, juge de l'instruction. Son intervention n'a qu'une vocation attributive de coercition, or la coercition ne saurait constituer une fonction : ce n'est que l'attribut d'une fonction. En conséquence, on ne peut dire que le juge des libertés exerce les fonctions de juridiction dans l'avant-procès : il ne confère que les attributs d'une fonction. Enfin, et comme corollaire, la personne soupçonnée n'est pas partie : elle ne dispose pas – à la différence de la situation qui est la sienne dans l'instruction préparatoire – d'un statut lui conférant des droits dans la

⁸⁰⁹ Art. 76, al. 4, CPP ; art. 709-92 CPP.

⁸¹⁰ Art. 706-95, al. 1^{er}, *in fine*, et al. 3 CPP.

⁸¹¹ Voir *supra*, n° 276.

⁸¹² Art. 56-1, al. 4, CPP pour les perquisitions effectuées dans un cabinet d'avocats ; art. 56-2, al. 7, CPP pour les perquisitions effectuées dans une entreprise de presse. Dans les cinq jours de la réception des pièces, le juge des libertés et de la détention statue sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours, en entendant le magistrat qui a effectué la perquisition ainsi que l'avocat ou le journaliste dans le cabinet ou au domicile duquel la perquisition a été effectuée.

procédure. Elle ne deviendra partie que si elle est renvoyée en jugement : ce n'est qu'à ce moment qu'elle pourra soulevée des nullités, par voie d'exception, demander des investigations éventuellement à la juridiction de jugement.

Certaines exceptions viennent toutefois remettre en cause ces modalités de principe du contrôle du juge.

B. Les exceptions limitées aux modalités de principe

314. Certaines exceptions viennent en apparence limiter ces caractères de principe, notamment au caractère *a priori* (1) et *ex parte* (2) du contrôle du juge.

1. Les exceptions au caractère a priori du contrôle

315. La loi reconnaît en effet au juge des libertés et de la détention la possibilité de contrôler le déroulement des perquisitions. La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 a ainsi souhaité développer le caractère concret du contrôle du juge, en lui permettant de se déplacer sur les lieux d'une perquisition, où qu'ils soient. De plus, dans le cadre des écoutes téléphoniques, le juge des libertés s'immisce directement dans l'enquête, qu'elle soit de flagrance ou préliminaire. L'article 706-95, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale énonce en ce sens que « [l]es opérations sont faites sous le contrôle du juge des libertés et de la détention ». Toutefois, ce même article précise que le pouvoir de superviser la mise en place du dispositif d'écoute est dévolu au procureur de la République : « Pour l'application des dispositions des articles 100-3 à 100-5 [relatifs aux écoutes téléphoniques], les attributions confiées au juge d'instruction (...) sont exercées par le procureur de la République (...) »⁸¹³. Le juge des libertés et de la détention se trouve donc évincé des opérations matérielles entourant les écoutes téléphoniques et n'intervient que pour autoriser celles-ci. La seule obligation qui incombe au procureur, une fois l'autorisation délivrée étant de lui rendre compte du déroulement de l'opération, la loi n° 2011-267 du 14

⁸¹³ Comme le fait remarquer Pauline Le Monnier de Gouville, « [e]n amont, l'installation du dispositif d'interception résulte d'une réquisition écrite rédigée par le procureur de la République, laquelle est adressée à 'tout agent qualifié' d'un service ou organisme placé sous l'autorité ou la tutelle du ministre chargé des télécommunications, ou tout agent qualifié d'un exploitant de réseau ou fournisseur de services de télécommunications autorisé. En aval, le procès-verbal de transcription est également à la charge du procureur de la République compétent (...) ». Voir ainsi, P. LE MOUNIER DE GOUVILLE, *Le JLD*, Thèse, Paris II, Paris, 2011, n° 609, p. 288.

mars 2011 précisant que le juge est informé des actes accomplis par le procureur, « notamment des procès-verbaux dressés en exécution de son autorisation ».

2. Les exceptions au caractère *ex parte* du contrôle

316. En matière de garde à vue également, les droits français et anglais prévoient que la prolongation nécessite la présentation de l'individu devant le juge. Ainsi, en France, le juge des libertés prononce une prolongation de la garde à vue dans les affaires relevant du domaine de la criminalité organisée et des actes de terrorisme par une décision écrite et motivée, sur requête du procureur de la République, après présentation de la personne gardée à vue. Toutefois, dans le cadre de deux prolongations de vingt-quatre heures, la loi prévoit que la seconde peut, à titre exceptionnel, être autorisée sans présentation préalable de la personne en raison des nécessités des investigations en cours (art. 706-88, al. 3, CPP)⁸¹⁴.

En Angleterre la durée de la garde à vue peut être prolongée deux fois d'une durée de vingt-quatre heures. L'autorisation doit être donnée par un officier ayant au moins le rang de *superintendent* et la police doit obtenir d'un *magistrate* « un mandat de prolongation de la garde à vue » (*a warrant of further detention*)⁸¹⁵. La demande doit être faite en principe avant l'expiration du premier délai de trente-six heures⁸¹⁶. La juridiction doit être convaincue, comme le *superintendent* que la détention sans inculpation de la personne est nécessaire pour recueillir ou conserver des éléments de preuve relatifs à l'infraction pour laquelle elle est en état d'arrestation ou pour obtenir de telles preuves en l'interrogeant. Il est également nécessaire que l'infraction dont elle est soupçonnée soit une *indictable offence* et que les investigations aient été conduites avec diligence et promptitude⁸¹⁷. A l'audience, la personne a le droit d'être légalement représentée et, si elle ne l'est pas alors qu'elle le souhaite, la juridiction devra ajourner l'audience pour lui permettre de se faire représenter. Cependant, elle pourra être maintenue en détention pendant cet ajournement⁸¹⁸.

⁸¹⁴ F. FOURMENT et L. MORTET, « Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte : le cas de la garde à vue » in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale. Opinion doctorum, op. cit.*, p. 171 et s., spéc. p. 175.

⁸¹⁵ Section 43 du *PACE* pour la première prolongation de vingt-quatre heures, section 44 du *PACE* pour la seconde prolongation de vingt-quatre heures.

⁸¹⁶ Cependant, la section 43 (5) du *PACE* prévoit une exception lorsque « la juridiction devant laquelle la demande doit être faite ne peut siéger à l'expiration du délai de trente-six heures » mais qu'elle peut siéger dans les six heures qui suivent l'expiration de ce délai.

⁸¹⁷ Section 43 (4) du *PACE*.

⁸¹⁸ Section 43 (3) du *PACE*.

317. Les modalités du contrôle *a priori* ne se révèlent pas de nature à garantir un contrôle efficace des actes d'enquête et Pauline Le Mounier-Gouville pouvait ainsi écrire que « [l]a compétence du juge des libertés, fruit d'accumulations éparées, semble en définitive davantage souligner la possibilité pour le législateur d'édicter une nouvelle atteinte aux libertés que la volonté de garantir une protection effective des libertés »⁸¹⁹. Et les modalités du contrôle mis en place ne sont pas de nature à conférer une forte intensité à celui-ci. Aussi, en France, le juge des libertés et de la détention pourrait-il bien constituer un « trompe-l'oeil »⁸²⁰.

§ 2nd UN CONTROLE DE FAIBLE INTENSITE

318. En dispensant le juge de l'annulation de contrôler la nécessité de la coercition mise en oeuvre par la police, les juridictions supérieures anglaise et française n'ont pas incité le juge de l'autorisation à se livrer à un contrôle véritable de la nécessité de la coercition demandée par le ministère public (A). De surcroît, l'impossibilité pour le juge de contrôler cette nécessité conduit à ce que le contrôle confine à la ratification (B).

A. Un juge peu incité à contrôler véritablement la nécessité de la coercition

319. La *Court of appeal* et la Chambre des Lords d'un côté, la chambre criminelle de la Cour de cassation de l'autre, ont adopté des jurisprudences peu engageantes. Aussi, le JP anglais (1) comme le juge des libertés et de la détention français (2) se trouve-t-il peu incité à entreprendre un contrôle véritable de la nécessité de l'acte demandé par le ministère public.

1. La faible incitation du juge anglais à contrôler la nécessité de la coercition

320. *La faible incitation à contrôler la nécessité de l'arrestation.* Le *PACE* et le *SOCA* soumettent le pouvoir d'arrestation de la police au principe de nécessité. L'arrestation doit ainsi avoir pour objectif, d'après le *PACE* modifié par le *SOCA*, de

⁸¹⁹ P. LE MOUNIER DE GOUVILLE, *Le JLD*, thèse préc., n° 537, pp. 252-253.

⁸²⁰ B. DE LAMY, « Le juge des libertés et de la détention : un trompe l'oeil ? », *Dr. pén.* 2007, étude 13, n° 5, pour qui le juge des libertés et de la détention apparaît « comme un magistrat dépourvu de pouvoir d'initiative, devant se contenter d'autoriser, et rarement de contrôler, des mesures réclamées. Mais comment pourrait-il refuser d'avaliser les demandes des magistrats travaillant sur des dossiers parfois délicats et exposant des besoins dont il ne pourra pratiquement apprécier la pertinence ? ».

permettre une enquête rapide et efficace sur l'infraction ou de la conduite de la personne, ou d'empêcher que toute poursuite de l'infraction ne soit gênée par sa disparition. Cependant, les juridictions laissent une assez large marge de manœuvre à la police.

Dans l'affaire *Holgate v. Mohammed v. Duke* de 1984 par exemple, des bijoux volés furent vendus par une personne correspondant à la description qui avait été faite d'un suspect. Sur la base de ses soupçons, la personne fut arrêtée, conduite au commissariat et interrogée, mais ne fut finalement pas poursuivie. Elle intenta toutefois une action pour arrestation arbitraire au motif, selon elle, qu'il n'y avait aucun besoin de procéder à son arrestation, ni de la détenir puisqu'elle aurait pu tout aussi bien être interrogée à son domicile ou sur son lieu de travail. La police concéda qu'elle aurait pu être interrogée ailleurs qu'au commissariat et qu'elle était plutôt coopérative, mais qu'elle était plus à même de reconnaître les faits si l'interrogatoire se déroulait au commissariat. La Chambre des Lords considéra que la police pouvait, pour décider d'un placement en garde à vue, prendre en compte la plus grande probabilité que le suspect reconnaisse les faits dont il est soupçonné s'il est conduit au commissariat et considéra que la police avait agi légalement lorsqu'elle procéda à l'arrestation de la suspecte⁸²¹.

De même, dans l'affaire *Castorina v. Chief Constable of Surrey*, Puchas LJ s'était prononcé en « faveur de la proposition selon laquelle la direction donnée ou non à une enquête par un agent de police avant qu'il ne soit procédé à une arrestation ne constitue pas un élément pertinent pour savoir si, sur la base des informations qui étaient à sa disposition au moment de l'arrestation, il avait un motif raisonnable de suspicion »⁸²². Puchas LJ considérait toutefois que le fait de ne pas suivre une piste évidente peut, dans des circonstances exceptionnelles, constituer un motif pour contester l'exercice du pouvoir d'arrestation. Aussi, une arrestation ne pourra-t-elle être considérée comme illégale que si deux conditions sont réunies : s'il existe des circonstances exceptionnelles et si la piste qui aurait dû être suivie était évidente. Mais même si ces deux conditions sont remplies, l'arrestation ne sera pas nécessairement illégale, puisque Puchas LJ considère que, dans ce cas, cela constitue seulement « un motif pour contester » l'exercice du pouvoir d'arrestation. Par conséquent, l'obligation pour un policier de se livrer à quelques investigations qui pourraient innocenter le suspect, et par là-même éviter une arrestation, semble clairement limitée.

⁸²¹ *Holgate-Mohammed v. Duke*, préc.

⁸²² *Castorina v. Chief Constable of Surrey*, préc.

321. La faible incitation à contrôler la nécessité de la détention policière. Les juridictions anglaises n'ont pas manifesté la volonté de favoriser le respect, par le *custody officer*, des conditions de fond du placement en garde à vue. Dans l'affaire *Al Fayed & Ors v Commissioner of Police of the Metropolis & Ors* de 2004, plusieurs suspects qui s'étaient rendus volontairement au commissariat pour être interrogés furent, dès leur arrivée, placés en garde à vue sur le fondement de la section 37 du *PACE*. La *Court of appeal*, en la personne de Auld LJ, considéra que « les arrestations et la courte détention qui s'en était suivie afin de procéder à un interrogatoire, n'étaient guère plus que symboliques. Elles n'ont pas été accompagnées par des éléments contestables. En termes pratiques, les appelants se sont trouvés dans une position identique à celle qui aurait été la leur s'ils avaient été traités comme des volontaires tout au long de la mesure. Il n'y a eu qu'une entrave minimale à leur liberté, ce qui constitue un facteur pertinent, comme la Cour l'a reconnu dans l'affaire *Wilding* (...). Dans de telles circonstances, il était, à mon avis, tout à fait raisonnable (...) pour le *custody officer*, de considérer qu'un maintien en détention afin de procéder à un interrogatoire était nécessaire, conformément à la section 37 (2) et (3) du *PACE*. Pour la Cour, adopter une position différente dans de telles circonstances, et ainsi permettre et récompenser les revendications totalement démesurées, constituerait un affront à l'intérêt public et un travestissement des intérêts privés que l'article 5 [de la CESDH] et ses équivalents nationaux sont destinés à protéger »⁸²³.

2. La faible incitation du juge français à contrôler la nécessité de la coercition

322. La chambre criminelle de la Cour de cassation considèrerait, quant à elle, que le placement en garde à vue relevait « d'une faculté que l'officier de police judiciaire tient de la loi et qu'il exerce, dans les conditions qu'elle définit, sous le seul contrôle du procureur de la République ou, le cas échéant, du juge d'instruction »⁸²⁴. Plus récemment, elle a censuré

⁸²³ *Al-Fayed & others v. Commissioner of Police of the Metropolis & others* (n° 3) [2004] EWCA Civ 1579. Sur cette décision, voir les observations critiques de A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice*, *op. cit.*, n° 4.3.4, p. 217 : « La *Court of appeal* considère qu'il n'y avait aucune raison de penser que le *custody officer* n'avait aucun motif de croire que le placement en garde à vue était nécessaire. Toutes nos excuses pour cette double négation – mais nécessaire au regard (a) du fait évident que la détention des suspects était bien évidemment inutile, et (b) du fait tout aussi évident que les juges ne veulent pas que les *custody officers* cessent de se contenter de donner un simple coup de tampon sur des arrestations et des placements en garde à vue. Ainsi, si vous rencontrez des juges, montrez-leur ce passage, et demandez-leur pourquoi ils ont abandonné leur responsabilité consistant à conférer à la 'garantie' du *custody officer* un sens pratique ».

⁸²⁴ Pour une absence de contrôle de la nécessité du placement initial en garde à vue, voir Cass. crim., 4 janv. 2005, *Bull. crim.* n° 3 ; D. 2005, 761, note J.-L. Lennon ; *Dr. pén.* 2005, comm. 49, note A. Maron ; *JCP G* 2005, II, 10176, note P. Conte ; *AJ pén.* 2005, p. 160, obs. J. Leblois-Happe ; *AJ pén.* 2005, p. 409, note M.

une cour d'appel qui avait procédé à un contrôle de la nécessité de la garde à vue et prononcer la nullité de la mesure au motif que l'enquête était achevée, que la garde à vue avait été prise dans l'unique but d'assurer le défèrement de l'intéressée et que la personne mise en cause s'était présentée volontairement devant les enquêteurs. Selon la chambre criminelle, « une mesure de garde à vue peut être décidée lorsqu'elle constitue l'unique moyen de permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ou de 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 »⁸²⁵. Les nécessités de l'enquête sont ainsi librement appréciées par l'officier de police judiciaire et il semble suffire que la garde à vue soit décidée pour répondre à l'une des finalités déterminées par l'article 62-2 du code de procédure pénale. D'aucuns remarqueront qu'après tout, qui mieux que l'officier de police judiciaire est à même, *in situ*, d'apprécier les éléments d'espèce qui justifient le placement en garde à vue du suspect ?⁸²⁶

Toutefois, en consacrant au profit de l'officier de police judiciaire un véritable pouvoir discrétionnaire, la position de la chambre criminelle ne manque pas de décourager le juge des libertés et de la détention. Comment celui-ci peut-il être incité à exercer un contrôle strict sur les nécessités d'une prolongation de la garde à vue, nécessités qu'il n'a aucun moyen d'infirmer, alors que la chambre criminelle elle-même refuse au juge de l'annulation la mission de contrôler les motifs du placement initial ?

323. Cette faible incitation au contrôle que promeuvent les juridictions supérieures anglaises et françaises conduit en pratique le juge à autoriser dans l'immense majorité des cas les demandes d'actes formulées par le ministère public.

Herzog-Evans. Cette solution sera confirmée un an plus tard : Cass. crim., 14 juin 2006, pourvoi n° 02-83.401 ; *Dr. pén.* 2007, chron. 3, obs. V. Lesclous. D'autres arrêts annonçaient déjà les solutions de 2005 et 2006 : Cass. crim., 28 juin 2000, *Bull. crim.* n° 251, préc. ; Cass. crim., 22 mai 2001, pourvoi n° 00-87.932. Pour une absence de contrôle de la nécessité du maintien en garde à vue, voir Cass. ch. mixte, 7 juill. 2000, *Bull. ch. mixte* n° 3. La question de l'étendue du pouvoir d'appréciation de l'officier de police judiciaire au moment du placement en garde à vue du suspect divise ainsi la doctrine. Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, Jacques Buisson admettait que la chambre criminelle accordait à l'officier de police judiciaire un pouvoir discrétionnaire au moment de la prise de décision du placement en garde à vue (voir comm. sous Cass. crim., 29 avr. 1998, *Procédures* 1998, comm. 265). D'autres auteurs, comme Philippe Conte et Martine Herzog-Evans, considèrent, au contraire, que le placement en garde à vue fondé sur les nécessités de l'enquête doit faire l'objet d'un contrôle par le juge.

⁸²⁵ Cass. crim., 18 nov. 2014, *Bull. crim.* n° 241 ; P. CONTE, « Placement en garde à vue et nécessités de l'enquête », *Dr. pén.* 2015, étude 12.

⁸²⁶ En ce sens, J-L. LENNON, « Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect », *D.* 2006, p. 887 et s.

B. L'impossibilité pour le juge de contrôler véritablement la nécessité de la coercition

324. Les modalités du contrôle mis en place rendent en pratique impossible tout contrôle véritable du juge de l'autorisation de la nécessité des actes demandés. Aussi, les statistiques du *Home Office* montrent-elles, par exemple, que le *JP* confirme dans l'immense majorité des cas la prolongation de la garde à vue demandée par la police. Pour l'année fiscale 2003-2004, des mandats de prolongation de la détention au-delà de trente-six heures furent demandés pour 304 détenus. Ils furent tous octroyés. Pour l'année fiscale 2008-2009, de tels mandats furent demandés pour 591 détenus. Ils furent refusés pour 30 d'entre eux – soit un taux de 5 % de refus. Pour l'année fiscale 2012-2013, 3.742 personnes ont été détenues pour une durée excédant 24 heures, 3.567 pour une durée comprise entre 24 et 36 heures. Des mandats de prolongation de la détention furent demandés pour 457 détenus. Ils furent refusés pour 35 d'entre eux – soit un taux de 8 % de refus⁸²⁷. Et, s'il n'existe pas à notre connaissance de statistiques portant spécifiquement sur les demandes d'autorisation de prolongation de la garde à vue décidées par le juge des libertés en France, il semble raisonnable de considérer que ce dernier autorise la très grande majorité des prolongations sollicitées par le ministère public – les mêmes causes produisant les mêmes effets.

325. Finalement, comme le relèvent Andrew Sanders et *alii*, les juridictions délivrent dans l'immense majorité des cas, des mandats de prolongation et « il faut s'y attendre dans la mesure où les *magistrates* appliquent les mêmes critères que la police et décident sur la base des informations fournies par la police ». Même si le suspect est représenté à l'audience, il y a peu de motifs qui peuvent justifier sa mise en liberté : « s'il y a peu de preuves à l'encontre du suspect, cela ne justifiera en rien une remise en liberté car le fondement même de la prolongation de la détention reposera sur le besoin de recueillir des preuves supplémentaires »⁸²⁸.

*

326. *Conclusion de la Section 2^{nde}*. Si les pouvoirs du ministère public s'accroissent, le

⁸²⁷ HOME OFFICE, *Police powers and procedures detentions 2012 to 2013, Data Tables*, D. 04 « Warrants of further detention under PACE and persons charged, 2002/03 to 2012/13 », 3 avr. 2014.

⁸²⁸ A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice, op. cit.*, n° 4.3.2., p. 210.

contrôle *a priori* du juge de l'autorisation se révèle insuffisant. Les modalités formelles du contrôle de celui-ci ne peuvent lui permettre de véritablement contredire les nécessités du pouvoir requis par le ministère public. La faible incitation des juridictions supérieures anglaise et française au contrôle, parachève ce que la doctrine anglaise comme française dénonce régulièrement : qu'en pratique le contrôle du juge de l'autorisation confine dans l'immense majorité des cas à l'entérinement.

*

**

327. Conclusion du Chapitre 1^{er}. Le domaine du contrôle nécessaire du juge se révèle ainsi limité. Peu de pouvoirs apparaissent finalement exclusivement juridictionnalisés. De manière progressive, les législateurs français et anglais consacrent ce qui constitue en réalité une concurrence des pouvoirs qui transforme le sens de la juridictionnalisation préservée. Celle-ci se contente dans des cas croissants de seulement prolonger un pouvoir d'ores et déjà conféré au ministère public. Les modalités formelles du contrôle, quant à elle, se révèlent bien inadéquates à la fois pour s'assurer de la véritable nécessité des actes qui seraient demandés par le ministère public et de la véritable légitimité des actes qui ont été autorisés par le juge.

Cette faiblesse pourrait toutefois paraître acceptable si elle se trouvait compensée par un renforcement du contrôle *a posteriori* du juge, au stade du jugement, comme gage de la régularité des investigations réalisées. Toutefois, c'est bien dans une direction inverse que s'orientent les procédures française et anglaise.

Chapitre 2nd

L'affaiblissement grandissant du contrôle du juge de l'annulation

328. La multiplication des prérogatives du ministère public traduit la volonté d'éviter l'ouverture d'un procès en la forme contentieuse qui ne serait motivée que par le défaut de pouvoirs de rétribution de celui-ci à l'occasion d'une affaire qui n'est pas, en France, criminelle. Elle manifeste ainsi un empiètement du ministère public sur les fonctions qui relevaient traditionnellement de l'organe de jugement, à un point tel – les données statistiques suffiraient là aussi à s'en convaincre – qu'il n'est pas excessif en France, de parler de marginalisation si ce n'est du juge correctionnel, tout du moins d'une certaine idée des fonctions de celui-ci⁸²⁹.

Mises à part les prérogatives qui relèvent de la seule discrétion du juge de jugement français en matière correctionnelle, telles que la condamnation à une peine d'emprisonnement d'une durée de plus d'un an ou à une amende supérieure à la moitié de celle encourue pour l'infraction en cause, les sanctions susceptibles d'être décidées par le juge de jugement correctionnel se répartissent aujourd'hui en trois catégories. D'abord, on l'a vu, les sanctions dont il n'a plus l'exclusivité puisqu'elles peuvent être décidées par le procureur seul, comme les sanctions constituant les mesures pouvant être décidées sur le fondement de l'article 41-1 du code de procédure pénale. Ensuite, les sanctions dont il n'a

⁸²⁹ Comp. P. CONTE, « La nature juridique des procédures 'alternatives aux poursuites' : de l'action publique à l'action à fin publique ? », art. préc., *loc. cit.*, pour qui les alternatives ne sont justifiées que par une crise sans précédent de l'autorité judiciaire.

plus la libre détermination en raison du mode de saisine choisi par le procureur, mais dont il conserve la maîtrise du quantum, tout en étant privé des informations recueillies lors d'un débat contradictoire, comme c'est le cas dans le jugement par ordonnance pénale⁸³⁰ : le président du tribunal statue sans débat contradictoire, à partir des seuls éléments du dossier que lui communique le ministère public⁸³¹ et le choix initial du ministère public oriente le choix de la peine – en matière délictuelle, le prononcé d'une peine d'emprisonnement est exclu⁸³², si bien que la liberté de choix du juge du siège est pour partie limitée. Enfin, les sanctions dont il n'a plus ni la libre détermination de la nature, ni la libre détermination du quantum, ne devant donner son accord que sur les modalités décidées en amont par l'officier de police judiciaire ou par le procureur, et sans que soit organisé, là aussi, un véritable débat contradictoire⁸³³ ou qu'il puisse user des pouvoirs d'instruction définitive qui lui sont traditionnellement dévolus, telles les sanctions décidées dans le cadre d'une transaction pénale⁸³⁴, d'une composition pénale⁸³⁵ ou d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)⁸³⁶. Les glissements et transferts de pouvoirs au profit du ministère public ont donc conduit à faire de celui-ci un juge d'application des peines comme l'est le juge de jugement ou encore un juge de l'exécution des peines comme l'est le juge d'application des peines⁸³⁷.

⁸³⁰ Art. 495 et s. CPP pour les délits ; art. 524 et s. CPP pour les contraventions.

⁸³¹ Respectivement art. 495-1 et art. 525 CPP.

⁸³² Art. 495-1, al. 2 et 3, CPP.

⁸³³ Dans le cadre de la composition pénale, en effet, si « le président du tribunal peut procéder à l'audition de l'auteur des faits et de la victime, assistés, le cas échéant, de leur avocat », une telle audition n'est plus de droit depuis la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (art. 34). Dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le législateur a surmonté les résistances de la chambre criminelle, et la loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005, déterminant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, a précisé que la présence du procureur de la République à une telle audience n'était pas obligatoire (art. 495, al. 2, *in fine*, CPP).

⁸³⁴ Art. 41-1-1 CPP.

⁸³⁵ Art. 41-2 CPP. Voir P. PONCELA, « Quand le procureur compose avec la peine », *RSC* 2002, p. 638 et s., qui constate que les sanctions pouvant être proposées dans le cadre de la composition pénale sont des peines et qui parle, à propos de cette procédure, d'« un nouvel habit pour des sanctions pénales déjà connues ». Selon l'auteure, « [l]es sanctions pénales prévues ne sont pas nouvelles dans leur forme et correspondent aux peines d'amende, de confiscation, de suspension de permis de conduire et de travail d'intérêt général. Les différences résident dans les mots pour les dire, leur mesure, la procédure selon laquelle elles sont prononcées et le régime de leur exécution ».

⁸³⁶ Art. 495-7 et s. CPP.

⁸³⁷ En ce sens, P. PONCELA, « Quand le procureur compose avec la peine », art. préc., p. 638, qui relève que, dans la procédure de composition pénale, « le procureur de la République est moins l'autorité de mise à exécution, laquelle relève du bon vouloir de l'auteur de l'infraction, qu'un juge d'exécution des sanctions ». Le décret du 20 janvier 2001 renvoie d'ailleurs expressément aux attributions du juge de l'application des peines pour la peine de travail d'intérêt général et prévoit la possibilité pour le procureur de faire appel au service pénitentiaire d'insertion et de probation. Celui-ci peut également aménager les mesures en cours d'exécution en prolongeant les délais, dans les limites des maxima prévus et avec l'accord de la victime pour ce qui concerne la réparation.

329. Or, l'une des caractéristiques désormais communes au procès français et anglais résulte de ce que le contrôle de la régularité des investigations ne s'opère véritablement que dans le cadre de la détermination de la culpabilité. L'instruction préparatoire détachait antérieurement en droit français le contrôle de la régularité des investigations de la détermination de la culpabilité : le contrôle nécessairement opéré par la chambre du conseil – en matière correctionnelle – ou la chambre des mises en accusation puis la chambre de l'instruction jusqu'à la loi du 15 juin 2000 – en matière criminelle – permettait, en effet, de détacher l'examen de la régularité de celui de la culpabilité et d'organiser le premier dans la phase intermédiaire. Désormais, aussi bien en France qu'en Angleterre, le contrôle de la régularité des investigations est largement subordonné à la contestation de la culpabilité.

L'affaiblissement du contrôle *a posteriori* des pouvoirs d'enquête résulte ainsi de la limitation du contrôle qui s'opère par le juge de jugement statuant en la forme contentieuse (Section 1^{ère}) et de la subordination d'un tel contrôle à la forme contentieuse de la juridictionnalisation de la répression (Section 2nd).

Section 1^{ère} UN CONTROLE LIMITE DANS LE CADRE DE LA JURIDICTION CONTENTIEUSE

330. Le contrôle de la régularité des actes d'enquête effectués par le ministère public, récemment consacré (§ 1^{er}), se révèle, tant dans le système français que dans le système anglais relativement défectueux (§ 2nd).

§ 1^{er} UN CONTRÔLE RÉCEMMENT CONSACRÉ

331. La compétence du juge de jugement pour contrôler la régularité d'un acte d'enquête opposait traditionnellement les systèmes français et anglais (A). Désormais, cependant les systèmes convergent largement (B).

A. L'antagonisme historique des systèmes

332. La procédure pénale française n'a jamais véritablement discuté la nécessité de principe de sanctionner procéduralement – c'est-à-dire par la nullité – l'acte résultant d'un

usage irrégulier, par un organe, des fonctions qui lui sont reconnues⁸³⁸. Une telle absence de discussion résulte naturellement de l'inscription historique de l'investigation dans le processus juridictionnel qu'impose la réalisation du droit de punir, inscription qui se matérialise par la figure du juge instructeur. Tout au plus, la doctrine a-t-elle mis en avant les inconvénients qu'il y aurait à sanctionner aussi fermement que par la nullité de l'acte les atteintes à des garanties mineures qui ont pu être commises lors de l'opération matérielle ayant conduit à l'édition de celui-ci, et le risque que le contentieux de la nullité puisse servir des fins dilatoires⁸³⁹. Le *common law*, en revanche, se montrait traditionnellement circonspect sur la nécessité d'une sanction procédurale d'un usage abusif des pouvoirs légaux, en raison de la césure qui s'est opérée entre le recueil de la preuve et le processus juridictionnel de réalisation du droit de punir : l'éjection du recueil de la preuve dans l'avant-procès, l'absence historique d'une autorité officiellement en charge de recueillir cette preuve et l'absence corrélative d'une réglementation du recueil de la preuve pénale ont conduit les juridictions à ne pas s'intéresser à la manière dont la preuve a été recueillie⁸⁴⁰.

Aussi, alors que le droit anglais manifestait traditionnellement une défaveur à l'encontre de l'exclusion des preuves obtenues illégalement (1), le droit français manifestait quant à lui une certaine faveur à l'égard de la nullité de telles preuves (2).

1. La défaveur traditionnelle du common law à l'encontre de l'exclusion des preuves obtenues illégalement

333. La consécration historique de la doctrine de l'externalité. Le *common law* faisait historiquement sienne la doctrine « de l'externalité » : le procès devait demeurer étranger à la sanction des illégalités commises durant l'avant-procès. Dans cette optique, il ne relèvait pas de l'office du juge de jugement de sanctionner les illégalités commises par la police lors des investigations : si la preuve recueillie apparaissait fiable, la sanction la plus adéquate se situait uniquement dans l'exercice d'une voie extérieure au procès lui-même telle la mise en cause de la responsabilité – civile, pénale ou disciplinaire – de l'agent de police auteur de la violation de la loi. Wigmore soutenait ainsi que le procès pénal est un instrument difficile à manier lorsqu'il s'agit d'établir la culpabilité d'un individu et que les prétendues violations

⁸³⁸ M. GUERRIN, « Nullités de procédure » in *Encyclopédie Dalloz, Rép. pén.*, Dalloz, Paris, 2005, n° 3 : « En pratique, les seules sanctions réellement efficaces portent directement sur les actes viciés ».

⁸³⁹ En ce sens, MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, tome II, *op. cit.*, n° 1235, pp. 447-448.

⁸⁴⁰ En ce sens, J. R. SPENCER, « Les limites en matière de preuve : aspects actuels », *RSC* 1992, p. 48 : « En l'absence de réglementation, on ne peut guère se plaindre de la non-observation d'une règle ».

des règles légales ne sont que tangentiellement connectées aux questions qui sont soulevées au cours de celui-ci. L'allégation selon laquelle la police a agi illégalement ou abusivement requérait un examen approfondi. Dans le cadre d'un procès pénal, cela conduirait le juge de la culpabilité à être distrait de son office et retarderait la décision sur la question principale soulevée⁸⁴¹.

Ainsi, la règle traditionnelle du *common law*, qui émerge à partir du milieu du XVIII^{ème} siècle, veut que l'admissibilité d'une preuve ne soit jamais affectée par les circonstances dans lesquelles celle-ci a été recueillie⁸⁴². En vertu de cette règle, il fut admis qu'une preuve recueillie par le biais d'un vol pourrait être produite en justice. Dans l'affaire *Leatham*, Crompton J. observa : « (...) peu importe la façon dont vous avez obtenu la preuve ; même si vous l'aviez volée, elle serait admissible »⁸⁴³. Ce principe était emprunté à la justice civile, où la juridiction conçoit traditionnellement son office comme consistant à trancher entre les prétentions des parties sur la base des preuves produites par celles-ci. En la matière, le juge considérait comme indifférente la manière dont les parties s'étaient procurées la preuve : toute violation de la loi lors du recueil de la preuve était considérée comme un grief distinct de l'instance, grief pour lequel la partie pouvait user des voies adéquates offertes par le *common law* pour obtenir réparation – les « *tort remedies* » classiques du droit de la responsabilité civile que sont les *trespass*, *trespass to person*, *wrongful arrest*, *false imprisonment* et

⁸⁴¹ Voir WIGMORE (J. H.), *A treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common law*, vol. 3, Canadian edition, Canada Law Book Company, Little, Brown and Company, Toronto et Boston, 1905, n° 2183, p. 2955. Aussi, Wigmore considérait-il que « la nécessité ne requiert pas, et l'esprit de notre droit interdit, la tentative consistant à rendre justice incidemment et à imposer des sanctions par des voies indirectes. Un employeur peut, peut-être, comme il convient, interrompre le cours de ses affaires pour délivrer un sermon à son employé sur les méfaits du jeu et sur les vertus du travail. Mais un juge ne tient pas audience dans un tramway pour rendre une justice sommaire concernant un compagnon de voyage qui se soustrairait frauduleusement au paiement de son titre de transport ; et, sur le même principe, il ne cherche pas, dans le cadre d'un litige spécifique, à enquêter et à réprimer toutes les infractions qui traversent incidemment le chemin du litige. Une telle pratique pourrait être compatible avec le système primitif de justice sous un cheikh arabe, mais il n'est pas conforme au nôtre. Cela choque, en premier lieu, en ce que cela constitue une tentative de violation de la loi, en éludant la plainte et le processus requis par celle-ci, indispensables pour sa correcte investigation. Cela choque, en second lieu, en interrompant, retardant et confondant l'enquête présente, pour le bien d'une question qui ne constitue pas une partie de l'objet de celle-ci. Cela choque, en outre, en ce qu'il en est ainsi inutilement et gratuitement ; puisque la personne lésée par l'infraction supposée n'a pas choisi de demander réparation ou sanction directement et immédiatement, au bon moment et par le bon processus, il n'y a clairement aucune exigence à prêter attention à sa plainte, de cette manière indirecte et tardive. Les règles judiciaires relatives à la preuve n'ont jamais été destinées à être un processus indirect de répression ».

⁸⁴² La règle est posée dès 1783 et est rappelée tout au long des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles. Voir ainsi, *R. v. Warickshall* (1783) 168 E.R. 234 ; *R. v. Griffin* (1809) 168 E.R. 732 ; *R. v. Gould* (1840) 173 E.R. 870. Sur cette règle, voir WILLIAMS (G.), « Evidence obtained by illegal means », [1955] *Crim LR* 339.

⁸⁴³ *R. v. Leatham* (1861) 121 E.R. 589. Dans cette affaire, il fut question de l'utilisation, par un poursuivant, d'un document auquel se référerait l'accusé dans une déposition qui, en vertu d'un *statute*, ne pouvait être utilisé contre lui. La *Court of Queen's Bench* considéra que le défendeur ne pouvait s'opposer à cette production et à cette utilisation par la personne qui l'avait en sa possession. Sur cette jurisprudence, voir J. D. HEYDON, « Illegally Obtained Evidence », [1973] *Crim LR* 603.

*malicious prosecution*⁸⁴⁴. Or, puisque le système de poursuite est construit sur le principe de la *private prosecution*, il n'y avait aucune raison de ne pas appliquer cette règle au procès pénal.

La reconnaissance de pouvoirs de poursuite et d'enquête en faveur de la police ne modifia pas la règle, puisque, en vertu de la fiction, le policier n'était rien d'autre qu'un citoyen en uniforme. On l'a vu, Stephen, en 1883, considérait toujours que la police n'avait pas plus de pouvoirs qu'un citoyen ordinaire⁸⁴⁵. Les *Royal Commissions* maintiendront la fiction en 1929⁸⁴⁶ et en 1962⁸⁴⁷. Cette approche permettait, par analogie, d'appliquer à la preuve recueillie par la police la règle applicable à la preuve recueillie par un particulier, à savoir l'admissibilité de celle-ci même lorsqu'elle a été obtenue par des moyens illégaux. Comme le relève Ian Dennis, « les juridictions pouvaient en conséquence se distancier des méthodes employées par la police pour recueillir la preuve »⁸⁴⁸. Ainsi, dans l'affaire *Jones v. Owen*, qui concernait une pêche illégale, la juridiction admit la preuve résultant de la découverte d'un saumon dans les effets d'un individu, alors même que le *constable* avait illégalement fouillé celui-ci⁸⁴⁹. Et, malgré le développement des pouvoirs de la police, à partir du milieu du XIX^{ème} siècle, la règle se maintint jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle : des preuves obtenues à la suite d'une fouille illégale⁸⁵⁰, d'une perquisition illégale⁸⁵¹, à l'aide de

⁸⁴⁴ Sur ces *tort remedies*, voir S. DEAKIN, A. JOHNTON et B. MARKENISIS, *Tort Law*, OUP, 6^{ème} éd., Oxford, 2008, chap. 9-10, p. 451 et s., W. V. H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz on Tort*, Sweet and Maxwell, 18^{ème} éd., Londres, 2010 ; et, sur leur application aux violations commises par la police, voir A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice*, *op. cit.*, n° 12.3, p. 672 et s., et *infra* n° 559 et s.

⁸⁴⁵ STEPHEN (J. F.), *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 493-494.

⁸⁴⁶ ROYAL COMMISSION ON POLICE POWERS AND PROCEDURE, Cmnd. 3297, rapp. préc., p. 6 : « La police (...) ne fut jamais reconnue, ni par la loi ni par la tradition, comme une force distincte du corps général des citoyens (...). [Le] principe demeure qu'un policier (...) est seulement une personne rémunérée pour accomplir, en tant que devoir, des actes qui, s'il avait été dans cet état d'esprit, aurait pu effectuer volontairement. En effet, un policier ne possède que peu de pouvoirs qui ne sont pas également reconnus au citoyen ordinaire, et l'opinion publique exprimée au Parlement, comme partout ailleurs, a montré une grande jalousie à l'égard de toute tentative de conférer une autorité accrue à la police ».

⁸⁴⁷ Voir ROYAL COMMISSION ON THE POLICE, Cmnd. 1728, *Final report*, HMSO, Londres, 1962, p. 11, qui rappelle que le « principe est que les pouvoirs de la police sont surtout fondés sur le *common law* et diffèrent peu de ceux des citoyens ordinaires ».

⁸⁴⁸ I. DENNIS, *The Law of Evidence*, *op. cit.*, n° 8. 3, p. 303.

⁸⁴⁹ *Jones v. Owens* (1870) 34 J. P. 759.

⁸⁵⁰ *Kuruma, Son of Kaniu v. R.* [1955] A.C. 197 : l'appelant a été reconnu coupable de possession illégale de munitions en violation de l'*Emergency Regulations* 1952 reg.8a(1), du Kenya, et condamné à mort. Cependant, en vertu de la section 29 de ce texte, seul un officier ayant au moins le grade d'inspecteur adjoint dispose du pouvoir de fouiller un individu sur ce fondement. Or, l'intéressé fut fouillé par deux agents d'un grade inférieur. Le *Privy Council* a, toutefois, considéré que la preuve était recevable.

⁸⁵¹ *King (Herman) v. R.* (1969) 1 A.C. 304 : si un mandat autorisant la perquisition d'un local spécifié n'autorise pas à fouiller tout individu qui y est découvert, la juridiction, pour condamner l'individu pour possession de stupéfiants, pouvait juger recevable la preuve résultant d'une telle fouille ; *Jeffrey v. Black* (1978), préc. : un individu avait été arrêté pour avoir volé un sandwich. Son domicile a été perquisitionné sans mandat et sans son consentement. Du cannabis fut découvert et l'individu fut poursuivi. Les juges ont refusé de permettre que la preuve de la possession du cannabis fut rapportée, estimant qu'elle avait été obtenue à la suite d'une perquisition illégale. Sur appel du poursuivant, la *Divisional Court* considéra que la fouille était illégale

l'intervention d'un « agent provocateur »⁸⁵², d'une arrestation illégale⁸⁵³, demeuraient admissibles en justice.

Le principe connaissait cependant trois exceptions, qui rendaient la preuve inadmissible. La première concernait les aveux : avait émergé en *common law* la règle selon laquelle le poursuivant devait rapporter la preuve que l'aveu fait à une autorité officielle l'avait été volontairement et non à la suite d'une pression quelconque. Cette règle sera remplacée par la section 76 du *PACE* aux termes de laquelle le poursuivant a le devoir de prouver que les aveux ne sont pas le résultat d'une pression rendant indigne de foi tout aveu fait par l'accusé. La seconde était que les preuves obtenues à la suite d'actes de torture ne sauraient être admissibles⁸⁵⁴. La troisième visait les preuves produites par la partie adverse lorsque ces preuves étaient couvertes par un privilège et obtenues par ruse⁸⁵⁵.

334. La consécration progressive de la doctrine de l'équité. Une autre règle issue du *common law* qui émerge au début du XX^{ème} siècle vint toutefois reconnaître au juge le pouvoir d'exclure les preuves, même admissibles en principe, dont l'effet préjudiciable surpasse la valeur probante⁸⁵⁶. L'effet préjudiciable d'une preuve résulte de ce que la reconnaissance de l'admissibilité d'une telle preuve risquerait de choquer les jurés ou de prédisposer ceux-ci contre l'accusé pour des raisons qui sont sans véritable lien avec sa valeur probante. Comme l'indique Roskill J. dans l'affaire *List*, « un juge de jugement a toujours eu le devoir primordial, dans chaque affaire, de garantir un procès équitable, et si

puisqu'un mandat ou le consentement de l'individu auraient été nécessaires, mais que la preuve était pertinente et qu'elle aurait dû être admise.

⁸⁵² *R. v. Sang (Leonard Anthony) and Mangan (Matthew)* [1980] A.C. 402, à propos d'une preuve obtenue grâce à l'intervention d'un « agent provocateur » agissant en collusion avec la police. Lord Diplock considère que, si le juge pénal peut toujours refuser d'admettre une preuve dont l'effet préjudiciable surpasse sa force probante, il ne dispose d'aucun pouvoir, excepté dans le cas d'aveu fait par l'accusé, pour refuser d'admettre une preuve au seul motif que celle-ci a été obtenue par des moyens déloyaux : « La cour n'est pas concernée par la manière dont la preuve a été obtenue. Le fait que celle-ci résulte de l'action d'un agent provocateur ne constitue pas un motif pour exercer son pouvoir discrétionnaire d'exclure les preuves » (p. 437). Sur cette décision, voir P. G. POLYVIUO, « Illegally Obtained Evidence and *R. v. Sang* » in C. TAPPER (ed.), *Crime, Proof and Punishment. Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Butterworths, Londres, 1981, p. 226 et s.

⁸⁵³ *Fox v. Chief Constable of Gwent* [1986] A.C. 281 : dans cette affaire, à la suite d'un accident de la circulation impliquant un individu, les officiers de police pénétrèrent illégalement au domicile de celui-ci et lui demandèrent de se livrer à un test d'alcoolémie. Celui-ci refusa, fut conduit au commissariat et forcé à procéder au test. Le test révéla qu'il avait excédé le taux d'alcoolémie légalement autorisé. Sur la question de l'admissibilité, la Chambre des Lords refusa de considérer que la preuve, tirée de la réalisation d'un test obtenu après une arrestation illégale, aurait dû être exclue du pouvoir discrétionnaire du juge. Lord Fraser considéra ainsi que « le devoir de la cour est de décider si l'appelant a commis l'infraction pour laquelle il est accusé, non de sanctionner la police pour avoir outrepassé ses pouvoirs » (p. 292).

⁸⁵⁴ *A, D and C v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71 : une preuve qui a été obtenue ou aurait pu être obtenue par la torture n'est pas recevable devant un tribunal britannique, peu importe le lieu où la torture a été infligée, la personne l'ayant infligée ou l'autorité qui a décidé de son infraction.

⁸⁵⁵ *ITC Film Distributors Ltd v. Video Exchange Ltd* [1982] Ch. 431.

⁸⁵⁶ *R. v. Christie (Albert)* [1914] A.C. 545.

dans une affaire particulière, il en vient à la conclusion que, bien qu'une certaine preuve est strictement admissible, mais qu'une fois admise, son effet préjudiciable serait tel qu'il deviendrait virtuellement impossible que le jury adopte une approche dépassionnée des faits cruciaux de l'affaire, alors, le juge de jugement, selon moi, devrait exclure cette preuve »⁸⁵⁷. Lord Diplock résumera ainsi la règle dans l'affaire *Sang* : « Je dirais ainsi qu'il s'est développé une règle générale de la pratique en vertu de laquelle, dans un procès par jury, le juge dispose du pouvoir d'exclure une preuve qui, bien que techniquement admissible, produirait probablement une influence préjudiciable dans l'esprit des jurés, qui serait hors de proportion avec sa véritable valeur probante »⁸⁵⁸.

En conséquence, à la veille de l'entrée en vigueur du *PACE*, le juge ne pouvait rejeter une preuve sur le seul fondement qu'elle aurait été recueillie de manière illégale ou déloyale : le juge pouvait seulement exclure une preuve dont l'effet préjudiciable surpassait son effet probatoire. Or, en pratique, cette règle était de peu d'effet, puisque les preuves obtenues par des moyens illicites ou déloyaux avaient bien souvent une valeur probante qui surpassait leur effet préjudiciable.

2. La faveur traditionnelle du droit français à l'égard de la nullité des preuves obtenues illégalement

335. La multiplicité des fondements doctrinaux de la théorie des nullités. Les auteurs du XIX^{ème} siècle fondaient assez largement leur théorie des nullités sur l'intégrité et sur la légitimité nécessaires de la justice répressive. Aussi, Hélie écrivait-t-il : « [n]y a-t-il pas dans toutes les procédures des règles qui ne sauraient être impunément violées, parce que l'instruction ne peut conduire à la vérité, parce que la justice pénale ne peut conserver son nom qu'à la condition de les observer ? »⁸⁵⁹. Garraud relevait quant à lui que « la forme, en matière pénale, est la garantie nécessaire d'une justice exacte, éclairée et impartiale », ce qui explique que « la plus efficace des sanctions, la nullité des actes de procédure, soit souvent prononcée et que cette garantie de l'observation des formes ait donné lieu à moins de critiques dans la procédure pénale que dans la procédure civile »⁸⁶⁰.

⁸⁵⁷ R. v. *List (David)* (1966) 1 W.L.R. 9, spéc. 12 ; [1965] 3 All E.R. 710 ; (1966) 50 Cr. App. R. 81 ; (1966) 130 J.P. 30 ; (1966) 110 S.J. 12.

⁸⁵⁸ R. v. *Sang (Leonard Anthony) and Mangan (Matthew)*, préc., [1980] A.C. 434.

⁸⁵⁹ HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome VI, C. Hingray, 1^{ère} éd., Paris, 1855, n° 445, p. 493.

⁸⁶⁰ GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome III, *op. cit.*, n° 1099, p. 426.

Quant aux auteurs contemporains, ils mettent en avant le plus souvent les intérêts qui s'opposent lors de la construction d'une théorie des nullités. Ainsi, pour Jean Pradel, face aux problèmes des nullités, on peut hésiter entre deux attitudes : « soit les admettre largement dans le double intérêt de la défense et du respect dû à la loi dont les dispositions ne doivent pas être méconnues, ce qui conduit à étendre la portée du contrôle de régularité, soit les restreindre afin d'éviter toute chicane et perte de temps, ce qui entraîne l'effet inverse »⁸⁶¹. De même, Serge Guinchard et Jacques Buisson insistent sur l'équilibre à trouver en la matière. Ils relèvent cependant que, du point de vue de l'ordre public procédural, « la théorie des nullités doit offrir l'intérêt de prévenir les manquements à la norme, en incitant les divers agents de la procédure à un meilleur respect des règles sous peine de voir leur travail anéanti par l'annulation. De fait, elle constitue le moyen le plus sûr de la bonne application de la règle procédurale, pas toujours visible et lisible en ce qu'elle intervient préventivement »⁸⁶².

336. *Le silence du code d'instruction criminelle.* Le code d'instruction criminelle bien sûr ne comportait aucune disposition relative aux nullités de l'enquête. Plus surprenant, il n'édicte pas non plus de cas de nullités de l'information préparatoire⁸⁶³. La jurisprudence avait, en réponse, construit la théorie des nullités substantielles qui permettait de sanctionner par la nullité les actes accomplis en violation d'une formalité considérée comme essentielle à la protection de l'ordre public ou des droits de la défense⁸⁶⁴. Avec la loi du 8 décembre 1897, le législateur développera les droits de la défense au cours de l'instruction préparatoire et dressera la liste des formalités introduites par cette loi qui seront sanctionnées expressément par la nullité. Il procédera de manière identique en matière de perquisitions et saisies avec les lois des 7 février 1933 sur les garanties de la liberté individuelle et du 25 mars 1935 modifiant la précédente. Cependant, ces listes

⁸⁶¹ J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 17^{ème} éd., Paris, 2013, n° 780, p. 714.

⁸⁶² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 2294, p. 1207. Dans le même sens, voir J.-P. BROUILLAUD, « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », *D.* 1996, p. 98 et s. : « On ne saurait tolérer l'existence de jugements rendus sur la base d'actes de procédure viciés. Cependant, il convient (...) de ne pas paralyser l'action de la justice, et de ne pas offrir à des plaideurs pinailleurs l'occasion de gagner du temps – ou, pire, des procès – en discutant la forme et la validité de chaque pièce d'un dossier. Le droit des nullités doit garantir la sérénité de la procédure, sans pour autant entraver la marche de la vérité ».

⁸⁶³ Les articles 407 et suivants du code d'instruction criminelle prévoyaient cependant des cas de nullités de la procédure de l'audience de jugement, en distinguant entre les nullités textuelles et substantielles.

⁸⁶⁴ Par exemple, l'audition de l'inculpé sous serment (Cass. crim., 6 janv. 1923, *S.* 1923, 1, 185, note Roux), le réquisitoire introductif non signé (Cass. crim., 4 déc. 1952, *JCP G* 1953, II, 7625, note Chambon), l'emploi de stratagèmes déloyaux par un officier de police judiciaire (Cass. crim., 12 juin 1952, *JCP G* 1952, II, 7241, note Brouchet), l'interrogatoire de première comparution irrégulier (Cass. crim., 22 juin 1954, *JCP G* 1954, II, 8422, note Chambon).

n'étaient pas exhaustives et la théorie jurisprudentielle des nullités substantielles a pu se maintenir. En 1959, le code de procédure pénale consacra, dans son article 170, les quelques nullités textuelles figurant dans la loi de 1897 et, dans son article 172, le principe d'origine prétorienne, s'appliquant à toutes les autres hypothèses, selon lequel la nullité devait être prononcée en cas de violation des dispositions substantielles. Le législateur laissait ainsi au juge le soin de déterminer les formalités considérées comme substantielles⁸⁶⁵. Sur la base de ce dispositif, la jurisprudence va consacrer la règle « pas de nullité sans grief » connue de la procédure civile, afin de limiter le prononcé de la nullité⁸⁶⁶. Ainsi, si l'irrégularité n'a engendré aucun préjudice pour les parties, l'acte doit échapper à la nullité⁸⁶⁷. La loi du 6 août 1975 viendra consacrer cette règle à l'article 802 du code de procédure pénale⁸⁶⁸.

337. Les ambiguïtés du code de procédure pénale. La jurisprudence appliquera ce texte de manière générale à l'information bien sûr, mais également à l'enquête et au jugement. Surtout, bien que les travaux préparatoires semblaient exclure la démonstration d'un grief pour les nullités substantielles⁸⁶⁹, la jurisprudence va faire la distinction entre les nullités substantielles d'ordre public, qui peuvent être prononcées sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un grief, et les nullités substantielles d'ordre privé qui n'entraînent la nullité de l'acte que si l'existence d'un grief peut être démontrée. La loi du 4 janvier 1993⁸⁷⁰ viendra décliner la règle « pas de nullité sans grief » dans la partie du code relative aux nullités de l'information et accroître ainsi le nombre de nullités textuelles en les regroupant dans un texte unique, l'article 171 du code de procédure pénale, avant que la loi du 24 août 1993⁸⁷¹ ne revienne sur ce point en supprimant cette liste et en laissant subsister les nullités textuelles de manière éparse dans le code de procédure pénale⁸⁷². Les lois de

⁸⁶⁵ GOYET (C.), « À propos des nullités de l'instruction préparatoire : quelques remarques sur la distinction des nullités textuelles et des nullités substantielles », *RSC* 1976, p. 899.

⁸⁶⁶ Voir ainsi, l'article 114, alinéa 2, du code de procédure civile. Sur cette question, voir G. CLEMENT, « De la règle 'pas de nullité sans grief' en droit judiciaire privé et en procédure pénale », *RSC* 1984, p. 433 et s.

⁸⁶⁷ Cass. crim., 24 nov. 1960, *D.* 1961, 167, note Patin.

⁸⁶⁸ Loi n° 75-701 du 6 août 1975 modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale. Voir COUV RAT (P.), « Les méandres de la procédure pénale (commentaire de la loi n° 75-701 du 6 août 1975) », *D.* 1976, chron. p. 43 ; A. MAURICE-HERSANT, « Réflexions sur l'article 802 du code de procédure pénale », *D.* 1976, chron. p. 115.

⁸⁶⁹ Les travaux préparatoires de la loi de 1975 font ainsi ressortir la volonté du législateur de faire échapper les nullités substantielles aux dispositions de l'article 802. Voir COUV RAT (P.), *ibid.*

⁸⁷⁰ Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

⁸⁷¹ Loi n° 93-1013 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

⁸⁷² Sur l'état du dispositif résultant de ces réformes, voir Y. ROUSSEL, « Le régime des nullités de la procédure pénale après les lois des 4 janvier 1993 et 24 août 1993 », *Gaz. Pal.* 1996, n° 1, doct. p. 7 ; B. CHABERT et P.-O. SUR, « Le point en matière de nullités de procédure pénale au fil des cent dernières décisions de la

1993 sont également à l'origine d'une modification des conditions de mise en œuvre des nullités dont l'objet est d'ouvrir les droits des parties tout en garantissant la sécurité et la célérité des procédures. L'action en nullité des actes de l'instruction n'est plus réservée au juge d'instruction et au procureur de la République, elle est désormais ouverte aux parties civiles et à la personne mise en examen et, depuis la loi du 9 mars 2004⁸⁷³, modifiant l'article 170 du code de procédure pénale, au témoin assisté. En contrepartie, un mécanisme de purge des nullités est mis en place et affiné par les lois postérieures⁸⁷⁴.

338. Finalement, le code de procédure pénale ne contient toujours aucune théorie approfondie des nullités. Certains auteurs n'ont en effet pas manqué de relever que l'article 802 du code de procédure pénale, aux termes duquel « 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 », est confus et mal rédigé⁸⁷⁵. D'une part parce qu'il vise la violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou les inobservations des formalités substantielles, ce qui laisse entendre que les formes prescrites par la loi ne seraient pas des formalités substantielles, mais des exigences accessoires. La logique conduit donc l'interprète à distinguer deux types de nullités, les nullités textuelles d'un côté, les nullités virtuelles de l'autre. D'autre part, parce que le texte ne permet le prononcé d'une nullité textuelle ou virtuelle que lorsque la violation a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne, ce qui laisse entendre que toutes les nullités, sont soumises à l'exigence d'un grief, même lorsque la nullité aurait été relevée d'office par le juge⁸⁷⁶.

chambre d'accusation de Paris », *Gaz. Pal.* 1997, n° 1, doct. p. 2.

⁸⁷³ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁸⁷⁴ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes et loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale. Sur ces réformes, voir, respectivement, M. GUERRIN, « Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal », *RSC* 2000, p. 753 et s., et C. GUERY, « Un 'toiletage' progressif et personnalisé : les nullités de l'instruction après l'entrée en vigueur de la loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », *Dr. pén.* 2002, chron. 38.

⁸⁷⁵ En ce sens, P. HENNION-JACQUET, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *D.* 2004, p. 1265.

⁸⁷⁶ Voir P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Armand Colin, 4^{ème} éd., Paris, 2002, n° 461, p. 325, pour qui la distinction entre les nullités d'intérêt privé et les nullités d'ordre public, déduite par la jurisprudence rendue sous l'empire des anciens articles 170 et 802 du code de procédure pénale, semble être «

Malgré une lettre confuse, se dégage clairement du texte la *ratio* qui préside à l'annulation. Celle-ci réside dans les effets de l'irrégularité puisque le texte de l'article 802 précise que le juge ne peut prononcer la nullité que si la violation des formalités textuelles ou virtuelles a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne. Par conséquent, « la loi introduit le grief comme l'étalon de mesure de la gravité de l'inobservation des règles légales » et écarte par là-même la sanction de la violation de la loi comme seul fondement de la nullité⁸⁷⁷.

B. La convergence contemporaine des systèmes

339. Depuis l'entrée en vigueur du *PACE*, les deux systèmes semblent converger pour reconnaître au juge de jugement le pouvoir d'exclure des preuves qui auraient été recueillies par le ministère public à la suite de l'exercice illégal d'un pouvoir d'enquête. Toutefois, cette convergence se manifeste essentiellement par le relativisme : le juge anglais (1), comme le juge français (2) manifeste en effet une volonté de cantonner l'exclusion de la preuve recueillie illicitement.

1. L'impact relatif du *PACE* et le cantonnement de l'exclusion de la preuve par le juge anglais

340. Comme le relève Peter Mirfield, « les juridictions anglaises, au moins dans les affaires criminelles, et probablement plus largement, sont enclines à raisonner de manière pragmatique, plutôt que par référence à une théorie ou à un principe »⁸⁷⁸.

341. *Les origines de la section 78 du PACE*. Le onzième *Criminal Revision Committee* avait réaffirmé que les règles d'exclusion issues du *common law* demeureraient fondées principalement sur le principe de la fiabilité de la preuve⁸⁷⁹. Malgré la légalisation des pouvoirs de la police qu'elle préconisait, la *Philips Commission* avait recommandé de

condamnée par les nouveaux articles 171 et 182 qui, en toute hypothèse, subordonnent l'annulation à la preuve d'une atteinte aux intérêts de la partie que la nullité concerne ».

⁸⁷⁷ P. HENNION-JACQUET, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *D.* 2004, p. 1265, n° 2.

⁸⁷⁸ P. MIRFIELD, *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence*, OUP, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 6. En ce sens, voir également, O. W. HOLMES, *The Common Law*, Macmillan and Co, Londres, 1882, p. 1 : « La vie du droit n'a jamais été logique ; elle se fonde sur l'expérience. (...) Le droit traduit l'histoire du développement d'une nation au travers des siècles, et l'on ne peut l'appréhender comme s'il comportait les axiomes et les corollaires d'un livre de mathématiques ». Sur la question du pragmatisme en droit anglais, voir P. S. ATIYAH, *Pragmatism and Theory in English Law*, Stevens & Sons, Londres, 1987.

⁸⁷⁹ CRIMINAL LAW REVISION COMMITTEE, *Evidence (General)*, *Eleventh Report*, Cmnd. 4991, 1972, § 56. Sur ce rapport, voir C. TAPPER, (1972) 35(6) *M.L.R.* 621 ; (1973) 13(1) *Br J Criminol* 60.

maintenir la règle issue du *common law*, et de rejeter toute règle déclarant irrecevables les preuves obtenues par des moyens illicites⁸⁸⁰. En conséquence, initialement, le *PACE Bill* ne contenait qu'une seule disposition relative à l'admissibilité des preuves, disposition qui deviendra la section 82 (3) de l'*Act*. La timidité de la Commission Philips, fut toutefois critiquée : pourquoi définir légalement les fonctions de la police si le produit de l'exercice illégal de ces fonctions se voit reconnaître les mêmes attributs que ceux reconnus à l'exercice licite de celles-ci ? Comment le maintien de la seule règle issue du *common law* permettrait-elle de contraindre la police à respecter les règles fixées par le législateur ?⁸⁸¹ Durant le *Committee stage* devant la Chambre des Lords⁸⁸², Lord Scarman réussit ainsi à faire passer un amendement visant tous les modes de preuves, à l'exception des confessions, destiné à inverser la charge de la preuve (« *reverse onus* ») et par lequel il appartiendrait désormais à la poursuite de justifier l'admission de toute preuve obtenue improprement, en démontrant à la Cour, soit que l'impropriété n'était pas d'une importance significative et pouvait donc ne pas être prise en compte, soit que l'intérêt public d'une bonne administration de la justice requerrait que cette preuve soit admissible. Un tel amendement aurait largement remis en cause la règle issue du *common law* et, lorsque le *Bill* revint devant la Chambre des Communes, le gouvernement refusa l'amendement Scarman. Le *Home Secretary* souleva ainsi de nombreuses objections, notamment qu'il n'apparaissait pas adéquat, pour discipliner la police, d'exclure les preuves obtenues de manière illicite, que la charge de la preuve reposant sur la poursuite serait trop lourde et conduirait à des acquittements non justifiés par l'équité de la procédure de nombreuses personnes coupables, et créerait des incidents nombreux et complexes sur la question de

⁸⁸⁰ ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc., §§ 4.118-4.134. La commission rejette l'idée selon laquelle il serait nécessaire d'exclure les preuves obtenues par des moyens illégaux pour sanctionner les mauvaises pratiques policières. Selon elle, il convient de maintenir le « *reliability principle* », non lui substituer le « *disciplinary principle* » : les *exclusionary rules* doivent avoir pour fondement la fiabilité des preuves, non la volonté de discipliner la police (§ 4.123). Elle relève qu'une telle exclusion automatique ne s'appliquerait qu'à un petit nombre d'affaires : « (...) seule une minorité de personnes ayant fait l'objet d'une fouille est arrêtée et une minorité des personnes fouillées est inculpée. L'immense majorité des personnes poursuivies plaide coupable. Et seulement une partie de celles qui contestent l'accusation mettent en cause la légalité de l'exercice des pouvoirs de la police » (§ 4.125). Elle estime que ce résultat serait mieux obtenu par un « contrôle contemporain et une bonne supervision » des dispositions pour l'instruction et des plaintes formulées à l'encontre de la police et par l'utilisation des voies offertes par le droit de la responsabilité civile. Quelques années plus tard, la *Runciman Commission* se déclarera satisfaite par l'état du droit. Voir ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE, Cm. 2263, rapp. préc., §§ 37-38, p. 58. Pour une critique, voir J. MCEWAN, *Evidence and the Adversarial Process. The Modern Law*, Hart Publishing, 2^{ème} éd., Oxford, 1998, p. 207 : « (...) il est compréhensible que certains soient convaincus par l'argument selon lequel les règles de preuve ne devraient pas être utilisées comme un moyen de discipliner les forces de police, puisque l'objectif du procès est d'établir la culpabilité ou l'innocence, mais celui-ci serait beaucoup plus fort si la relation entre les règles de preuve et la vérité était plus clairement établie qu'elle ne semble l'être dans le procès *adversarial* ».

⁸⁸¹ Voir M. ZANDER, *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, 5^{ème} éd., *op. cit.*, p. 362, *ad notam* 49.

⁸⁸² Voir M. ZANDER, *The Law-Making Process*, *op. cit.*, p. 54.

l'admissibilité à l'occasion de chaque procès. En conséquence, il déposa un nouvel amendement, décrit comme « simple et clair en la forme, et suffisamment souple ». Cet amendement deviendra la section 78 du *PACE*⁸⁸³.

342. Aux termes de la section 78 du *PACE* 1984 intitulée « Exclusion de la preuve déloyale » :

« (1) Dans toute procédure, la juridiction peut refuser d'autoriser la production d'une preuve sur laquelle l'accusation désire se fonder s'il lui apparaît que, compte tenu de toutes les circonstances, y compris les circonstances dans lesquelles la preuve a été obtenue, l'admission de la preuve aurait un effet préjudiciable tel, sur l'équité de la procédure, que la juridiction ne devrait pas l'admettre.

(2) Rien dans la présente section ne porte atteinte aux règles de droit (issues du *common law*) requérant d'une juridiction qu'elle écarte des éléments de preuve.

(3) La présente section ne s'applique pas dans le cadre des procédures devant la *magistrates' court* enquêtant sur une infraction en tant qu'*examining justices* ».

Les travaux préparatoires démontraient que la section 78 avait pour objectif d'étendre raisonnablement la règle issue du *common law*, afin de répondre à une opposition politique qui percevait les faiblesses de celui-ci pour traiter la question des preuves obtenues par des procédés illicites. Toutefois, une controverse suivit l'entrée en vigueur du *PACE*, relativement à la portée de la section 78.

343. Les hésitations prétoriennes sur la portée de la section 78. Plusieurs décisions avaient manifesté la volonté du juge d'adopter une lecture stricte de la section 78. Dans l'affaire *Mason*, Watkins LJ considéra que la section ne faisait rien d'autre que réaffirmer le pouvoir que le juge tirait du *common law* antérieurement à l'entrée en vigueur du *PACE*⁸⁸⁴. Dans une telle perspective, la section 78 ne constituait qu'une réaffirmation législative du *common law*, consacrant simplement, sous la forme d'un *statute*, le pouvoir du juge fixé notamment dans l'affaire *Sang*. Dans l'affaire *Christou*, Lord Taylor CJ considéra que le

⁸⁸³ Sur l'histoire de la section 78, voir M. ZANDER, *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, Sweet and Maxwell, 5^{ème} éd., Londres 2005, p. 362 et s. ; S. SHARPE, *Judicial Discretion and Criminal Investigation*, Sweet and Maxwell, Londres, 1998, p. 59 et s ; I. DENNIS, *The Law of Evidence*, *op. cit.*, n° 3.33, p. 93 et s. ; D. ORMERDOD et D. BIRCH, « The Evolution of the Discretionary Exclusion of Evidence », [2004] *Crim LR* 767, spéc. 772-773 ; et sur le scepticisme initial de la doctrine, voir A. S. ZUCKERMAN, « Illegality-Obtained Evidence - Discretion as a Guardian of Legitimacy », [1987] *CLP* 55.

⁸⁸⁴ *R. v. Mason (Carl)* [1988] 1 W.L.R. 139.

critère de l'équité du procès, qui permet au juge d'exclure une preuve, était le même que le juge exerce son pouvoir sur le fondement du *common law* ou qu'il l'exerce sur le fondement du *statute*⁸⁸⁵. Ainsi, sur le fondement de la section 78, les juridictions avaient continué à n'exclure que la preuve qui portait atteinte à l'équité du procès⁸⁸⁶. Dans l'affaire *Chalkley*, Auld LJ considéra que, de prime abord, les mots employés par la section 78 « les circonstances dans lesquelles la preuve a été obtenue » pourraient suggérer que les moyens par lesquels la preuve a été obtenue, même s'ils n'affectent pas l'équité de la procédure, pourraient autoriser la juridiction à l'exclure : « dans cette optique, la juridiction pourrait l'exclure comme une marque de désapprobation de la manière par laquelle elle a été obtenue ». Selon lui cependant, « ce n'était certainement pas l'état du droit avant l'Act de 1984. Et nous considérons que l'inclusion dans la section 78 des mots « les circonstances dans lesquelles la preuve a été obtenue » n'avait pas pour but d'élargir la règle issue du *common law* »⁸⁸⁷.

D'autres décisions ont, en revanche, traduit la volonté du juge de retenir une interprétation large de la section 78. Dans l'affaire *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court Ex p. Bennett*, Lord Griffiths, par un *obiter dictum*, considéra que la section 78 étend le pouvoir d'exclusion du juge aux preuves obtenues par des moyens déloyaux⁸⁸⁸. Ce *dictum* sera cité par la *Court of appeal* dans l'affaire *Khan Sakkaravej and Pamarapa*, considérant que la section 78 donne au juge le pouvoir d'exclure des éléments de preuves obtenus par le biais d'une fouille illégale de l'accusé⁸⁸⁹.

344. Les controverses doctrinales sur la portée de la section 78. Plusieurs commentateurs soutenaient que la section 78 ne modifiait pas fondamentalement l'économie du système issu du *common law*. Bevan et Lidstone, notamment, considéraient que l'équité visée par la section 78 « doit se rapporter à la procédure devant la juridiction

⁸⁸⁵ *R. v. Christou (Anastasis) and Wright (Christopher)* [1992] Q.B. 979.

⁸⁸⁶ *R. v. Quinn* [1990] *Crim LR* 581, à propos d'une parade d'identification réalisée en Irlande ne respectant pas les règles anglaises : la méconnaissance des règles anglaises ne rend pas la preuve automatiquement irrecevable. En l'espèce, la *Court of appeal* rejette l'appel et approuve le juge de ne pas avoir exclu la preuve après avoir pris en compte l'absence d'inéquité ; *R. v. King's Lynn Justices Ex p. Holland* [1993] 1 W.L.R. 324.

⁸⁸⁷ *R. v. Chalkley (Tony Michael)* [1998] Q.B. 848.

⁸⁸⁸ *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court Ex p. Bennett (n° 1)* (1994) 1 A.C. 42.

⁸⁸⁹ *R. v. Khan* [1997] *Crim LR* 508. Dans cette affaire, la cour d'appel a cependant refusé de censurer la décision d'un juge d'admettre la preuve de la participation d'un diplomate, ayant abusé de son immunité diplomatique, à un trafic de drogue. Il n'y avait aucune iniquité à admettre une preuve extrêmement convaincante découverte à la suite d'une fouille illégale, pour la seule raison que le diplomate n'était pas présent lorsque son sac fut fouillé.

plutôt que s'appliquer en amont aux investigations conduites par la police »⁸⁹⁰. De nombreux auteurs ont cependant dénoncé une lecture aussi restrictive de la portée de la section 78. Se fondant sur une perspective historique, Paul Roberts et Adrian Zuckerman considèrent que la position des juges du XIX^{ème} siècle, consistant à séparer la question de l'admissibilité des preuves des illégalités commises durant les investigations, pouvait être justifiée, mais qu'elle ne l'est plus aujourd'hui : « A cette époque la phase du procès pouvait être regardée comme tellement détachée des investigations policières qu'elle pouvait être isolée des illégalités de l'avant-procès commises dans les commissariats ou dans d'autres cadres extra-judiciaires. Mais cette proposition n'est plus défendable relativement à la réglementation moderne des Etats et des gouvernements des démocraties du XXI^{ème} siècle »⁸⁹¹. Ian Dennis, quant à lui, relève que tant l'esprit, que la lettre de la section 78, traduisent un élargissement du pouvoir du *common law*. Quant à l'esprit, les travaux préparatoires montrent clairement que la section 78 fut insérée pour répondre aux inquiétudes formulées face à l'insuffisance de la règle traditionnelle. Quant à la lettre, la section 78 ne limite pas l'appréciation aux preuves obtenues de l'accusé. Elle ne limite pas l'appréciation de l'équité à un certain mode de preuve, et vise l'équité de « la procédure » (« *the proceedings* »), non du seul procès (« *the trial* ») : « (...) de cette manière, la section reconnaît que le procès criminel ne devrait plus être détaché de l'avant-procès. Il confie apparemment au juge la tâche de surveiller l'équité de la procédure considérée comme un tout, sur la base de ce que la phase des investigations et la phase du procès sont vues comme deux parties, intimement liées, d'un processus intégré »⁸⁹². D'autres auteurs critiquent le raisonnement tenu par Auld LJ l'affaire *Chalkley*, mais considère que la solution déduite est juste : « c'est l'effet de la preuve sur l'équité de la procédure qui doit être pris en considération, et la section 78 rend pertinente, pour résoudre cette question, l'appréciation

⁸⁹⁰ BEVAN (V.) et LIDSTONE (K. W.), *A Guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984*, Butterworth and Co, 1^{ère} éd., Londres, 1985, p. 294. Dans le même sens, J. A. ANDREWS et M. HIRST, *Criminal Evidence*, Sweet and Maxwell, 1^{ère} éd., Londres, 1987, p. 321 : « Il n'y a rien dans la section 78 qui suggère qu'une conception plus large de l'équité ou de la loyauté serait pertinente, et il n'y a certainement rien qui suggère que discipliner la police serait devenu une considération valide » ; M. A. GELOWITZ, « Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 : middle ground or no man's land ? », (1990) 106 *L.Q.R.* 327, qui conclut que, malgré l'entrée en vigueur de la section 78, l'accusé n'est finalement « pas loin de l'endroit où le *common law* l'a laissé ».

⁸⁹¹ P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, OUP, 2^{ème} éd., Oxford, 2008, chap. 4. 3 (c), p. 158.

⁸⁹² I. DENNIS, *The Law of Evidence*, *op. cit.*, n° 3.34, p. 95. Dans le même sens, A. L.-T. CHOO et S. NASH, « What's the matter with section 78 ? » [1999] *Crim LR* 929 ; J. MCEWAN, *Evidence and the Adversarial Process. The Modern Law*, *op. cit.*, p. 210 : « Il peut être soutenu que ne pas s'intéresser à la façon dont la preuve a été obtenue rendrait la disposition dénuée de sens ». Déjà, avant les travaux de la Commission Philips, voir A. ASHWORTH, « Excluding Evidence as Protecting Rights », [1977] *Crim LR* 723, pour qui une personne accusée dispose du droit le plus absolu à un procès équitable, droit qui ne saurait souffrir d'une quelconque appréciation du juge.

des circonstances dans lesquelles la preuve a été recueillie»⁸⁹³. Finalement, comme le résume Peter Murphy, « dans les affaires criminelles, la manière dont une preuve a été obtenue (y compris l'illégalité ou la déloyauté) peut être prise en considération dans l'exercice du pouvoir d'exclure celle-ci en application de la section 78 du *Police and Criminal Evidence Act* 1984 ; mais le motif qui justifie l'usage de ce pouvoir n'est pas la manière par laquelle la preuve a été obtenue, mais l'effet de l'admission de celle-ci sur l'équité de la procédure »⁸⁹⁴.

345. Les critères d'exclusion se dégageant de la jurisprudence. Le *PACE* 1984 et le *Code of Practice* qui lui est associé contiennent de nombreuses règles concernant les pouvoirs d'arrestation et de fouille⁸⁹⁵, les perquisitions et les saisies⁸⁹⁶, la garde à vue et les interrogatoires qui y sont conduits⁸⁹⁷, les parades d'identification⁸⁹⁸, l'enregistrement des auditions⁸⁹⁹. Les juridictions considèrent que toute violation du *PACE* ou du *Code of practice* n'empêche pas l'exclusion de la preuve. C'est seulement si la violation est « significative et substantielle » que la preuve produira vraisemblablement un effet négatif sur l'équité de la procédure justifiant qu'elle ne soit pas admise⁹⁰⁰.

S'agissant des preuves résultant de déclarations de la personne soupçonnée, le premier critère qui se dégage de la jurisprudence résulte de la bonne ou mauvaise foi de la police. Une violation délibérée, de mauvaise foi, des dispositions du *PACE* ou du *Code of Practice* affectera, *a priori*, l'équité de la procédure et la juridiction pourra facilement exclure une preuve recueillie dans de telles conditions. Dans l'hypothèse où la violation aurait été commise de bonne foi, la juridiction devra cependant envisager plus avant les effets de celle-ci : elle étudiera dans quelle mesure l'accusé a été désavantagé par la violation, par exemple que la violation a conduit l'accusé à produire des preuves à charge tel un aveu, ou

⁸⁹³ P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, OUP, 11^{ème} éd., Oxford, 2009, n° 3.7.2, p. 52, et n° 3.8, p. 53 : « (...) l'objectif de la section 78 n'est pas d'autoriser le juge à marquer sa désapprobation sur la manière dont la preuve a pu être obtenue, même si c'est un facteur à prendre en considération ».

⁸⁹⁴ *Ibid.*, n° 3.10, p. 56.

⁸⁹⁵ *Code of Practice A on the Exercise by Police officers of Statutory Powers of Stop and Search.*

⁸⁹⁶ *Code of Practice B on the Searching of Premises by the Police Officers and the Seizure of Property found by Police Officers on Persons or Premises.*

⁸⁹⁷ *Code of Practice C on the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers.*

⁸⁹⁸ *Code of Practice D on the Identification of Persons by Police Officers.*

⁸⁹⁹ *Code of Practice E on the Tape Recording of Police Interviews* et *Code of Practice F on Visual Recordings with Sound of Interviews with Suspects.*

⁹⁰⁰ L'expression fut pour la première fois utilisée par Bringham L.J. in *R. v. Abraham* (1988) 88 Cr. App. R. 332, CA, et consacrée par Hodgson L. J. in *R. v. Keenan (Graham)* (1990) 2 QB 54 : « (...) il est clair que toute violation ou toute addition de violations ne justifiera pas l'exclusion de la preuve résultant de l'audition en application de la section 76 ou de la section 78 (...). Elles doivent être significatives et substantielles. Si c'était le cas, les juridictions se chargeraient d'une tâche qui ne leur incombe pas ».

que la violation a rendu plus difficile pour l'accusé la possibilité de mettre en cause d'autres éléments de preuve⁹⁰¹. Il doit cependant y avoir un lien de causalité entre la violation et le désavantage éprouvé par l'accusé⁹⁰². Les juridictions prennent également en compte d'autres facteurs, telles la gravité de l'infraction, la valeur probante de l'élément illégalement recueilli et la nécessité de procéder à ce recueil ou à sa préservation. Dans certains cas, la loi elle-même prend en compte ces facteurs. Ainsi, la section 58 (8) du *PACE* permet à la police de priver le suspect de son droit à un avocat, notamment, si elle a des motifs raisonnables de croire qu'un accès immédiat conduirait à la destruction de la preuve de l'infraction⁹⁰³. Ces facteurs peuvent ainsi apparaître comme atténuants ou excusant les violations du *PACE*.

S'agissant des parades d'identification, les juridictions ont également recours au critère de la violation délibérée. Ainsi, dans l'affaire *Quinn*, la poursuite avait obtenu la preuve de l'identification de l'accusé à la suite d'une procédure effectuée à l'étranger, en complète méconnaissance des règles régissant les parades d'identification posées, en Angleterre, par le *Code of Practice D*. Le témoin ayant identifié l'accusé, il n'avait aucune autre alternative que de désigner l'accusé lui-même et toute la procédure avait été conduite d'une façon calculée pour produire un tel résultat. Lord Jane CJ considéra que « la fonction du juge est en conséquence de protéger l'équité de la procédure, et normalement, la procédure est équitable si un jury entend toutes les preuves pertinentes que chaque partie souhaite lui présenter, mais la procédure peut devenir inéquitable si, par exemple, une partie est autorisée à apporter une preuve pertinente qui, pour une raison ou pour une autre, ne peut

⁹⁰¹En ce sens, *R. v. Alladice (Colin Carlton)* (1988) 87 Cr. App. R. 380, où un individu arrêté pour vol se vit refuser un entretien avec un avocat au motif, notamment, que ce dernier pourrait par inadvertance prévenir ses comparses. La *Court of appeal* considéra qu'il n'y avait aucune raison de croire en un tel risque et, partant, qu'il y avait eu violation de la section 58 du *PACE*. Cependant, la cour considéra que, si, dans la plupart des cas, une telle violation devrait conduire le juge à rejeter la preuve, conformément à la section 78 du *PACE*, il ne s'agit pas d'une obligation pour le juge, et elle jugea en l'espèce que, puisque l'individu avait compris qu'il avait le droit de garder le silence, et avait même à plusieurs reprises exercé ce droit, le conseil d'un avocat n'aurait rien ajouté. En conséquence, la *Court of appeal* rejeta l'appel ; *R. v. Gill (Sewa Singh & Paramjit Singh)* [2003] EWCA Crim 2256.

⁹⁰² Ainsi, dans l'affaire *Gill* précitée, les agents de l'*Inland Revenue* avait interrogé les défendeurs sans les avertir des conséquences de leur déclaration en violation du *Code of Practice C*. La *Court of appeal*, après avoir constaté que la violation n'avait pas été commise de mauvaise foi ou à la suite d'un mépris flagrant des dispositions du *Code of Practice C*, conclut que, même si l'avertissement avait été délivré, les défendeurs n'auraient pas agi différemment. Ils avaient en effet été pleinement informés des objectifs de l'interrogatoire et avaient expressément refusé d'être assistés par des représentants professionnels.

⁹⁰³ Dans plusieurs affaires de conduite en état d'ivresse, les juridictions ont ainsi admis que le droit à l'avocat pouvait être atténué au profit de la lutte contre la délinquance routière. Ainsi, le droit de consulter un avocat ne constitue pas une excuse justifiant que l'individu refuse de se soumettre à un test d'alcoolémie, et un certain délai dans l'accès à l'avocat n'équivaut pas à une violation significative et substantielle au sens de la section 78. En ce sens, *DPP v. Billington Chappell* [1988] 1 W.L.R. 535 ; *Kennedy v. DPP* [2002] EWHC 2297 (Admin) ; *Gearing v. DPP* [2008] EWHC 1695 (Admin).

être convenablement contestée ou réfutée, ou lorsqu'il y a eu un abus de procédure, par exemple, parce que la preuve a été obtenue par une violation délibérée des procédures posées par un code des pratiques officiel »⁹⁰⁴. Malgré cela, la Cour d'appel refusa de renverser la condamnation puisque le juge avait correctement pris en compte tous les facteurs portant sur la question de l'équité ou de l'inéquité.

S'agissant des autres modes de preuve la question des facteurs devant être pris en compte demeure controversée. Dans l'affaire *Nathaniel* le défendeur fut condamné pour viol sur le fondement, notamment, de la correspondance de son profil ADN et du profil ADN tiré des traces de sperme trouvées sur la victime. Le profil ADN du défendeur fut obtenu à partir d'une trace de sang qu'il avait lui-même fourni à l'occasion d'une précédente accusation de viol, pour laquelle il fut acquitté. Il fut prévenu, avant que le prélèvement de sang ne soit effectué, qu'en cas d'acquittement, l'empreinte de son profil ADN serait détruite, conformément aux dispositions résultant de la section 64 en vigueur à l'époque⁹⁰⁵. La police ne détruisit cependant pas l'empreinte et conserva le profil dans un fichier informatique. C'est ce profil qui servit pour aboutir à la correspondance dans la seconde affaire. La *Court of appeal* considéra que le juge aurait dû exclure cette preuve au regard de la violation tant de la promesse faite par la police que de l'obligation légale qui pesait sur elle de détruire l'empreinte ADN⁹⁰⁶. A l'inverse, dans l'affaire *Cook*, qui concernait également une accusation de viol, la *Court of appeal* approuva le refus du juge d'exclure la preuve tirée d'un profil ADN résultant d'un prélèvement de cheveu effectué illégalement car sans le consentement du défendeur. La Cour s'appuie sur la fiabilité de la preuve, fiabilité qui ne fut pas affectée par le biais par lequel elle fut obtenue⁹⁰⁷. Dans l'affaire *Attorney General's Reference (N° 3 of 1999)*, qui concernait également une accusation de viol, un problème similaire fut soulevé. Cependant, aucune promesse ne fut faite au défendeur à propos de la destruction de son profil ADN dans l'hypothèse d'un acquittement. De plus, dans cette affaire, la poursuite avait obtenu un second prélèvement ADN du défendeur après que le fichier ait effectué la correspondance entre le prélèvement effectué sur la victime et le premier profil illégalement conservé. La Chambre des Lords conclut que, contrairement à ce qu'avait considéré le juge de jugement et la cour d'appel, la

⁹⁰⁴ R. v. *Quinn*, préc.

⁹⁰⁵ Aujourd'hui modifiée par la section 82 du *Criminal Justice and Police Act 2001*.

⁹⁰⁶ R. v. *Nathaniel (Lonsdale)* (1995) 2 Cr. App. R. 565.

⁹⁰⁷ R. v. *Cooke (Stephen)* [1995] 1 Cr. App. R. 318 : même si le prélèvement de l'ensemble de l'échantillon de cheveux n'a pas été autorisé conformément aux sections 63 et 65 du *PACE*, la *Court of appeal* approuve le juge de ne pas avoir exercé son pouvoir discrétionnaire, fondé sur la section 78 du *PACE*, lui permettant d'exclure les éléments de preuve.

section 64 (3), dans sa version applicable à l'époque, ne rend pas inadmissible la preuve issue du second prélèvement ⁹⁰⁸.

2. Le cantonnement prétorien des nullités de l'enquête par le juge français

346. La jurisprudence française s'est parfois appuyée sur la doctrine de la fiabilité, comme le fait le juge anglais, pour fonder l'annulation d'un acte. Par un arrêt en date du 17 mars 1960, la chambre criminelle avait ainsi considéré que les règles concernant la garde à vue (art. 63, 64 et 73 CPP) « ne sont pas prescrites à peine de nullité ». L'inobservation de ces dernières, si elle peut engager la responsabilité pénale des agents, ne saurait, en elle-même entraîner la nullité des actes lorsqu'il n'est pas démontré que la recherche de l'établissement de la vérité « s'en [est] trouvé[e] vicié[e] fondamentalement »⁹⁰⁹. Dans un arrêt de 1962, la cour d'appel de Douai avait pu également décider que des aveux, obtenus lors d'une garde à vue totalement irrégulière, étaient susceptibles de vicier la recherche de la vérité : la garde à vue n'avait pas été notifiée, la personne avait été emmenée sans raison loin de sa région et les heures d'interrogatoire et de repos n'avaient pas été notées dans le procès-verbal⁹¹⁰.

347. Aussi, la doctrine de l'intégrité vient-elle également constituer le fondement implicite de la nullité des provocations policières. Dans un arrêt du 27 février 1996, la chambre criminelle constate ainsi 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 »⁹¹¹.

348. Ces hésitations résultent de la mutation des qualifications entre nullités d'ordre public et nullité d'ordre privé et de l'exclusion prétorienne des nullités d'ordre public du champ d'application de l'article 802 du code de procédure pénale. La chambre criminelle demeure maîtresse de la qualification de la nullité et opère ainsi « un mouvement de

⁹⁰⁸ *Attorney General's Reference (n° 3 of 1999)* [2001] 2 A.C. 91.

⁹⁰⁹ Cass. crim., 17 mars 1960, *Bull. crim.* n° 156 ; *JCP G* 1960, II, 11641, note P. Chambon. Sur cette jurisprudence, voir H. CONCHON, *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire*, L'Harmattan, coll. « Sciences criminelles », Paris, 2002, p. 51.

⁹¹⁰ CA Douai, 12 déc. 1962, *Gaz. Pal* 1963, 1, 407.

⁹¹¹ Cass. crim., 27 févr. 1996, *Bull. crim.* n° 93 ; *JCP* 1996, II, 22629 ; *D.* 1996, 346.

balancier entre privatisation de l'ordre public et publicisation de l'intérêt privé »⁹¹². Une telle position prive ainsi les nullités de leur rôle préventif ou dissuasif, l'absence de certitude de leur prononcé ne dissuadant pas les organes de poursuite de recourir, notamment, à des modes de preuve illégalement obtenues. Comme le relève Patricia Hennion-Jacquet, « les prescriptions légales et les principes généraux du droit sont ainsi relégués au rang de simples recommandations dont la sanction est abandonnée au pouvoir discrétionnaire des magistrats »⁹¹³. Or, « l'exigence d'un grief métamorphose la nature même de la notion de légalité. De sacramentelles, les formalités de la procédure pénale sont devenues fonctionnelles »⁹¹⁴.

349. Les systèmes français et anglais se rapprochent désormais pour offrir à la personne mise en cause un contrôle de la légalité des investigations devant le juge répressif. Toutefois, dans l'un comme dans l'autre système, ce contrôle s'avère défaillant.

§ 2nd UN CONTRÔLE TOUJOURS DÉFECTUEUX

350. Le contrôle opéré par le juge de l'annulation se révèle, au sein des deux systèmes, toujours défectueux. D'une part parce que les conditions dans lesquelles il peut s'opérer viennent toujours restreindre la possibilité d'obtenir une annulation ou une exclusion (A). D'autres part parce que les deux systèmes, tendent à limiter la portée d'une éventuelle annulation (B).

A. Les conditions du contrôle

351. Au sein de chaque système, le contrôle se révèle subordonné à une demande formulée par un plaideur puisque le juge ne peut relever d'office la nullité d'un acte (1). De surcroît, le droit français, à la différence du droit anglais subordonne désormais la demande en nullité à la qualité à agir (2).

⁹¹² P. HENNION-JACQUET, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », art. préc., n° 6.

⁹¹³ *Ibid.*, n° 4.

⁹¹⁴ F. SAINT-PIERRE, « Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : la 'sûreté' des justiciables », *AJ pén.* 2005, p. 177.

1. L'impossibilité pour le juge de relever d'office la nullité

352. Dans les deux systèmes, le juge ne peut relever d'office des moyens de nullités y compris lorsqu'ils sont d'ordre public.

353. En France, outre le fait que le renvoi ordonné par le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction à l'issue d'une instruction préparatoire, purge les nullités et interdit à la cour d'assises d'en connaître, les juridictions correctionnelles ne peuvent soulever d'office les nullités de la procédure⁹¹⁵. L'article 385 du code de procédure pénale dispose en effet que le tribunal correctionnel a « qualité pour constater les nullités des procédures qui lui sont soumises sauf lorsqu'il est saisi par le renvoi ordonné par le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction »⁹¹⁶. En conséquence, la chambre criminelle rappelle régulièrement que le juge correctionnel ne peut relever d'office une nullité, même lorsqu'elle est substantielle ou d'ordre public, sauf si elle concerne la compétence de la juridiction⁹¹⁷.

⁹¹⁵ L'article 181, alinéa 4, du code de procédure pénale dispose que « [l]orsqu'elle est devenue définitive, l'ordonnance de mise en accusation couvre, s'il en existe, les vices de la procédure ». Une solution identique s'impose lorsqu'il en a été fait appel et que la chambre de l'instruction rend un arrêt de mise en accusation (art. 595 CPP). Il en va de même lorsque le tribunal correctionnel ou de police est saisi sur renvoi de la chambre de l'instruction (art. 595 CPP). En revanche, lorsqu'il est saisi par une ordonnance de renvoi du juge d'instruction, le prévenu peut invoquer la nullité de tous les actes d'instruction accomplis postérieurement à son dernier interrogatoire (art. 173-1 et 385, al. 3, CPP).

⁹¹⁶ Nous soulignons. Sur la question du relevé d'office des nullités par le juge pénal du fond, voir O. DE NERVO, « Quelques réflexions sur les moyens soulevés d'office en matière correctionnelle et de police », *JCP G* 1994, I, 100178, spéc. n° 8 ; pour les nullités de la garde à vue, voir P.-J. DELAGE, « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la 'sanction parquetière' », art. préc., p. 138. Sur la possibilité pour le juge de cassation de relever d'office des moyens d'ordre public, voir J. et L. BORE, *La cassation en matière pénale*, Dalloz, coll. « Dalloz action », Paris, 2011, n° 112.91 et s. ; TROUSSE (P.-E.), « Le moyen d'office dans la jurisprudence de la chambre criminelle des cours de cassation de France et de Belgique » in *La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, Paris, 1965, p. 653 et s. ; E. BRUCE, « La Cour de cassation et l'application d'office de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 62/2005, p. 401 et s., spéc. pp. 406-407, qui relève que, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, la quasi-totalité des arrêts qui relèvent d'office le moyen tiré de la violation de la Convention européenne des droits de l'Homme sont rendus par la chambre criminelle et ont trait, pour l'essentiel, au relevé d'office des moyens pris de la violation de la Convention : « Dans le procès pénal, la mission du juge, inquisitoire, est avant tout de protéger l'intérêt public, ce qui laisse place à davantage de dirigisme judiciaire. Rien de tel dans le procès civil, où le principe est celui de la procédure accusatoire, c'est-à-dire principalement conduite par les parties ou leurs représentants, ce qui implique corrélativement une certaine passivité du juge. Ainsi, le relevé d'office du moyen permet au juge pénal de venir au secours des parties lorsque, par ignorance ou en raison d'une argumentation défailante, leurs droits et libertés risquent d'être méconnus ».

⁹¹⁷ Cass. crim., 21 mars 1989, *Bull. crim.* n° 138, à propos de l'appréhension d'une personne en flagrant délit de vol dans un magasin par un agent de surveillance. L'agent s'était borné à adresser son rapport assorti d'une plainte au procureur de la République, lequel avait fait citer cette personne devant le tribunal correctionnel. Les premiers juges, suivis par la cour d'appel, ont annulé la procédure, la cour d'appel énonçant qu'à partir du moment où elle avait commencé par l'appréhension de l'auteur des faits, l'enquête de flagrant délit devait se poursuivre par la conduite de la personne appréhendée devant un officier de police judiciaire et que l'inobservation d'une telle formalité substantielle constitue, par application de l'article 802 du code de procédure pénale, une atteinte aux intérêts de la personne poursuivie entraînant la nullité de cette

Or, si la nature accusatoire de la procédure d'audience anglaise impose une certaine passivité au juge, la nature inquisitoire de la phase de jugement correctionnel devrait au contraire favoriser l'interventionnisme du juge.

2. La subordination, en France, de l'examen de la requête en nullité à la qualité à agir

354. Les systèmes divergent sur ce point : alors que la question de la qualité à agir n'est pas discutée en droit anglais (a), la jurisprudence de la chambre criminelle subordonne désormais la recevabilité de la demande en nullité à la démonstration de la qualité à agir (b).

a. Une question non discutée en Angleterre

355. La section 78 du *PACE* ne distingue pas selon que l'illégalité commise lors du recueil de la preuve, l'a été ou non, à l'encontre de la personne accusée. Comme le relève Ian Dennis, « l'équité qui permet d'exclure une preuve ne se limite pas aux moyens de preuve obtenus de l'accusé » ; la section 78 se réfère seulement à « la preuve sur laquelle la poursuite se propose de se fonder »⁹¹⁸. L'histoire de la section 78 le confirme : lors des débats devant la Chambre des Lords concernant l'amendement Scarman, Lord Hailsham, le *Lord Chancellor* de l'époque, soutint son propre amendement, lequel conférait aux juridictions un pouvoir général d'exclure les preuves, mais seulement les preuves obtenues de l'accusé lui-même. La section 78, qui reprit l'amendement Hailsham, ne reprit cependant pas cette limitation. En conséquence, l'accusé a toujours qualité à agir pour obtenir l'exclusion de la preuve. Il peut ainsi soulever l'illégalité de la preuve recueillie en violation

appréhension ainsi que celle de la procédure subséquente. La chambre criminelle censure la décision : « (...) en relevant d'office en l'absence du prévenu défaillant une prétendue irrégularité tirée de l'enquête de flagrant délit qui, en l'espèce, n'avait pas commencé, les juges ont méconnu le sens et la portée des textes susvisés » ; Cass. crim., 25 févr. 1991, *Bull. crim.* n° 94 : « (...) les juges ne peuvent prononcer la nullité de la citation ou d'un acte de la procédure antérieure que s'il en a été excipé par les parties dans les conditions prévues par ce texte ; (...) cette règle s'applique à toutes les nullités, mêmes substantielles, touchant à l'ordre public à la seule exception de celles affectant la compétence » ; Cass. crim., 14 oct. 1991, *Bull. crim.* n° 341 : « (...) les exceptions tirées de la nullité soit de la citation, soit de la procédure antérieure, doivent, à peine de forclusion, être présentées avant toute défense au fond ; (...) il s'ensuit que les juridictions correctionnelles ne sauraient les relever d'office ». Dans le même sens, Cass. crim., 6 juill. 1993, *Bull. crim.* n° 243, pour la nullité de l'ordonnance de renvoi résultant du défaut de notification du mandat d'arrêt ; Cass. crim., 10 déc. 2003, *Bull. crim.* n° 243, pour la nullité d'une garde à vue ; Cass. crim. 10 oct. 2006, *Bull. crim.* n° 246 ; D. 2006 IR 2752 ; *Procédures* 2007, comm. 45, obs J. Buisson, pour une poursuite du chef de construction sans permis, à propos de l'absence de signature du procès-verbal d'infraction par l'intéressé et de l'absence d'envoi par lettre recommandée avec accusé de réception afin de lui permettre de présenter ses observations sous huitaine.

⁹¹⁸ I. DENNIS, *The Law of Evidence*, *op. cit.*, n° 3.34, p. 94.

des droits d'autrui, mais cette preuve ne sera exclue que si l'admission risque de porter atteinte à l'équité de la procédure.

b. Une question renaissante en droit français

356. L'évolution initiale de la jurisprudence sous la pression de la Cour européenne. La chambre criminelle avait, sur la question de la qualité à agir en nullité, consenti à faire évoluer sa jurisprudence, sous la pression de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, à propos d'écoutes téléphoniques, en dépit d'une condamnation par la Cour Européenne des droits de l'Homme, par l'arrêt *Lambert c/ France* du 24 août 1998⁹¹⁹, la chambre criminelle avait considéré qu'une personne dont les propos avaient été enregistrés sur une ligne qui ne lui appartenait pas ne pouvait agir en nullité⁹²⁰. Un revirement s'opéra cependant, les juges du quai de l'horloge estimant désormais que toute personne dont la conversation a été écoutée a qualité pour contester la régularité de l'opération. Cependant, ce revirement n'était pas absolu puisqu'il maintenait l'impossibilité de réclamer le contrôle de la régularité d'actes accomplis dans une procédure étrangère⁹²¹.

⁹¹⁹ CEDH, Chambre, 24 août 1998, req. n° 88/1997/872/1084, *Lambert c/ France*, §§ 38-40 : dans son arrêt du 27 septembre 1993, la Cour de cassation avait considéré que 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 » et que, dès lors, « les moyens, qui discutent les motifs par lesquels la chambre d'accusation a cru devoir à tort examiner, pour les rejeter, ces exceptions de nullité, sont irrecevables ». Et, pour la Cour européenne, « force est de constater que le raisonnement de la Cour de cassation pourrait conduire à des décisions privant de la protection de la loi un nombre très important de personnes, à savoir toutes celles qui conversent sur une autre ligne téléphonique que la leur. Cela reviendrait d'ailleurs, en pratique, à vider le mécanisme protecteur d'une large partie de sa substance ». Or, tel fut le cas pour le requérant qui n'a pas joui, en l'espèce, de la protection effective de la loi nationale, laquelle n'opère pas de distinction selon le titulaire de la ligne placée sur écoutes (art. 100 et s. CPP). Dès lors, la Cour estime, avec la Commission, que l'intéressé n'a pas bénéficié d'un « contrôle efficace » tel que voulu par la prééminence du droit et apte à limiter à ce qui était « nécessaire dans une société démocratique » l'ingérence litigieuse. Partant, la Cour européenne considère qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

⁹²⁰ Cass. crim., 15 févr. 2000, *Bull. crim.* n° 68, à propos d'une perquisition diligentée sur commission rogatoire au domicile de Z., ayant pour but de sonoriser ledit domicile que X., soupçonné d'être l'auteur du meurtre, était susceptible de fréquenter : « (...) le demandeur ne saurait se faire un grief de ce que la perquisition du 26 décembre 1997, qui ne pouvait avoir d'autres fins que la recherche d'objets utiles à la manifestation de la vérité, était irrégulière, dès lors que seul celui qui en est personnellement victime a qualité pour invoquer une violation des règles de procédure, portant atteinte à l'intimité de la vie privée ».

⁹²¹ Cass. crim., 15 janv. 2003, *Bull. crim.* n° 10, à propos du rejet, par la chambre de l'instruction, d'une requête en nullité de commissions rogatoires diligentant des écoutes téléphoniques dans le cadre d'une information distincte, au motif que le demandeur n'est pas recevable à contester la régularité d'écoutes téléphoniques réalisées sur des lignes dont il n'était ni le titulaire, ni l'utilisateur. Selon la chambre criminelle, « si la chambre de l'instruction s'est déterminée par des motifs erronés, toute personne mise en examen dont les conversations téléphoniques ont été enregistrées et retranscrites ayant qualité, au sens de l'article 171 du code de procédure pénale, pour contester la régularité de ces mesures, la cassation n'est pas pour autant encourue, dès lors qu'il n'appartenait pas à cette juridiction d'apprécier la régularité d'actes de procédure accomplis dans le cadre d'une information étrangère au dossier dont elle était saisie ».

Les juges de Strasbourg ayant à nouveau condamné la France, par l'arrêt, *Matheron c/ France*, 29 mars 2005⁹²², cette solution fut abandonnée⁹²³ et l'abandon fut plusieurs fois confirmé⁹²⁴.

La question demeurait cependant ouverte puisque dans les affaires *Lambert* et *Matheron* à l'origine de cette évolution jurisprudentielle, l'acte en cause n'était pas du tout étranger à ceux qui en contestaient la régularité : dans les deux cas, les requérants conversaient sur une autre ligne téléphonique que la leur, mais c'étaient bien leurs conversations qui étaient en cause. C'est relativement à la régularité d'un contrôle d'identité que la chambre criminelle se prononça. Elle admit ainsi, par un arrêt du 6 septembre 2006, qu'un requérant à la nullité peut invoquer l'irrégularité d'un acte de la procédure concernant matériellement un tiers si cet acte, illégalement accompli, a porté atteinte à ses intérêts et qu'ainsi le requérant pouvait invoquer l'irrégularité du contrôle d'identité de la personne qui l'a dénoncé à la suite de ce contrôle⁹²⁵. Bien que l'acte lui était tout à fait étranger, il pouvait, jugea-t-elle, invoquer l'irrégularité du contrôle dès lors qu'il portait atteinte à ses intérêts.

⁹²² CEDH, 4^{ème} sect., 29 mars 2005, req. n° 57752/00, *Matheron c/ France*, §§ 41-44 : en l'espèce, les écoutes téléphoniques avaient été ordonnées dans le cadre d'une procédure diligentée à Nancy et le requérant était mis en examen par un juge d'instruction de Marseille. Or, dans son arrêt du 6 octobre 1999, la Cour de cassation avait confirmé l'arrêt de la chambre d'accusation selon lequel, d'une part, en sollicitant régulièrement la communication des écoutes litigieuses et en ordonnant leur retranscription, le juge d'instruction n'a fait qu'user des prérogatives que lui confère l'article 81 du code de procédure pénale et, d'autre part, il n'appartient pas à la chambre d'accusation d'apprécier la régularité de décisions prises dans une procédure autre que celle dont elle est saisie, extérieure à son ressort, décisions par ailleurs insusceptibles de recours en application de l'article 100 du code de procédure pénale. Pour la Cour européenne, là encore, « force est de constater que le raisonnement de la Cour de cassation 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, ce qui reviendrait, en pratique, à vider le mécanisme protecteur d'une large partie de sa substance ». Tel fut le cas pour le requérant qui n'a pas joui, en l'espèce, de la protection effective de la loi nationale, laquelle n'opère pas de distinction selon la procédure dans le cadre de laquelle les écoutes ont été ordonnées. Dès lors, la Cour estime que l'intéressé n'a pas bénéficié d'un « contrôle efficace » tel que voulu par la prééminence du droit et apte à limiter à ce qui était « nécessaire dans une société démocratique » l'ingérence litigieuse. Partant, la Cour conclut à une violation de l'article 8 de la Convention.

⁹²³ Cass. crim., 7 déc. 2005, *Bull. crim.* n° 327 (implicit.) : « (...) en [se] prononçant par ces motifs, qui établissent la régularité de l'interception, de l'enregistrement et de la transcription des conversations téléphoniques des demandeurs, la chambre de l'instruction, qui a satisfait, tant aux dispositions de droit interne qu'aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en assurant à William X... et à Jean Y..., s'agissant de l'atteinte à leur vie privée, un contrôle effectif sur la régularité des actes accomplis dans la procédure dont elle a été saisie comme sur celle des actes dépendant d'une procédure distincte, a justifié sa décision » (nous soulignons).

⁹²⁴ Cass. crim., 31 oct. 2006, *Bull. crim.* n° 263 : « (...) si c'est à tort que la chambre de l'instruction a déclaré irrecevable le moyen de nullité, pris de l'irrégularité de la prolongation de la garde à vue de Yuri X..., au seul motif que cet acte concernerait une procédure distincte, l'arrêt attaqué n'encourt cependant pas la censure, la Cour de cassation étant en mesure de s'assurer que le grief invoqué par le requérant à la nullité n'était pas fondé, l'article 706-88 du code de procédure pénale, n'imposant, contrairement à ses allégations, la présentation obligatoire de la personne gardée à vue au juge d'instruction que dans le cas où la première des deux prolongations supplémentaires prévues par cet article est envisagée, à l'issue de quarante-huit heures de garde à vue ».

⁹²⁵ Cass. crim., 6 sept. 2006, *Bull. crim.* n° 208 : à propos de la dénonciation par Y., lors d'un contrôle d'identité, de X. comme étant son fournisseur de produits stupéfiants, ce dernier ayant été mis en examen pour infractions à la législation sur les stupéfiants. La chambre de l'instruction avait écarté le moyen de nullité

Une telle solution mérite entière approbation : le produit de la fonction, c'est-à-dire la preuve recueillie, se détache de la personne à propos de laquelle la procédure a été diligentée et qui a matériellement subie l'opération, pour concerner désormais la personne contre laquelle elle est utilisée. L'opération matérielle d'investigation, que des circonstances subjectives propres à la personne qui l'a subie ont pu justifier, a en effet produit un acte juridique, qui présente un caractère indéniablement objectif puisque opposable à quiconque. Et il convient de bien distinguer cette double dimension dans l'investigation et dans la sanction de l'illégalité commise. Si seul celui qui subit l'opération matérielle illégale peut rechercher, parce qu'il en a seul intérêt, une sanction substantielle par le biais d'une action en responsabilité civile, tous ceux qui se voient opposer le produit de l'opération matérielle ont nécessairement qualité pour agir en nullité de celui-ci, même si seuls ceux qui y ont intérêt devraient pouvoir le faire. La solution de la chambre criminelle revient en réalité à appliquer à la sanction procédurale de la dysfonction les exigences qui s'appliquent à la sanction substantielle de celle-ci.

357. La primauté de la qualité sur l'intérêt à agir dans l'examen de la recevabilité de la requête en nullité de la garde à vue d'un tiers. Un arrêt du 14 février 2012 de la chambre criminelle a cependant marqué, en matière de garde à vue, une forte régression. Au visa des articles 171 et 802 du code de procédure pénale, la chambre criminelle y censure une cour d'appel qui, pour déclarer recevable l'exception de nullité, soulevée par un prévenu, de la garde à vue de son co-prévenu, et y faire droit, avait retenu que lui fait grief l'audition de ce dernier auquel n'a pas été notifié le droit au silence et qui n'a pas bénéficié de l'assistance d'un avocat. La chambre criminelle considère ainsi 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 »⁹²⁶. Le juge de la nullité se voit ainsi rappeler la méthode d'examen des requêtes en nullité à lui présentées – interroger d'abord la qualité à agir du requérant,

soulevé par X. au motif que celui-ci était sans qualité pour invoquer la nullité du contrôle d'identité de Y. dès lors que les formalités qui entourent ce contrôle ne peuvent être contestées que par la personne qui en a fait l'objet. La chambre criminelle censure au visa des articles 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 171 et 802 du code de procédure pénale : « (...) 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 ».

⁹²⁶ Cass. crim., 14 févr. 2012, *Bull. crim.* n° 43 ; *D.* 2012, 779, note H. Matsopoulou ; *ibid.*, 775, concl. D. Boccon-Gibod ; *ibid.*, 2118, obs. J. Pradel ; *AJ pén.* 2012, p. 159, note C. Guéry ; *RSC* 2012, p. 394, obs. D. Boccon-Gibod ; *JCP G* 2012, 341, obs. A. Maron : la chambre criminelle estime en l'espèce que « le demandeur était sans qualité pour se prévaloir de la méconnaissance d'un droit qui appartient en propre à une autre personne ».

puis, en cas d'examen positif, interroger ensuite l'intérêt à agir de celui-ci – et imposer une conception stricte de la qualité à agir – seule la partie qui subit, lors de l'opération matérielle, la violation des formalités substantielles prévues par la loi a qualité pour agir.

Une telle solution peut certes s'appuyer sur des arguments en apparence très solides⁹²⁷. La logique d'abord, en ce que les déclarations, en garde à vue, d'un individu X, ne peuvent être à la merci d'un individu Y, alors que X, peut-être mis en examen lui aussi, n'entend pas les voir disparaître puisqu'estimant que l'irrégularité de sa propre garde à vue ne lui a pas causé de grief. Le texte ensuite, en s'appuyant sur une lecture littérale des articles 171⁹²⁸ et 802⁹²⁹ du code de procédure pénale. Ces textes peuvent en effet être lus comme exigeant l'examen préalable de la qualité à agir en annulation – puisque ces deux textes mentionnent « les intérêts de la partie qu'elle concerne » –, avant de pouvoir constater que cette nullité porte, en outre, atteinte aux intérêts de cette personne.

La doctrine s'interrogeait cependant sur la portée de ce revirement : devait-il être limité à la garde à vue ou fallait-il s'attendre à une extension de la solution aux écoutes téléphoniques, aux contrôles d'identité, etc. ? L'arrêt du 14 février 2012 mentionnait expressément, dans son attendu de principe, la garde à vue, ce qui inclinait plutôt à une lecture stricte de la décision. D'autant qu'elle manifestait la volonté de la chambre criminelle de ne pas ouvrir les vannes à des requêtes en nullité à la suite des soubresauts de sa jurisprudence en la matière.

Un arrêt en date du 23 janvier 2013 avait semblé s'inscrire dans la lignée de la jurisprudence de 2006 et cantonner le revirement à la garde à vue⁹³⁰. Dans cette espèce, un moyen de nullité tiré des conditions d'une opération de captation d'une image y est, selon la chambre criminelle, à bon droit rejeté « dès lors que les demandeurs, ne revendiquant aucun droit sur le box et le véhicule en cause, ne sauraient se prévaloir d'une prétendue atteinte au droit au respect du domicile ou de la vie privée d'un tiers, dont ils ne démontrent pas en quoi elle aurait porté atteinte à leurs intérêts ». La formule utilisée par la chambre criminelle semblait bien signifier que, dans l'hypothèse où la captation d'image ne

⁹²⁷ En faveur d'une telle solution, voir les arguments avancés par C. GUERY, « Nullité de procédure portant indirectement atteinte aux intérêts du requérant : état des lieux », *D.* 2014, p. 1460.

⁹²⁸ Aux termes duquel : « Il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ».

⁹²⁹ Aux termes duquel : « 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 ».

⁹³⁰ Cass. crim., 23 janv. 2013, *Bull. crim.* n° 29.

concerne pas un bien sur lequel les demandeurs ont des droits, ils pourraient se prévaloir d'une atteinte au droit au respect du domicile ou de la vie privée d'un tiers, pourvu que la captation ait porté atteinte à leurs intérêts.

358. *L'extension de la primauté de la qualité à agir à l'examen de la recevabilité de la requête en nullité d'une sonorisation de l'appartement d'un tiers.* Cependant, un arrêt du 26 juin 2013 a constitué une nette réfutation de cette analyse en paraissant étendre la solution donnée en février 2012 en matière de garde à vue, à une opération de sonorisation. Dans cette espèce, deux personnes, M. X et M. Y, mises en examen, notamment pour vol avec arme en bande organisée, par un juge d'instruction de Lille, ont excipé de l'irrégularité, au regard de l'article 706-96 du code de procédure pénale, de l'ordonnance d'un autre juge d'instruction ayant autorisé puis prolongé la sonorisation de l'appartement d'un tiers dans une information distincte ouverte à Senlis pour trafic de stupéfiants. Les actes en cause avaient été versés dans le dossier d'instruction de Lille. Au soutien de leurs requêtes en nullité, ils invoquaient l'absence d'avis préalable du procureur de la République lors de l'autorisation de la sonorisation et du renouvellement de celle-ci. Ils invoquaient par ailleurs leur impossibilité de contrôler un dépassement des limites de sa saisine par ce magistrat instructeur. La cour d'appel rejeta leurs requêtes, au motif principal qu'en mentionnant la date des réquisitions du parquet au jour où elles ont été délivrées, les ordonnances confirment l'existence d'une simple erreur et ont ainsi procédé à la rectification de celle-ci en écartant toute ambiguïté tant sur l'objet que sur la datation de l'acte du parquet, lequel était préalable à l'autorisation de la sonorisation. Le problème posé à la chambre criminelle était le suivant : une personne mise en examen, requérante à la nullité, peut-elle invoquer l'irrégularité d'une opération de sonorisation de l'appartement d'un tiers alors que ses conversations n'ont pas été captées ? La chambre criminelle répond par la négative et approuve les motifs du rejet de l'exception de nullité, considérant que « dès lors que les deux personnes mises en examen, qui n'étaient titulaires d'aucun droit ni titre sur l'appartement en question et dont les conversations n'ont pas été captées, ne sauraient prétendre avoir subi une atteinte à l'un des droits protégés par l'article 706-96 du code précité, dont elles invoquent la violation, l'arrêt attaqué n'encourt pas les griefs allégués aux moyens ». Ainsi, parce que les demandeurs n'avaient aucun droit ni titre sur l'appartement sonorisé et que les conversations captées n'étaient pas les leurs, ils ne sauraient prétendre avoir subi une atteinte à leurs droits, sans qu'il y ait lieu d'examiner si les conditions de captation de ces conversations ont porté atteinte à leurs intérêts. L'arrêt

semble bien refléter un mouvement d'extension du revirement opéré en 2012 à propos de la garde à vue à d'autres hypothèses. La chambre criminelle a par la suite confirmé cette tendance dans des décisions du 18 décembre 2013⁹³¹, du 11 février 2014⁹³² et du 15 octobre 2014⁹³³. Dès lors, chaque fois que l'acte concerné par la demande d'annulation ne concerne pas directement le demandeur mais un tiers, celle-ci sera vraisemblablement écartée pour défaut de qualité à agir.

359. Une interprétation grammaticale erronée articles 171 et 802 du code de procédure pénale. Une telle solution constitue une importante régression des droits de la défense, et les arguments avancés pour justifier la décision du 14 février 2012 en matière de garde à vue ou la solution du 11 février 2014 en matière d'audition de témoins ne sont pas transposables pour justifier la solution posée par l'arrêt du 26 juin 2013. Celui qui a été entendu lors d'une garde à vue ou d'une audition irrégulière a participé à l'acte et le tiers mis en cause, demandeur à la nullité, n'est pas concerné directement par cet acte. Et il peut apparaître difficile d'admettre qu'il puisse faire annuler et donc disparaître de la procédure un acte auquel le gardé à vue ou la personne auditionnée a participé activement et dont elle

⁹³¹ Cass. crim., 18 déc. 2013, *Bull. crim.* n° 264 ; *D.* 2014, 146, obs. B. Bouloc ; *RSC* 2014, p. 136, obs. J. Danet. En l'espèce, des policiers en patrouille avaient découvert sur le parking extérieur et non clos d'une résidence un véhicule muni de doubles plaques d'immatriculation et qui s'est, après vérifications, révélé être un véhicule volé. Une enquête de flagrance fut ouverte et les fonctionnaires mirent en place un dispositif de surveillance physique et par caméra du véhicule. L'un des requérants en contestait la régularité. La chambre criminelle rejette ce moyen, « dès lors que le demandeur, [qui n'est pas] titulaire [d'un] droit sur le parking extérieur où stationnait le véhicule volé et [qui n'a] pas été identifié sur les images de la vidéosurveillance dont celui-ci a fait l'objet, ne saurait se prévaloir d'une prétendue atteinte au droit au respect du domicile ou de la vie privée que les dispositions légales et conventionnelles invoquées au moyen ont pour but de protéger, et dont il ne démontre pas en quoi elle aurait porté atteinte à ses intérêts ».

⁹³² Cass. crim., 11 févr. 2014, *Bull. crim.* n° 38. Dans cette espèce, un individu avait soulevé la nullité de l'audition de deux témoins effectuée sans que leur droit de quitter les locaux de police ne leur ait été notifié, en méconnaissance de la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel le 18 novembre 2011 à propos de l'application de l'article 62 du code de procédure pénale. La chambre de l'instruction s'était placée sur le terrain des griefs, en estimant que l'audition du premier témoin ne faisait pas grief au requérant au sens des articles 171 et 802 du code de procédure pénale, mais qu'il n'en était pas de même pour la première audition du second témoin. La chambre criminelle opère une substitution de motifs : « (...) 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 ».

⁹³³ Cass. crim., 15 oct. 2014, *Bull. crim.* n° 208 ; *RSC* 2014, p. 797, obs. D. Boccon-Gibod ; *Dalloz actualité*, 7 nov. 2014, obs. S. Anane. Dans cette espèce, une personne mise en examen, notamment pour meurtre aggravé en bande organisée, se plaignait de ce qu'il avait été recouru, sur instructions du procureur de la République, à la géolocalisation d'un véhicule volé conduit par un membre de la bande. Elle dénonçait ce fait comme constitutif d'une atteinte à l'intimité de la vie privée, ce qui devait, selon elle, entraîner la nullité de la procédure. La chambre criminelle répond que « la pose d'un procédé de géolocalisation à l'extérieur d'un véhicule volé et faussement immatriculé est étrangère aux prévisions de l'article 8 § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme ». Comme le relève Didier Boccon-Gibod, « c'est une autre manière de dire qu'en l'espèce, si un problème de protection de la vie privée pouvait se poser, ce pouvait être en faveur du propriétaire légitime du véhicule mais certainement pas de son voleur ».

ne souhaite pas contester la validité. S'il peut ainsi être admis que la garde à vue ou l'audition de X ne concerne pas Y, c'est bien parce X a été acteur de sa garde à vue ou de son audition, qu'il sait comment elle s'est déroulée et qu'il peut ne pas vouloir poursuivre son annulation. Il pourrait, dès lors, être soutenu que la personne gardée à vue ou auditionnée est seule fondée à discuter de la régularité d'un acte qui la touche. Cependant, même si cet argumentaire tend à confondre conditions de la sanction substantielle et conditions de la sanction procédurale de la dysfonction, l'hypothèse de la sonorisation est tout autre. Ici, le propriétaire ou l'occupant légal du véhicule ou de l'appartement sonorisé n'a pas, par hypothèse, été acteur de la mesure : il l'a nécessairement ignoré. Et il ne sera peut-être pas mis en cause dans l'affaire pour laquelle cette mesure a été ordonnée. Pas plus d'ailleurs que ceux qui ont été ainsi écoutés et qui, par leurs conversations, aboutissent à la mise en cause du demandeur à la nullité. Et si l'on suit le raisonnement de la chambre criminelle dans le présent arrêt, il est des cas où aucune partie privée ne peut être en situation de faire contrôler les conditions de mise en œuvre de ces mesures d'exception alors même qu'elles seront peut-être déterminantes dans la décision au fond. De surcroît, la formule commune aux articles 171 et 802 du code de procédure pénale – l'exigence qu'il ait été porté « atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne » ne suffit pas à justifier le raisonnement de la chambre criminelle. Une lecture littérale pourrait, on l'a vu, laisser penser que cette expression implique la nécessaire vérification d'une qualité à agir et le cantonnement de cette qualité à ceux qui sont directement concernés par l'acte contesté. En réalité, l'article 802 du code de procédure pénale doit être lu comme impliquant que la nullité ne peut être prononcée que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle [cette nullité ou cette irrégularité] concerne. Et l'article 171 doit être lu selon la même logique grammaticale : la nullité ne peut être prononcée que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle [la méconnaissance d'une formalité substantielle] concerne. Le sens de ces textes est alors tout différent : la ou les parties concernées par la nullité sont celles contre qui sont utilisées des retranscriptions de sonorisations effectuées dans des conditions irrégulières⁹³⁴.

360. Une interprétation dénaturant la distinction nullités d'ordre public-nullités d'ordre privé. D'une part, la solution peut être considérée comme marquant un retour à la distinction des nullités d'ordre public et d'ordre privé. Or, il n'est pas certain que le

⁹³⁴ En ce sens, J. Danet, obs. préc. sous Cass. crim., 18 déc. 2013.

classement de la violation des formalités substantielles relatives aux opérations de sonorisation parmi les nullités d'ordre privé soit légitime. En effet, au-delà de la protection de la vie privée des personnes qui font l'objet de telles investigations, c'est une question générale de protection des libertés publiques qui est en cause. Les rapports entre police et justice que les dispositions de l'article 706-96 du code de procédure pénale organisent ne relèvent-ils pas de la nécessaire protection des libertés publiques ? D'autre part, il apparaît discutable que le non-respect de formalités substantielles relatives à des procédures d'exception ne puisse être sanctionné parce qu'on en viendrait à considérer finalement que ces formalités ne concernent, sinon personne, en tout cas personne qui soit à la procédure, quand bien même elles porteraient évidemment atteinte aux intérêts d'une partie privée à la procédure. Même la notion de nullité d'ordre privé ne justifie pas une telle privatisation de la qualité à agir : le respect des procédures de sonorisation ne se ramène pas à la protection des droits du propriétaire et du locataire.

B. La portée du contrôle

361. La portée du contrôle opéré par le juge de l'annulation se révèle également déficiente. Techniquement, parce que les jurisprudences soit refusent de tirer les conséquences de l'annulation, soit s'efforcent de cantonner les effets de celle-ci (1). Ethiquement, parce que le contrôle est opéré durant la phase de jugement et que le juge de l'annulation se trouve être également juge de la culpabilité (2).

1. La portée technique : la divergence apparente des systèmes sur la portée de l'irrégularité

362. Les systèmes semblent, en apparence, diverger quant à la question des effets de la nullité qui serait prononcée : le système français applique en effet la doctrine de l'acte « support nécessaire » (b), le système anglais rejette, de son côté, la doctrine du « fruit de l'arbre empoisonné » (a). Pourtant, en réalité, chacun des systèmes s'efforce de cantonner les effets de la théorie qu'il consacre.

a. Le rejet de la doctrine du « fruit de l'arbre empoisonné » par le juge anglais

363. *Le rejet de la doctrine du « fruit of the poisonous tree ».* Malgré l'évolution du contrôle du juge dans le sens d'une plus grande fermeté dans le respect des dispositions

légales, le juge anglais se refuse toujours à rejeter « le fruit de l'arbre empoisonné » (*fruit of the poisonous tree*)⁹³⁵. Il considère comme admissibles des éléments de preuve découverts par le recueil illicite d'un premier élément de preuve. Il se refuse ainsi à exclure les preuves subséquentes à une première illicéité. Le rejet de cette doctrine fut posé dans l'affaire *Warickshall*, dans laquelle la preuve de la découverte de biens volés dans le lit du défendeur fut considérée comme admissible, alors même que l'aveu grâce auquel cette découverte put avoir lieu ne le fut pas. Nares J. soutint que la preuve « obtenue à la suite d'un aveu extorqué » doit être reçue si elle est « prouvée entièrement et de manière satisfaisante, sans qu'il soit besoin d'appeler à l'aide une quelconque partie de l'aveu »⁹³⁶.

364. La consécration légale partielle du rejet de cette doctrine. Ce rejet de la doctrine du fruit de l'arbre empoisonné est d'ailleurs consacré légalement par la section 76 (4) du *PACE*, à propos des preuves fondées sur un aveu illégalement obtenu. Cependant, cette doctrine ne s'applique pas, en théorie sur le fondement de la section 78, et le juge peut déclarer inadmissible les preuves subséquentes à une première illégalité. Mais le juge se montre relativement libéral dans son appréciation⁹³⁷.

b. La consécration de la théorie de l'acte « support nécessaire » par le juge français

365. La consécration prétorienne de l'approche causaliste résultant de la théorie de l'acte « support nécessaire ». Garraud avait admirablement présenté cette théorie en comparant la procédure à une chaîne « dont les anneaux se soudent les uns aux autres, et dans laquelle, un anneau intermédiaire venant à manquer, il y a destruction, non seulement de cet anneau, mais des anneaux qui suivent » : si aucun lien n'existe entre les actes, « s'il n'y a aucune cohérence entre les diverses formalités qui se succèdent, la nullité affecte l'acte qu'elle entache, mais rien de plus, laissant à chacun des actes subséquents son existence et sa validité propres »⁹³⁸. La chambre criminelle fait sienne cette théorie de l'« acte support nécessaire », bien que les textes ne l'imposent pas. Ainsi, l'article 174, alinéa 2, du code de

⁹³⁵ Pour une approche comparatiste de la doctrine du fruit de l'arbre empoisonné, voir S. C. THAMAN, « Fruits of the Poisonous Tree in Comparative Law », (2010) 16 *Sw. J. Int'l L.* 333 ; également, sous la direction du même auteur, *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Springer, Dordrecht, Heidelberg, New-York et Londres, 2013.

⁹³⁶ *R. v. Warickshall*, préc. Sur cette décision, voir J. H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, *op. cit.*, p. 228.

⁹³⁷ *R. v. Cooke (Stephen)*, préc.

⁹³⁸ GARRAUD (R), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome III, *op. cit.*, n° 1098, pp. 425-426.

procédure pénale se contente d'indiquer que « 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 l'article 206, alinéa 2, du code de procédure pénale de préciser que, si la chambre de l'instruction « découvre une cause de nullité, elle prononce la nullité de l'acte qui en est entaché, et s'il y échet, celle de tout ou partie de la procédure ultérieure »⁹³⁹. La chambre criminelle de la Cour de cassation vérifie que la juridiction a bien recherché si l'annulation devait être étendue à d'autres actes, imposant ainsi à celle-ci de se livrer à une recherche de la causalité existant entre les actes⁹⁴⁰. Toutefois, elle déduit de ces dispositions qu'il appartient à la juridiction d'apprécier souverainement, au vu des éléments du dossier, les actes et pièces qui sont viciés et qui doivent être annulés⁹⁴¹. Il s'agit donc d'une nullité par « contagion »⁹⁴², par « rapport de subséquence »⁹⁴³.

366. L'interprétation stricte de l'acte « support nécessaire ». La jurisprudence rejette une approche seulement chronologique de l'annulation : l'antériorité de l'acte vicié est nécessaire, mais insuffisante pour obtenir l'annulation des actes qui lui sont postérieurs. Ainsi, si l'acte vicié est postérieur à d'autres actes valables, la nullité ne saurait affecter les actes antérieurs. Mais si l'acte vicié est antérieur, cela ne signifie pas que les actes

⁹³⁹ Avant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, l'article 170, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale prévoyait toutefois que les dispositions prescrites aux articles 114 et 118 dudit code, relatives aux formalités de l'interrogatoire de l'inculpé et de l'audition de la partie civile, devaient « être observées, à peine de nullité tant de l'acte lui-même que de la procédure ultérieure ».

⁹⁴⁰ Cass. crim., 4 juin 1969, *Bull. crim.* n° 186 : « (...) en s'abstenant de procéder à l'examen complet de tous les actes de la procédure, de rechercher fut-ce d'office, quels étaient ceux d'entre eux qui étaient susceptibles d'être frappés de nullité, au même titre que les autres, comme dérivant des actes de saisies entachés de nullité, et, le cas échéant, d'en prononcer l'annulation, la chambre d'accusation de la cour d'appel d'Angers n'a pas donné de base légale à sa décision ».

⁹⁴¹ Cass. crim., 15 avr. 1991, *Bull. crim.* n° 179, à propos de l'annulation d'écoutes de conversations téléphoniques entre un avocat et ses clients. Les demandeurs soutenaient que la cour d'appel ne pouvait, sans violer le principe du respect des droits de la défense et les articles 81 et 151 du code de procédure pénale, refuser d'étendre la nullité à l'ensemble de la procédure ultérieure à ces écoutes au seul motif qu'aucun acte subséquent n'y faisait référence, sans rechercher si, malgré l'absence de référence explicite, les conversations enregistrées avaient eu une influence sur le cours de la procédure. La chambre criminelle considère que la cour d'appel a justifié sa décision d'annuler les procès-verbaux de transcription de conversations téléphoniques enregistrées par écoutes au mépris des droits de la défense et d'avoir limité cette annulation aux actes viciés en relevant qu'aucun acte subséquent de la procédure ne leur faisait référence ; Cass. crim., 6 mai 1996, pourvoi n° 96-80.686 ; *Procédures* 1996, comm. 302, obs. J. Buisson : « (...) il ressort de l'arrêt attaqué qu'après avoir jugé irrégulière la perquisition effectuée par la police au domicile de l'intéressé, hors la présence de celui-ci, les juges ont annulé le procès-verbal qui en rendait compte ainsi que tous les actes de l'enquête et de l'instruction, dont ils ont dressé la liste, qui en procédaient ; (...) en l'état de ces constatations, dont il se déduit que les juges ont recherché si l'annulation qu'ils prononçaient devait s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure, et dès lors que les chambres d'accusation apprécient souverainement, au vu des éléments du dossier, les actes ou pièces qui s'avèrent viciés, l'arrêt n'encourt pas les griefs allégués ».

⁹⁴² M. GUERRIN, « Nullités de procédure », fasc. préc., n° 179.

⁹⁴³ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 2338, p. 1232.

postérieurs seront nécessairement annulés. La jurisprudence retient une conception stricte du rapport de causalité : celle-ci doit être nécessaire. Elle considère que les actes ultérieurs ne doivent être annulés que si les actes viciés constituent le préalable nécessaire de ces derniers, ou si les actes ultérieurs trouvent leur support nécessaire dans les actes viciés⁹⁴⁴. Ainsi, il résulte des dispositions des articles 174 et 802 du code de procédure pénale que « lorsqu'une irrégularité constitue une cause de nullité de la procédure, seuls doivent être annulés les actes affectés par cette irrégularité et ceux dont ils sont le support nécessaire »⁹⁴⁵, que « ne sont nuls que les actes qui procèdent d'actes dont la nullité a été prononcée »⁹⁴⁶. Ainsi, la retranscription d'une conversation téléphonique tenue entre un avocat et son client n'est possible que si elle permet de faire présumer la participation de cet avocat à une infraction. Dans une affaire où le contenu de cette retranscription a permis de localiser le client concerné, la chambre criminelle considère que cette retranscription constitue le support nécessaire de l'interpellation, du placement en garde à vue et des auditions du client au cours de cette mesure. Partant, l'annulation subséquente de ces actes est justifiée⁹⁴⁷. De même, les auditions d'un gardé à vue après qu'il a sollicité la présence d'un avocat sont nulles et la nullité s'étend aux actes dont les auditions étaient le support nécessaire⁹⁴⁸. En revanche, l'annulation ne saurait s'étendre à des actes qui ne procèdent pas des actes annulés⁹⁴⁹.

⁹⁴⁴ Cass. crim., 26 mai 1999, *Bull. crim.* n° 106, à propos de l'annulation des pièces relatives à une garde à vue, la chambre d'accusation ayant refusé d'étendre cette annulation aux actes subséquents. Selon la chambre criminelle, « en statuant ainsi, les juges ont justifié leur décision sans encourir les griefs allégués, dès lors qu'aucune déclaration de X... n'ayant été consignée au cours de sa garde à vue, le juge d'instruction, pour ordonner sa mise en examen et son placement en détention et pour procéder aux actes subséquents, n'a pu se fonder que sur les pièces du dossier antérieures à celles annulées ; (...) par ailleurs, le fait que l'intéressé ait été conduit devant le magistrat instructeur à l'issue d'une procédure de garde à vue irrégulière ne peut être de nature à affecter la régularité de sa mise en examen et de son placement en détention ainsi que des actes subséquents, dès lors que la garde à vue n'est pas le préalable nécessaire à ces mesures » ; Cass. crim., 23 juin 1999, *Bull. crim.* n° 149 ; *Procédures* 2000, comm. 22, obs. J. Buisson : « (...) la mise en examen de X..., son placement en détention provisoire et les actes subséquents accomplis par le juge d'instruction n'avaient pas comme support nécessaire la dernière page du procès-verbal de garde à vue annulée » ; Cass. crim., 26 janv. 2000, *Bull. crim.* n° 46 ; *JCP G* 2000, IV, 1603, *a contrario* : « (...) en l'état de ces énonciations, dont il résulte que les juges, après examen des éléments du dossier, ont souverainement apprécié que la mise en examen et le placement en détention, dont la garde à vue n'est pas le préalable nécessaire, ont trouvé leur support dans d'autres actes que ceux entachés de nullité, ainsi que la Cour de Cassation est en mesure de s'en assurer, la chambre d'accusation a justifié sa décision ».

⁹⁴⁵ Cass. crim., 3 avr. 2007, *Bull. crim.* n° 104.

⁹⁴⁶ Cass. crim., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-83.012.

⁹⁴⁷ Cass. crim., 17 sept. 2008, *Bull. crim.* n° 191.

⁹⁴⁸ Cass. crim., 14 déc. 2011, *Bull. crim.* n° 256 ; *AJP* 2012, p. 170, obs. J. Gallois.

⁹⁴⁹ Cass. crim., 31 oct. 2012, pourvois n° 11-84.551, 12-85.642 et 12-85.643, à propos de l'annulation de deux ordonnances de commission d'experts pour violation des formalités de l'article 161-1 du code de procédure pénale, la cour d'appel ayant dressé la liste des actes et pièces dont elle a estimé qu'ils avaient pour support nécessaire les expertises irrégulières ou qu'ils s'y référaient, les a annulés et a ordonné des cancellations. Selon la chambre criminelle, « dès lors que l'annulation ne saurait s'étendre à des actes qui ne procèdent pas des actes annulés, la chambre de l'instruction a justifié sa décision au regard des dispositions de l'article 174 du

Antériorité, nécessité, et désormais unicité. La jurisprudence exige en effet que le rapport de causalité soit unique. Lorsqu'un acte ou une pièce en relation directe avec un acte annulé a un autre support dans la procédure, son annulation est évitée et les juges du fond sont tenus de rechercher si les actes ou pièces postérieurs en lien avec l'acte annulé ne trouvent pas leur support dans des actes régulièrement accomplis⁹⁵⁰. La jurisprudence cantonne ainsi les effets de la nullité afin que les poursuites puissent prospérer. La jurisprudence récente confirme cette tendance⁹⁵¹. Ainsi, la nullité de procès-verbaux d'auditions effectuées en garde à vue et des pièces dont elles étaient le support nécessaire n'affecte pas le procès-verbal d'interrogatoire de première comparution⁹⁵² ni le procès-verbal de comparution immédiate qui est fondé sur d'autres éléments de preuve valablement recueillis lors de l'enquête⁹⁵³. La chambre criminelle approuve une cour d'appel d'avoir considéré que si la nullité des auditions réalisées durant la garde à vue est encourue faute de notification du droit de se taire et de l'assistance d'un avocat, une telle annulation n'affecte pas la convocation par un officier de police judiciaire sur instruction du procureur de la République devant le tribunal correctionnel qui « constitue un acte distinct de la garde à vue qui n'est pas atteint par les irrégularités qui peuvent affecter la mesure coercitive »⁹⁵⁴. Par ailleurs, la chambre criminelle écarte la nullité au moyen de la force probante en

code de procédure pénale ».

⁹⁵⁰ Cass. crim., 26 janv. 2000, préc. : la garde à vue peut ne pas constituer le préalable nécessaire à la mise en examen et à la détention provisoire. En l'espèce, la chambre criminelle approuve les juges d'appel qui, « après examen des éléments du dossier, ont souverainement apprécié que la mise en examen et le placement en détention, dont la garde à vue n'est pas le préalable nécessaire, ont trouvé leur support dans d'autres actes que ceux entachés de nullité ». Voir également, Cass. crim., 15 oct. 2003, *Bull. crim.* n° 193 : la garde à vue peut ne pas constituer le préalable nécessaire à la citation devant le tribunal correctionnel. La chambre criminelle casse l'arrêt qui, après avoir constaté la nullité de la garde à vue, annule toute la procédure subséquente, au motif que « les juges étaient tenus de rechercher si les actes postérieurs à la prolongation de la garde à vue accordée le 18 novembre, à 9h30, par le procureur de la République, ainsi que la citation devant le tribunal correctionnel, ne trouvaient pas leur support dans des actes régulièrement accomplis ». Dans le même sens, Cass. crim., 12 avr. 2012, pourvoi n° 11-87.667 : la garde à vue peut ne pas constituer le support nécessaire de la comparution immédiate devant le tribunal correctionnel ; Cass. crim., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-87.388 : la garde à vue peut ne pas constituer le support nécessaire de la convocation par officier de police judiciaire devant le tribunal correctionnel.

⁹⁵¹ En ce sens, C. LARONDE-CLERAC, « La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale », *Dr. pén.* 2013, étude 9.

⁹⁵² Cass. crim., 10 oct. 2012, pourvoi n° 12-84.933 : « (...) la chambre de l'instruction a souverainement analysé les pièces de la procédure pour en déduire que la nullité des procès-verbaux d'auditions du prévenu en garde à vue n'affectait pas le procès-verbal d'interrogatoire de première comparution dont ces actes n'étaient pas le support nécessaire ».

⁹⁵³ Cass. crim., 16 mai 2012, pourvoi n° 11-85.874 : « (...) après avoir fait droit à la demande d'annulation des procès-verbaux d'audition de M. X... lors de sa garde à vue, l'arrêt attaqué, pour écarter le moyen de nullité du procès-verbal de comparution immédiate, retient que cet acte est fondé sur les autres éléments de preuve valablement recueillis lors de l'enquête ; (...) en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que la saisine du tribunal correctionnel ne pouvait être affectée par l'annulation des auditions du prévenu, qui n'en étaient pas le support nécessaire, la cour d'appel a justifié sa décision ».

⁹⁵⁴ Cass. crim., 18 sept. 2012, pourvoi n° 12-80.526.

considérant que le prévenu « ne saurait se faire grief de ce que les procès-verbaux de ses auditions n'aient pas été annulés dès lors que la Cour de cassation est en mesure de s'assurer que, pour le déclarer coupable, la cour d'appel ne s'est pas fondée sur ses déclarations recueillies en garde à vue »⁹⁵⁵.

2. La portée éthique : un contrôle effectué par le juge de la culpabilité

367. Tant en Angleterre (a) qu'en France (b), c'est le juge de la culpabilité qui se trouve être juge de la régularité, excepté devant la *Crown court* ou devant la cour d'assises. Or, il n'est pas illégitime de s'interroger sur la compatibilité de ces deux fonctions : comment le juge qui aurait accueilli la nullité d'un acte peut-il, lorsqu'il lui revient d'apprécier la culpabilité de l'individu, s'abstraire de la connaissance du contenu de l'acte irrégulier ?

a. Le système anglais

368. *L'impartialité du jury devant la Crown court.* Devant la *Crown court*, où le procès s'organise sur la base d'une scission du fait et du droit, le juge demeure le gardien de la régularité de la procédure. A ce titre, lui incombe la fonction de superviser le procès et, notamment, de déterminer si un mode de preuve est admissible et, le cas échéant, si celui-ci peut être présenté au jury. Le juge agit ainsi comme un « filtre préliminaire », chargé de déterminer l'admissibilité d'une preuve. Dans la plupart des cas, la décision relative à l'admissibilité d'un mode de preuve est simple. Parfois, le juge devra tenir une audience parallèle en présence des parties et de leur conseil, mais d'où le jury est exclu⁹⁵⁶. Ce « *voir dire* » permet de préserver l'impartialité du jury, qui n'aura pas connaissance du mode de preuve en question si d'aventure il est considéré comme irrecevable. Si la preuve est considérée comme recevable, il appartiendra au jury de déterminer le poids qu'il convient

⁹⁵⁵ Cass. crim., 7 févr. 2012, *Bull. crim.* n° 37, et Cass. crim., 6 mars 2012, *Bull. crim.* n° 60.

⁹⁵⁶ Le défendeur bénéficie d'ailleurs d'une protection particulière durant le *voir dire*. Voir ainsi, *Wong Kam-Ming v. R.* [1980] A.C. 247. Dans cette affaire, le défendeur, M. W., avait reconnu avoir été présent sur la scène de crime et avoir attaqué la victime avec un couteau. Son avocat invoqua l'irrecevabilité de cette déclaration lors d'un *voir dire* au cours duquel le défendeur reconnut à nouveau les faits. Le juge déclara cependant l'aveu irrecevable. Au procès, le poursuivant contre-interrogea M. W. sur les différences existant entre les déclarations faites devant le jury et celles faites durant le *voir dire*. Le *Privy Council* considéra le procédé comme inadéquat mais admit qu'il aurait été possible de contre-interroger le défendeur et d'utiliser ses déclarations lors du *voir dire* si le juge avait déclaré l'aveu admissible. Dans le même sens, *R. v. Brophy (Edward Manning)* [1982] A.C. 476.

de lui accorder. Cependant, rien n'interdit à la défense, après le *voir dire* et le rejet de l'exclusion de la preuve par le juge, de soutenir les mêmes arguments devant le jury⁹⁵⁷.

En théorie, donc, la procédure du *voir dire* permet de préserver le jury de la connaissance d'une preuve irrecevable. Cependant, en pratique, des problèmes se posent, notamment lorsque l'irrecevabilité a trait à l'un des témoins de la poursuite, très souvent le témoignage de l'officier de police ayant recueilli la preuve. Dans la mesure où, au cours du *voir dire*, la défense développera son argumentaire et contre-interrogera l'officier de police devant le juge, l'effet de surprise ne pourra plus jouer devant le jury si l'exclusion de la preuve n'est pas retenue à l'issue du *voir dire*. L'officier de police aura en quelque sorte bénéficié d'une « répétition, qui pourra grandement améliorer son comportement et ainsi renforcer le poids de la preuve devant le jury »⁹⁵⁸. Il y a donc là une question tactique : la défense peut décider de fournir au juge, lors du *voir dire*, les raisons qui font douter de la fiabilité de la preuve pour essayer d'obtenir l'irrecevabilité, ou préférer, pour ne pas en informer le poursuivant, et bénéficier d'un effet de surprise, attendre le procès pour développer son argumentaire. Le risque étant bien sûr de permettre que soit présentée au jury une preuve éventuellement irrecevable. Avant l'entrée en vigueur du *PACE*, les juridictions avaient admis un tel procédé⁹⁵⁹. Cependant, puisque la section 76 (2) du *PACE* dispose que, dans l'hypothèse où une confession a été recueillie d'une manière qui impose qu'elle soit exclue, la cour « ne doit pas autoriser » que la confession soit produite, il semblait raisonnable de considérer que le juge a désormais l'obligation d'instituer un *voir dire* dès que l'admissibilité d'une telle confession est discutée. Ce ne fut toutefois pas l'avis de la *Court of appeal* qui, dans l'affaire *Sat-Bhambra* de 1988, considéra qu'un accusé souhaitant obtenir l'exclusion d'une confession devait en faire la demande avant que la confession ne soit discutée devant le jury⁹⁶⁰.

369. La problématique de l'impartialité de la magistrates' court. L'une des particularités du système britannique est de dénier toute compétence au juge de l'enquête préliminaire pour apprécier la validité d'une preuve. Conformément à la section 78 (3) du *PACE*, les règles d'exclusion prévues par la section 78 ne s'appliquent pas devant la *magistrates' court* lorsque celle-ci « enquête sur une infraction en qualité d'*examining justice* ».

⁹⁵⁷ En ce sens, *R. v. Murray (Michael)* (1951) 1 K.B. 391.

⁹⁵⁸ P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, *op. cit.*, n° 3.2.1, p. 41.

⁹⁵⁹ Voir ainsi, *Ajodha & others v. Trinidad and Tobago* [1982] A.C. 204.

⁹⁶⁰ *R. v. Sat-Bhambra (Ajit Singh)* (1989) 88 Cr. App. R. 55 : une fois que le juge a décidé que la preuve de l'aveu pouvait être produite devant le jury, la section 76 (2), ainsi que la section 78 du *PACE*, cessent de recevoir application.

En conséquence, la mise en œuvre des règles d'exclusion ne peut avoir lieu devant le *Justice of the peace* agissant en tant qu'*examining magistrate*, c'est-à-dire lorsque celui-ci détermine s'il existe une *prima facie case* préalablement au renvoi devant la *Crown court*.

Pour les affaires qui sont, au fond, de la compétence de la *magistrates' court*, le problème de l'exclusion de la preuve soulève la question de la célérité et de l'impartialité de la procédure. Quant à la célérité, si, la plupart du temps, le demandeur qui excipe de l'irrecevabilité d'une preuve se contente d'une présentation rapide du motif d'irrecevabilité, sans rentrer dans le détail du contenu de la preuve discutée, il est cependant souvent nécessaire de présenter plus longuement celui-ci puisque la section 78 impose au juge de prendre en compte toutes les circonstances de l'affaire. Or, le recours à la procédure du *voir dire* demeure discuté en jurisprudence. Si, dans l'affaire *F (An infant) v. Chief Constable of Kent* de 1982⁹⁶¹, la *Divisional Court* considéra que le recours à la procédure de *voir dire* est inadéquate devant la *magistrates' court* et ne devrait par conséquent jamais être utilisée, cette même *Divisional Court* considéra, dans l'affaire *Liverpool Juvenile Court, ex parte R* de 1988, que la *magistrates' court* devait recourir au *voir dire* lorsqu'une demande d'exclusion lui est présentée sur le fondement de la section 76 (2) du *PACE*⁹⁶². Quant à l'impartialité, particulièrement lorsque la preuve dont la recevabilité est discutée constitue un aveu, la *Court of appeal* suggéra, dans l'affaire *DPP v. Lawrence*, de 2007, que les juges devraient, lorsqu'ils décident d'exclure une telle preuve, apprécier la nécessité que le procès se poursuive devant la même juridiction autrement composée⁹⁶³. Cependant, comme le fait remarquer Peter Murphy, il n'est pas sûr qu'il soit pertinent de diviser les fonctions entre deux formations différentes alors que l'affaire doit être appréciée de manière continue : « (...) il peut être avancé qu'une telle solution serait pertinente si le procès commençait à nouveau, et dans ce cas, il n'y aurait aucune raison, excepté les règles de courtoisie, que chacune des parties n'insiste pas pour que la question de l'aveu soit à nouveau entendue. Il semble préférable pour les *magistrates* de faire simplement de leur mieux, aussi difficile que cela puisse être, pour chasser tout élément de preuve exclu de leur esprit »⁹⁶⁴.

⁹⁶¹ *F (An infant) v. Chief Constable of Kent* [1988] QB 1 ; [1982] *Crim LR* 682.

⁹⁶² *R. v. Liverpool Juvenile Court Ex p. R* [1988] Q.B. 1. Sur cette décision, et la prohibition du *voir dire* qu'elle implique, voir P. MURPHY, *Murphy on Evidence, op. cit.*, n° 3.2.2, p. 43, pour qui, même si le *voir dire* est chronophage, il permet de scinder la question de la recevabilité de la preuve de celle de l'appréciation au fond de sa force probante.

⁹⁶³ *DPP v. Lawrence* [2007] EWHC 2154 (Admin).

⁹⁶⁴ *Ibid.*, § 26, p. 2154.

b. Le système français

370. *Compatibilité de la réunion entre les mains d'un même organe du jugement de la nullité et du jugement de la culpabilité ?* Conformément à l'article 385 du code de procédure pénale, en dehors des hypothèses où une instruction préparatoire est ouverte, où la chambre de l'instruction est juge de la régularité des actes d'investigation effectués, à l'exclusion du juge d'instruction⁹⁶⁵, et où la purge des nullités résultant de l'ordonnance de renvoi, interdit en principe à la juridiction de jugement d'être à la fois juge du fait et juge de l'exception de nullité, c'est effectivement la juridiction de jugement, saisie directement, qui peut relever dans la procédure antérieure à sa saisine des actes entachés de nullité. Comme le précise une note interne de juillet 2000 relative à la mise en place du juge des libertés et de la détention au tribunal de grande instance de Toulouse, « la mission du juge des libertés et de la détention prend fin avec les opérations et il ne peut être saisi *a posteriori* d'une éventuelle irrégularité entachant les opérations, une telle contestation relevant du contentieux dont peuvent être saisies les autorités appelées à statuer sur les poursuites éventuellement engagées sur le fondement des documents saisis »⁹⁶⁶. Le juge de l'autorisation de certains actes ne peut donc pas apprécier les éventuelles irrégularités

⁹⁶⁵ Le juge d'instruction ne peut annuler un acte qu'il a accompli ou qu'il a fait réaliser par commission rogatoire. Voir ainsi, Cass. crim., 8 déc. 1899, *Bull. crim.* n° 355, *DP* 1900, 1, 31 ; Cass. crim., 24 mars 1992, *Bull. crim.* n° 125 : « (...) la chambre d'accusation est seule compétente, pendant la durée de l'instruction préparatoire, pour apprécier la régularité des actes de l'information » ; *D.* 1992, 322, obs. J. Pradel, qui approuve la solution « car nul ne saurait être le juge de sa propre procédure ». Le juge d'instruction peut toutefois rectifier une ordonnance de prolongation de détention entachée d'une simple erreur matérielle. Voir ainsi, Cass. crim., 22 mars 1995, *Bull. crim.* n° 122. Pour autant, une fois l'acte annulé, le juge peut le refaire, il doit seulement attendre que l'arrêt d'annulation soit devenu définitif (Cass. crim., 4 nov. 1986, *Bull. crim.* n° 320) et ne puiser aucun renseignement dans les actes annulés ou n'user d'aucun artifice qui permettrait de reconstituer leur irrégulière substance (Cass. crim., 30 juin 1981, *Bull. crim.* n° 224 pour l'audition de l'officier de police judiciaire ayant interrogé un individu, après annulation du procès-verbal d'audition dudit prévenu). Rien ne s'oppose donc à ce que, après l'annulation d'une perquisition, le juge en opère régulièrement une nouvelle (Cass. crim., 23 mars 1977, *Bull. crim.* n° 109 ; Cass. crim., 14 nov. 1985, *Bull. crim.* n° 356 : « (...) aucune disposition du code de procédure pénale n'interdisant dans un tel cas au juge d'instruction de réitérer un acte annulé pour vice de forme ».

⁹⁶⁶ Cité par M. GUERRIN, « Nullités de procédure », fasc. préc., n° 158. Voir également, initialement, pour les procédures spéciales, Cass. com., 30 nov. 1999, *Bull. IV* n° 214 ; *D.* 2000, 261, note critique H. Matsopoulou : la mission du président du tribunal de grande instance, ayant donné l'autorisation aux agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes d'effectuer une visite-perquisition, sur le fondement de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, prend fin avec les opérations, lors de la remise de la copie du procès-verbal et de l'inventaire à l'occupant des lieux ou à son représentant. La chambre criminelle ajoute que ce juge ne peut être saisi *a posteriori* d'une éventuelle irrégularité entachant lesdites opérations, une telle contestation relevant du contentieux dont peuvent être saisies les autorités de décision appelées à statuer sur les poursuites éventuellement engagées sur le fondement des documents ainsi appréhendés. Sur la censure de ce dernier dispositif par la Cour européenne des droits de l'Homme et l'adoption subséquente de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, voir H. MATSOPOULOU, « La censure par la Cour européenne des droits de l'homme du dispositif français applicable aux perquisitions fiscales », *RSC* 2008, p. 598 et s.

entachant ces opérations. Et, sur la possibilité d'exercer *a posteriori* un recours devant la juridiction de jugement appelée à statuer sur les poursuites éventuellement engagées sur le fondement des investigations ayant fait l'objet de l'autorisation, elle suppose que des poursuites soient subséquentement engagées contre les intéressés, ce qui peut, en raison des pouvoirs de traitement dont dispose le procureur, ne pas être le cas.

La question se pose en procédure pénale française de la compatibilité des fonctions de juge de l'action et de juge de l'exception. En l'absence d'instruction préparatoire, c'est-à-dire en matière correctionnelle, le juge de l'annulation des pièces et actes de la procédure est à la fois le juge de la culpabilité. Il paraît difficile de ne pas voir dans un tel cumul une atteinte sévère à l'effectivité du droit des nullités, puisque le juge de la culpabilité aura bien connaissance des pièces qu'il aura lui-même annulées.

*

371. Conclusion de la Section 1^{ère}. L'antagonisme historique qui opposait les systèmes français et anglais sur la question du contrôle *a posteriori* des actes d'investigation effectués par la police s'est effacé. Désormais, les deux systèmes admettent que le contrôle, par voie d'exception, de la régularité des investigations diligentées dans l'avant-procès relève de l'office du juge de jugement. Cependant, le contrôle demeure, à bien des égards, déficient : soumis à une demande expresse d'une partie, il nécessite en France la démonstration de la qualité à agir – ce qui restreint considérablement les actes annulables –, ne conduira pas, en Angleterre, ou très hypothétiquement en France, à l'annulation des actes qui trouvent leur support nécessaire dans l'acte nul, et sera effectué par le juge qui sera chargé de prononcer sur la culpabilité de l'individu. En d'autres termes, le renforcement considérable des pouvoirs du ministère public n'a pas été accompagné d'un renforcement véritable du contrôle juridictionnel de leur régularité. Le contrôle de la régularité demeure, dans bien des cas, aléatoire. Or, cet aléa n'est pas sans incidence puisque désormais, au sein des systèmes français et anglais, le contentieux de l'annulation est largement solidaire du contentieux de la culpabilité.

Section 2nde **UN CONTROLE EVINCE DANS LE CADRE DE LA JURIDICTION NON-
CONTENTIEUSE**

372. Les deux systèmes se rapprochent pour considérer que, pour un nombre croissant d'affaires, la forme contentieuse présente une artificialité source de lenteur. L'éviction du contrôle de la régularité des actes d'enquête s'opère, dans les deux systèmes juridiques, à l'aide des mêmes mécanismes : l'éviction du contentieux (§ 2nd). Le droit français bénéficie toutefois d'une ressource supplémentaire pour l'heure inconnue du droit anglais : l'inversion du contentieux (§ 1^{er}).

§ 1^{er} *L'ÉVICTION DU CONTROLE PAR L'INVERSION DU CONTENTIEUX*

373. La technique de l'inversion du contentieux, que la matière civile française connaît par le jeu de l'ordonnance sur requête et, typiquement, par l'injonction de payer, connaît, en matière répressive, un essor remarquable⁹⁶⁷. Les mêmes raisons expliquent, ici et là, ce succès.

Lorsqu'il s'agit, en matière civile, de contraindre un débiteur au paiement d'une somme d'argent qui est due parce que les faits ne sont guère contestables, non contestés, et que l'application de la règle de droit à la situation de fait ne suscite aucune difficulté, le législateur a pu estimer que l'adoption de la procédure de droit commun – qui impliquerait que le créancier assigne devant la juridiction son débiteur afin d'obtenir, après discussion contradictoire et vérification du bien-fondé de sa demande, un jugement ayant force exécutoire – était disproportionnée. Comme le relève Georges De Leval, « la nécessité de procéder selon les voies ordinaires du droit commun est sans nécessité réelle dans les cas fréquents où le débiteur ne peut opposer aucun moyen sérieux de nature à faire l'objet d'un débat »⁹⁶⁸. Dans une telle hypothèse, le recours à la procédure contentieuse préalablement à

⁹⁶⁷ Sur les origines historiques de l'inversion du contentieux, voir J.-P. CORREA DELACASSO, « Le titre exécutoire européen et l'inversion du contentieux », *RIDC* 1/2001, p. 61 et s., spéc. pp. 63-65.

⁹⁶⁸ G. DE LEVAL, « Les ressources de l'inversion du contentieux » in M.-T. CAUPAIN et G. DE LEVAL (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 85. Dans le même sens, SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, tome III, *op. cit.*, n° 1392, p. 1186, qui relevaient qu'en cas de défaut de paiement, si, « pour obtenir un titre exécutoire, le créancier devait procéder selon les voies du droit commun, il en résulterait des lenteurs ainsi que des frais souvent disproportionnés au montant de la créance ; et cela, sans nécessité réelle dans bien des cas du fait que, très souvent, le débiteur ne peut opposer aucun moyen sérieux de nature à faire l'objet d'un débat. De là l'opportunité d'une procédure où l'imperium du juge précède son rôle juridictionnel. Cette procédure a pour originalité essentielle de faire produire des effets de droit au silence

la délivrance du titre exécutoire présenterait plusieurs défauts : elle serait inutile, chronophage et dispendieuse. Il est donc apparu nécessaire de proposer une inversion du contentieux, en ce sens que l'initiative procédurale n'incombe plus au demandeur, mais au défendeur qui, s'étant vu réclamer un paiement doit, s'il conteste sa dette, adopter une attitude active en saisissant la juridiction⁹⁶⁹.

Le législateur français, en matière répressive, s'est laissé séduire par la simplicité du procédé et le développement du « culte de l'incontestable », à une époque où les juridictions pénales sont encombrées par une masse d'affaires d'une faible complexité ou d'une faible gravité, où la culpabilité ne semble guère faire débat, où le mis en cause ne sera vraisemblablement pas à même de faire valoir quelque argument qui nécessiterait l'organisation d'un débat contradictoire. Il recourt volontiers à l'inversion du contentieux comme instrument d'une politique pénale. L'initiative procédurale n'incombe plus au ministère public, mais à la personne soupçonnée qui s'est vue reprocher la commission d'une infraction et s'en est trouvée sanctionnée sans avoir été entendue par le juge. Si elle conteste la sanction qui lui a été infligée, elle devra saisir le juge afin que soit rétablie la procédure de droit commun. Le schéma classique de la réalisation du droit de punir, qui veut que la sanction ne soit prononcée qu'après que le ministère public ait saisi le juge de la prétention que la personne a commis une infraction et que la contestation ait été vidée par le débat contradictoire, s'en trouve bouleversé. Un débat précède traditionnellement l'ordre du juge. Ici, c'est l'ordre qui précède un éventuel débat⁹⁷⁰. En d'autres termes, la décision

du débiteur ». Les auteurs relèvent le caractère artificiellement contentieux de la procédure de droit commun qui serait utilisée dans ce cadre : l'injonction de payer « a souvent le mérite d'éviter le procès dans des affaires qui ne sont pas réellement contentieuses : plutôt que d'obliger le créancier à exercer systématiquement une action en justice, avec la probabilité d'un défaut du défendeur, mieux vaut ne déclencher le procès que dans le cas où le débiteur conteste effectivement sa dette ». Voir également, MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, tome II, *op. cit.*, n° 1404, p. 618, qui observent qu'avec le développement des contraventions, lesquelles « révèlent souvent beaucoup d'incivisme et de laisser-aller chez leurs auteurs, il est apparu indispensable de désencombrer le rôle des tribunaux de police, d'accélérer la répression et d'éviter aux prévenus des dérangement et des frais inutiles ; les faits sont rarement contestés et leur preuve est facile à établir, puisque les procès-verbaux établis à cette fin font en principe foi jusqu'à preuve contraire (...) ».

⁹⁶⁹ PERROT (R.), « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête » in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, n° 1, p. 388, qui évoque l'idée d'« inverser le contentieux pour réveiller plus brutalement le débiteur qui sombre dans un coma profond toutes les fois qu'il reçoit une facture, et qui spéculer sur les complexités de la procédure ordinaire pour décourager son créancier ». L'auteur ajoute : « C'est bien là l'intérêt pratique de cette technique procédurale qui consiste à déporter sur un adversaire potentiel le soin de prendre les initiatives nécessaires pour élever le contentieux, en alimentant le feu qui couve sous la braise, afin que, par contraste, on puisse tirer de son éventuelle inertie une sorte d'acquiescement tacite ». *Ibid.*, n° 10, p. 394.

⁹⁷⁰ Voir C. CHAINAIS, « L'injonction de payer française, modèle d'une protection juridictionnelle monitoire » in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, *op. cit.*, p. 621 et s., spéc. p. 630, qui relève que « l'expression « inversion du contentieux » ne doit pas induire en erreur : ce qui est différé c'est la liaison du contentieux (la décision intervient en effet avant elle), non l'existence même de la matière contentieuse. Cette dernière est bien présente dans la procédure monitoire,

du juge ou le débat contradictoire est différé et peut fort bien ne jamais avoir lieu si la personne ne conteste pas la sanction infligée. Et, « [c]omme dans la procédure par défaut, l'absence de toute contradiction par le défendeur fait reposer sur le juge la sauvegarde de ses droits »⁹⁷¹.

C'est par le biais de l'ordonnance pénale que le législateur français a introduit l'inversion du contentieux. Cette procédure n'a cessé de se développer (A), sans que l'on puisse percevoir de véritables limites à son extension future (B).

A. Le développement continu du champ de l'ordonnance pénale

374. Inversion du contentieux et ordonnance pénale. Les Garraud avaient relevé les avantages et les inconvénients du système de l'ordonnance pénale : « (...) en permettant de supprimer la comparution de l'audience, avec la garantie de la publicité et de la contradiction, il diminue l'efficacité de la répression, et il transforme, comme on l'a dit, « une peine en une taxe, et le contrevenant en un contribuable » » et elle encourage « les délinquants riches à commettre, au prix d'un léger sacrifice pécuniaire, des contraventions »⁹⁷². Mais à l'inverse, elle présente deux avantages : « 1° désencombrer le rôle des tribunaux de police en évitant, pour les affaires faisant l'objet d'une ordonnance pénale, le double appel de cause qui se produit aujourd'hui si fréquemment, lorsque la voie de l'avertissement officieux est employé préalablement à l'emploi de la citation par huissier ; 2° éviter les frais de citation et de signification »⁹⁷³.

L'ordonnance pénale du droit français traduit parfaitement la technique de l'inversion juridictionnelle du contentieux. Directement inspirée de la procédure de l'ordonnance

que sous-tend un différend entre un débiteur et un créancier : si le créancier avait pu être payé de façon amiable, il n'aurait pas eu recours à la procédure monitoire » ; S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », vol. 11, Paris, 2002, n° 510, p. 496, qui relève que les procédures construites sur la technique de l'inversion du contentieux « sont surtout remarquables par le différé des droits de la défense qu'elles impliquent (...). Elle perturbent le déroulement chronologique de la procédure afin de renforcer son efficacité » ; L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 454, Paris, 2006, n° 453, p. 253, pour qui ces procédures ne reconnaissent pas « le droit de se défendre préalablement à la prise de décision, mais postérieurement à celle-ci, en cas de contestation. L'absence d'un tel droit est même ce qui caractérise et ce qui justifie le plus l'existence même de ces procédures ».

⁹⁷¹ HEBRAUD (P.), « Le recouvrement des petites créances commerciales (décrets-lois des 25 août 1937 et 14 juin 1938), *JCP G* 1938, I, 80, n° 15.

⁹⁷² GARRAUD (R.) et (P.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome IV, *op. cit.*, n° 1618, pp. 710-711.

⁹⁷³ *Ibid.* J. PRADEL, « La simplification de la procédure applicable aux contraventions », *D.* 1972, chron. p. 153 : pour absorber le flux des contentieux, le législateur avait souhaité dépouiller la procédure applicable aux contraventions « plus ou moins de son caractère judiciaire pour lui donner, en certains cas extrêmes, une allure purement administrative ».

pénale du droit allemand – connue sous le nom de *strafbefehl* depuis 1877 –, que le droit d'Alsace-Moselle avait maintenue par le décret du 25 novembre 1919, la procédure simplifiée ou amende de composition fut introduite en droit national par l'ordonnance du 2 novembre 1945, complétée par le décret du 21 février 1946. Pour les contraventions entrant dans le champ d'application, le juge de paix saisi d'un procès-verbal relevant l'infraction devait, avant toute citation devant le tribunal de simple police, informer le contrevenant qu'il avait la faculté de verser, à titre d'amende de composition, une certaine somme dont le montant variait avec la classe de la contravention. Si le contrevenant s'acquittait de la somme fixée dans le délai imparti de quinze jours, l'action publique était éteinte, le versement valait reconnaissance de l'infraction et tenait lieu de jugement constitutif du premier terme d'une éventuelle récidive. Si le contrevenant contestait l'infraction ou estimait que le montant de l'amende trop élevé, il devait refuser d'en effectuer le versement et devait être cité devant le tribunal selon la procédure ordinaire, avec la perspective d'avoir à déboursier des frais de justice dont un paiement immédiat l'aurait dispensé⁹⁷⁴.

L'amende de composition n'avait toutefois pas permis de faire face au contentieux de masse qui se développait en matière de contraventions routières : l'inertie du contrevenant résultant du non-paiement de l'amende obligeait en effet à renvoyer l'affaire devant le tribunal de police⁹⁷⁵. S'appuyant sur une technique similaire à l'injonction de payer, la loi du 3 janvier 1972 créa l'ordonnance pénale⁹⁷⁶. Cette procédure consiste en effet, pour le

⁹⁷⁴Le système avait été intégré dans le code d'instruction criminelle (art. 166 à 171) et dans le code de procédure pénale (art. 524 à 528) et trouvait à s'appliquer, en principe, pour toutes les contraventions des quatre premières classes, sauf si était encourue une peine d'emprisonnement, si la personne se trouvait en état de récidive, si elle était exposée à des dommages-intérêts envers la victime, si une information avait été ouverte ou si le procès-verbal constatait deux contraventions. La chambre criminelle avait, au surplus, exclu l'application de cette procédure aux mineurs (voir ainsi, Cass. crim., 15 janv. 1969, *Bull. crim.* n° 31 : « (...) les dispositions de l'article 21 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante excluent nécessairement, par leurs exigences particulières, l'application d'une telle procédure »). Sur ce mécanisme, voir M. HUBERT, « L'amende de composition », *RSC* 1947, p. 527 et s. ; MAGNOL (J.), « Principales réformes législatives récentes concernant le régime des amendes pénales », *JCP G* 1947, I, 602 ; VRAY (H.), « La nature juridique de la décision du juge de police fixant l'amende de composition : acte juridictionnel ou acte d'administration judiciaire », *Gaz. Pal.* 1964, 1, doct. p. 1 et s. ; DE CHARDON (L.), *Un nouveau mode de répression des contraventions de police : l'amende de composition*, impr. de L. Flandin, Paris, 1948. Pour une comparaison avec l'oblation volontaire, voir LEGAIS (R.), « L'oblation volontaire et l'amende de composition ou les procédures sans débats en droit pénal français », art. préc., p. 466 et s.

⁹⁷⁵Sur les problèmes soulevés, voir MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, tome II, *op. cit.*, n° 1405, p. 619 : « Les auteurs des contraventions de circulation (...) négligeaient de plus en plus de payer l'amende forfaitaire ou l'amende de composition encourue dans l'espoir qu'on finirait par les oublier, ou qu'une amnistie opportune arrêterait les poursuites ; cet incivisme avait abouti à un tel encombrement des tribunaux de police des grandes villes qu'il fallait parfois plus d'un an pour faire venir les dossiers à l'audience... et que les contraventions étaient prescrites avant d'être jugées ! ».

⁹⁷⁶Voir ainsi, J. LORENTZ et J. VOLFF, « L'ordonnance pénale : une procédure simple, rapide et peu coûteuse », *JCP G* 1968, I, 2192 ; « La procédure simplifiée ou l'adaptation de la procédure d'ordonnance pénale au

procureur de la République, à communiquer directement le dossier de la procédure au président du tribunal avec ses réquisitions quant à la ou aux peines qui doivent être prononcées, le président statuant sans débat préalable par une ordonnance portant relaxe ou condamnation à une amende ou à une ou plusieurs des peines complémentaires encourues. L'ordonnance est ensuite transmise au ministère public qui doit la faire notifier au prévenu et à la partie civile qui disposent d'un délai de quarante-cinq jours pour former opposition. A défaut d'opposition, l'ordonnance devient exécutoire. Dès lors, « l'inertie du contrevenant qui, dans l'amende de composition, obligeait à recourir à l'audience de jugement classique, vaut acceptation de la décision juridictionnelle dans la procédure de l'ordonnance pénale »⁹⁷⁷.

375. L'extension continue du champ de l'ordonnance pénale. Initialement limitée aux contraventions même commises en état de récidive – à l'exclusion des contraventions prévues par le code du travail –, elle ne permettait que le prononcé d'une amende à l'exclusion de l'emprisonnement alors applicable en certaines matières contraventionnelles et à l'exclusion des peines complémentaires. En usant de cette voie, facultative pour lui, le ministère public s'interdisait d'obtenir une répression autre que pécuniaire. La loi n° 99-515 du 23 février 1999 a permis le prononcé des peines complémentaires. Surtout, la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice était venue étendre la procédure de l'ordonnance pénale aux délits routiers et contraventions connexes⁹⁷⁸. Le Conseil constitutionnel ayant estimé, dans sa décision du 29 août 2002 que l'extension ne portait pas atteinte au principe d'égalité des justiciables⁹⁷⁹, elle a depuis, fort

droit français », *Gaz. Pal.* 1972, 1, doct. p. 274 ; « Les conditions d'application de la procédure simplifiée », *ibid.* 2, doct. p. 499 ; MAYER-JACK (A.), « Une réforme à la Janus : introduction de l'ordonnance pénale dans la législation française et réduction du stationnement interdit à l'état administratif (commentaire de la loi du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions) », *JCP G* 1972, I, 2456 ; DOLL (P.-J.), « La simplification de la procédure en matière de contravention (loi n° 72-5 du 3 janvier 1972) », *Gaz. Pal.*, 1972, 1, doct. p. 114 ; FRAY (G.), « Les contraventions selon la loi du 3 janvier 1972 et les décrets du 12 juin 1972 et du 7 septembre 1975 [ordonnance pénale] », *Gaz. Pal.* 1974, 2, doct. p. 598 et *Gaz. Pal.* 1977, 1, doct. p. 322.

⁹⁷⁷ L. DESSESSART, « Le traitement simplifié des infractions à la circulation routière » in M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal post moderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll. « Droit et justice », Paris, 2009, p. 291 et s.

⁹⁷⁸ Sur cette extension, voir J. VOLFF, « L'ordonnance pénale en matière correctionnelle », *D.* 2003, p. 2777 et s.

⁹⁷⁹ Cons. const., 29 août 2002, décision n° 2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*. Le grief d'inconstitutionnalité reposait uniquement sur une contrariété de la loi au principe d'égalité devant la justice, dès lors que le choix de la procédure simplifiée reposait sur un pouvoir discrétionnaire à la fois du ministère public et du président du tribunal. Le Conseil rejette la critique, en relevant que le ministère public ne peut recourir à la procédure simplifiée que « lorsqu'il résulte de l'enquête de police judiciaire que les faits reprochés au prévenu sont établis et que les renseignements concernant la personnalité de celui-ci, et notamment ses charges et ses ressources, sont suffisants pour permettre la détermination de la

de ce brevet de conformité à la Constitution, été étendue par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité aux délits en matière de transports terrestres. L'extension s'est prolongée aux délits prévus au titre IV du livre IV du code de commerce pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue (art. 495, al. 1^{er}, 3^o, CPP)⁹⁸⁰, au délit d'usage de produits stupéfiants et au délit d'attroupement dans les parties communes d'immeuble⁹⁸¹, aux délits de destruction, dégradations et détérioration d'un bien privé ou public prévus à l'article 322-1 et au premier alinéa et deuxième de l'article 322-2 du code pénal et au délit d'occupation des espaces communs ou des toits des immeubles collectifs d'habitation prévu à l'article L. 126-3 du code de la construction et de l'habitation⁹⁸² et au délit de port ou transport d'armes de catégorie⁹⁸³. Seule limite, la procédure n'est pas applicable, ni en matière contraventionnelle, ni en matière délictuelle, si l'infracteur était mineur au jour de l'infraction et si la victime a fait citer directement le prévenu avant que l'ordonnance n'ait été rendue⁹⁸⁴, et la loi du 13 décembre 2011 est venue limiter en matière délictuelle le montant maximal de l'amende pouvant être prononcé à la moitié de celui de l'amende encourue sans pouvoir excéder

peine » (consid. 78), que le pouvoir de choisir la procédure simplifiée n'est reconnu au ministère public qu'« en raison du fait que la charge de la poursuite et de la preuve lui incombe » (consid. 79), que le président du tribunal doit renvoyer le dossier au ministère public s'il estime qu'un débat contradictoire est utile ou qu'une peine d'emprisonnement devrait être prononcée (consid. 80) et que la procédure apporte à la personne qui en fait l'objet, quant au respect des droits de la défense, des garanties équivalentes à celles dont elle aurait bénéficié si l'affaire avait été directement portée devant le tribunal correctionnel » puisque « l'ordonnance doit être motivée (...), le prévenu dispose d'un délai de quarante-cinq jours à compter de la notification de l'ordonnance pour former opposition (...) dans cette hypothèse, l'affaire fait l'objet devant le tribunal correctionnel d'un débat contradictoire et public au cours duquel l'intéressé a droit à l'assistance d'un avocat (...), qu'il doit être informé de ces règles » (consid. 81). Dans sa décision du 22 octobre 2009, le Conseil réaffirmera cette solution. Voir ainsi, Cons. const., 22 oct. 2009, décision n° 2009-590 DC, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, consid. 10 à 12. La loi avait tenté d'étendre la procédure de l'ordonnance pénale aux délits prévus aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle, lorsqu'ils sont commis au moyen d'un service de communication au public en ligne, prévoyant que, dans ce cas, la victime pouvait demander au président de statuer, par la même ordonnance que celle se prononçant sur l'action publique, sur sa constitution de partie civile. L'ordonnance devait alors être notifiée à la partie civile et pouvait faire l'objet d'une opposition. Après avoir relevé qu'« aucune règle ni aucun principe constitutionnel ne s'oppose à ce que le juge puisse également statuer, par ordonnance pénale, sur la demande de dommages-intérêts formée par la victime dès lors qu'il estime disposer des éléments suffisants lui permettant de statuer », le Conseil censure toutefois le dispositif car la loi « ne fixe pas les formes selon lesquelles cette demande peut être présentée ; (...) ne précise pas les effets de l'éventuelle opposition de la victime (...); ne garantit pas le droit du prévenu de limiter son opposition aux seules dispositions civiles de l'ordonnance pénale ou à ses seules dispositions pénales » et, en conséquence, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence.

⁹⁸⁰ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

⁹⁸¹ Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

⁹⁸² Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

⁹⁸³ Loi n° 2012-304 du 6 mars 2012 relative à l'établissement d'un contrôle des armes moderne, simplifié et préventif.

⁹⁸⁴ Art. 524, 2^o, et 524, al. 3, CPP en matière contraventionnelle ; art. 495, III, 1^o et 2^o CPP en matière correctionnelle.

5.000 € (art. 495-1, al. 2, *in fine*, CPP).

B. Le développement illimité de l'ordonnance pénale ?

376. L'inversion du contentieux, procédure d'avenir ? On peut s'interroger sur les véritables limites qui sont posées à l'extension de l'inversion juridictionnelle du contentieux. La Cour européenne avait validé, dans son arrêt *Oztürk c/ Allemagne* de 1984, la procédure allemande d'*Ordnungswidrigkeiten*, en considérant que « [e]u égard au grand nombre des infractions légères, notamment dans le domaine de la circulation routière, un Etat contractant peut avoir de bons motifs de décharger ses juridictions du soin de les poursuivre et de les réprimer. Confier cette tâche, pour de telles infractions, à des autorités administratives ne se heurte pas à la Convention pour autant que l'intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6 »⁹⁸⁵. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 22 octobre 2009, avait, quant à lui, ajouté à sa motivation que « le législateur a entendu prendre en compte l'ampleur des contrefaçons commises au moyen de ces services de communication », ce qui laisse sous-entendre que seuls des contentieux de masse peuvent justifier le recours à l'ordonnance pénale⁹⁸⁶. Il n'en demeure pas moins que l'encadrement conventionnel et constitutionnel se révèle bien flexible. D'une part, l'appréciation de la légèreté d'une infraction est bien relative en dehors du critère objectif de la gravité de la peine encourue. Mais dans ce cas, le critère de la gravité de la peine risque fort de confiner à la tautologie : le recours à l'inversion du contentieux ayant pour effet de limiter la peine encourue, ne conduit-il pas à ce que l'infraction soit désormais de faible gravité et qu'en conséquence, il réalise par lui-même la condition de sa mise en œuvre ? D'autre part, l'appréciation de l'ampleur d'un contentieux laisse aussi place à la subjectivité.

Dans cette perspective, le rapport de la commission Guinchard a proposé d'étendre la procédure de l'ordonnance pénale. La Commission propose de l'étendre à l'ensemble des délits, quelle que soit la peine encourue, puisque « la procédure d'ordonnance pénale est adaptée pour des infractions simples, ce qui peut être le cas d'infractions pour lesquelles la peine encourue est importante »⁹⁸⁷. Seuls seraient exclus du champ de la procédure

⁹⁸⁵ CEDH, Plénière, 21 févr. 1984, req. n° 8544/79, *Oztürk c/ Allemagne*, § 56.

⁹⁸⁶ Cons. const., 22 oct. 2009, préc., consid. 11.

⁹⁸⁷ COMMISSION SUR LA REPARTITION DES CONTENTIEUX (présidée par S. Guinchard), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, rapp. préc., p. 140. Voir, toutefois, les réserves de D. DECHENAUD, « Le contradictoire et les procédures pénales accélérées » in C. RIBEYRE (dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal. Nouvelles perspectives*,

simplifiée les délits de presse, les délits d'homicides involontaires, les délits politiques, les délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale et des délits du droit du travail puisque ces derniers « justifient une audience et des débats publics qui ont une vertu pédagogique et un rôle préventif auprès des employeurs »⁹⁸⁸. La commission propose également de supprimer l'actuelle exclusion du recours à l'ordonnance pénale lorsque la victime a formulé une demande de dommages-intérêts au cours de l'enquête et de permettre le prononcé d'une peine d'emprisonnement obligatoirement assortie du sursis avec un quantum maximum de trois mois, l'ordonnance serait alors notifiée par délégué du procureur et la personne pourrait bénéficier de l'aide juridictionnelle⁹⁸⁹.

§ 2nd L'EVICTION DU CONTROLE PAR L'EVICTION DU CONTENTIEUX

377. Système français et système anglais, qui s'opposaient historiquement sur ce point convergent désormais sensiblement. Ils ont tous deux officialisé l'existence d'un procès pénal non-contentieux (A), ils ont corrélativement évincé dans ce cadre le contentieux de l'annulation, sans renforcer l'office du juge (B).

A. L'officialisation convergente du procès non-contentieux

378. Bien que caractéristique, aux yeux d'un juriste continental, de la procédure pénale anglaise, l'officialisation du procès non-contentieux est relativement récente en Angleterre (1), comme elle l'a été en France (2).

1. L'officialisation du procès non-contentieux en Angleterre

379. L'une des caractéristiques les plus remarquables du procès pénal britannique est la faible proportion d'affaires qui sont jugées par la voie du procès contentieux⁹⁹⁰. Comme le

op. cit., n° 27, p. 121, qui relève que la jurisprudence européenne – notamment l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme le 21 février 1984, *Oztürk c/ Allemagne* – s'était appuyée sur la faible gravité des infractions concernées par la procédure simplifiée allemande pour la déclarer conforme aux exigences conventionnelles.

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 141-142.

⁹⁹⁰ MINISTRY OF JUSTICE, *Judicial and Court statistics 2007*, Cm. 7467, 2008 : en 2007, devant la *Crown court*, 68 % des affaires se résolvait par le biais d'un *guilty plea* ; CROWN PROSECUTION SERVICE, *Annual Report, 2007-2008*, HMSO, Londres, 2008, *Annex A* : « *Casework statistics* » : en 2007, devant la *magistrates' court*, 67,5 % des affaires se résolvait par un *guilty plea*.

relèvent Andrew Sanders et *alii*, « habituellement, les défenseurs commettent un suicide procédural en plaidant coupable »⁹⁹¹. Pourtant, le *guilty plea* n'a pas toujours existé en Angleterre, il n'émerge véritablement qu'au milieu du XIX^{ème} siècle et est demeuré largement officieux⁹⁹². Aussi convient-il d'envisager d'abord l'officialisation de la technique traditionnelle du *guilty plea* (a), pour envisager ensuite la consécration par le législateur anglais de la technique nouvelle du *Deferred Prosecution Agreement* (b)

a. L'officialisation du *guilty plea*

380. La pratique du *guilty-plea* fut progressivement admise par la jurisprudence en même temps que le *trial anglais* se complexifiait. Toutefois, son existence demeurait largement officieuse et la jurisprudence refusait que le juge puisse faire état de la réduction de peine.

381. Les *Turner Rules*⁹⁹³. La jurisprudence avait ainsi manifesté une particulière ambiguïté dans l'affaire *Turner* de 1970⁹⁹⁴. Dans cette espèce, un accusé ayant plaidé non coupable de vol avait modifié son plaidoyer après que son avocat, qui s'était entretenu avec le juge, lui avait fait comprendre que s'il persistait à plaider non coupable il y avait des « possibilités très réelles » qu'il soit condamné à une peine d'emprisonnement, mais que s'il plaiderait coupable il ne serait condamné qu'à une peine non privative de liberté. La *Court of appeal* cassa la condamnation et ordonna un nouveau procès, estimant que le conseil de l'avocat constituait une intimidation venant du juge et que, par conséquence, l'accusé n'avait pas été libre de son choix. Lord Parker précisa que le juge ne devrait « jamais indiquer quelle peine il pense fixer », même s'il peut préciser « quoi qu'il arrive, que l'accusé plaide ou non coupable, que la peine prendra ou ne prendra pas une forme particulière, c'est-à-dire, une mise à l'épreuve ou une peine non privative de liberté ». Ce que le juge ne peut pas faire, c'est dire ou laisser entendre que la peine prendra une forme plus douce si l'accusé accepte de plaider coupable.

⁹⁹¹ A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice*, OUP, 3^{ème} éd., Oxford, 2007, p. 383.

⁹⁹² Sur l'histoire du *guilty plea*, voir J. H. LANGBEIN, « Understanding the Short History of Plea Bargaining », (1978-1979) 13 *Law & Soc'y Rev.* 261 ; A. W. ALSCHULER, « Plea Bargaining and its History », (1979) 79(1) *Colum. L. Rev.* 1, spéc. 5 et s. ; M. M. FEELEY, « Legal Complexity and the Transformation of the Criminal Process : the Origins of Plea Bargaining », (1997) 30 *IS. L.R.* 183, spéc. 197 et s. ; J. B. SANBORN JR, « A Historical Sketch of Plea Bargaining », (1986) 3 *Just. Q.* 111.

⁹⁹³ Selon l'expression utilisée par Mike McConville. Voir M. MCCONVILLE, « Plea Bargaining » in M. MCCONVILLE et G. WILSON (ed.), *The Handbook of the Criminal Justice Process*, OUP, Oxford, 2002, p. 357.

⁹⁹⁴ *R. v. Turner (Frank Richard)* [1970] 2 Q.B. 321.

382. Les critiques doctrinales des Turner Rules. Les règles établies par la décision *Turner* furent critiquées tant par la doctrine que par les praticiens, notamment en ce qu'elles ne permettaient pas de rendre explicite le principe de la réduction de peine. Mike McConville considère ainsi que les *Turner Rules* étaient « pétries de contradictions et illustr[ai]ent la difficulté à réconcilier les négociations portant sur le plaidoyer avec les principes accusatoires ordinaires »⁹⁹⁵. En effet, si le juge pouvait infliger une peine moins lourde que celle qu'il aurait infliger en cas de plaidoyer de non culpabilité, il ne pouvait toutefois en faire état, car cela aurait constitué un moyen de pression détruisant la totale liberté dont doit disposer, à cet égard, l'accusé. Michael Zander relève quant à lui que la *Court of appeal* « souhaitait que les défendeurs sachent que s'ils plaidaient coupable, ils obtiendraient une peine plus douce, [mais] elle ne voulait pas que les juges fournissent aux défendeurs des informations concrètes sur le montant de la réduction »⁹⁹⁶. Dans leur étude portant sur la *Crown court*, Michael Zander et Paul Henderson avait montré que la très grande majorité des avocats et des juges étaient favorables à une information précise de l'accusé sur les peines encourues dans chacune des options qui s'offrent à lui⁹⁹⁷. Dans cette perspective, la Commission Runciman adopta la recommandation du *Seabrook Committee* et prôna la mise en place d'un « *sentence canevas* »⁹⁹⁸. Cette idée fut reprise par le Auld LJ dans son rapport de 2001⁹⁹⁹ et par le gouvernement dans son *White Paper « Justice for All »*¹⁰⁰⁰ qui aboutit à l'adoption de la schedule 3 du *Criminal Justice Act* 2003.

383. La remise en cause par le Criminal Justice Act 2003 des Turner Rules devant la magistrates' court. La schedule 3 du *Criminal Justice Act* 2003 vint ainsi officialiser et préciser les pouvoirs du juge de la *magistrates' court*¹⁰⁰¹. Le défendeur ayant commis une *either-way offence* peut ainsi requérir une indication (*an indication request*) lui permettant de savoir si une peine privative de liberté ou une peine non privative de liberté

⁹⁹⁵ M. MCCONVILLE, « Plea Bargaining », art. préc., *loc. cit.*, p. 358.

⁹⁹⁶ M. ZANDER, *Cases and Materials on the English Legal System*, *op. cit.*, p. 329. Pour l'auteur, l'idée, selon laquelle permettre au juge de fournir des informations précises créerait une forme de pression, n'est pas convaincante, car la pression est créée par le principe de la réduction de peine lui-même.

⁹⁹⁷ M. ZANDER et P. HENDERSON, *Crown Court Study (Royal Commission on Criminal Justice, Research Study n° 19)*, HMSO, Londres, 1993, section 4.13.1.

⁹⁹⁸ ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE, Cm. 2263, rapp. préc., p. 110, § 42.

⁹⁹⁹ LORD JUSTICE AULD, *A Review of the Criminal Courts of England and Wales by The Right Honourable Lord Justice Auld*, sept. 2001, p. 443.

¹⁰⁰⁰ Cm. 5563.

¹⁰⁰¹ Certains auteurs considèrent que les règles prétoriennes n'étaient pas respectées en pratique et que le *Criminal Justice Act* 2003 ne fit que prendre acte de la situation en consacrant légalement la pratique. Voir ainsi, S. H. BAILEY, J. P. L. CHING et N. W. TAYLOR, *Smith, Bailey and Gunn on The Modern English Legal System*, *op. cit.*, n° 17-044, p. 1028.

lui sera probablement imposée s'il est jugé sommairement et qu'il plaide coupable¹⁰⁰². L'indication de la sentence ne porte que sur la question de la privation de liberté. La juridiction peut, mais n'est pas obligée, de donner de telles indications¹⁰⁰³. Si le défendeur choisit d'être jugé par la *Crown court*, le juge ne sera pas lié par les indications données par les *magistrates*¹⁰⁰⁴.

L'officialisation de la réduction de peine fut opérée devant la *Crown court* par la décision *Goodyear* de 2005¹⁰⁰⁵. A condition que la question soit posée par le défendeur, la Cour estime que la connaissance du montant de la peine n'équivaudrait pas à une pression impropre et qu'il est préférable que la personne recueille les indications plus exactes du juge plutôt que les appréciations vagues que pourraient lui apporter son avocat.

384. La légalisation du principe de la réduction de la peine encourue. Pour encourager le plaider coupable, la loi pose désormais le principe d'une réduction de la peine encourue. Ce principe fut pour la première fois consacré légalement par la section 48 du *Criminal Justice and Public Order Act* 1994¹⁰⁰⁶. Celle-ci fut abrogée et remplacée par la section 144 (1) du *Criminal Justice Act* 2003, aux termes de laquelle :

« Dans la détermination de la peine applicable à une infraction pour laquelle la personne soupçonnée a indiqué son intention de plaider coupable devant elle ou devant une autre juridiction, la juridiction doit prendre en compte :

- (a) le stade de la procédure à l'issue duquel la personne soupçonnée a indiqué son intention de plaider coupable et,
- (b) les circonstances dans lesquelles cette intention a été formulée ».

Le *Criminal Justice Act* n'impose pas expressément la réduction de la peine pas plus qu'il ne précise qu'une indication antérieure quant au sens du plaidoyer augmente ou réduit les

¹⁰⁰² *New Magistrates' Court Act* 1980, section 20 (3) (a) insérée par la schedule 3, § 6, du *Criminal Justice Act* 2003. Sur l'indication de la peine, voir les conseils du *Sentencing Advisory Panel* édictés par le *Sentencing Guidelines Council*, févr. 2006, §§ 33-47 et la recommandation 18.

¹⁰⁰³ *New Magistrates' Court Act* 1980, section 20 (4) insérée par la schedule 3, § 6, du *Criminal Justice Act* 2003.

¹⁰⁰⁴ *New Magistrates' Court Act* 1980, section 20 A(3) insérée par la schedule 3, § 6, du *Criminal Justice Act* 2003.

¹⁰⁰⁵ *R. v. Goodyear (Karl)* [2005] EWCA Crim 888.

¹⁰⁰⁶ Voir R. HENMAN, « Bargain Justice or Justice Denied? Sentence Discounts and the Criminal Process », (1999) 62 *MLR* 515. Voir également, A. ASHWORTH et M. REDMAYNE, *The Criminal Process*, *op. cit.*, p. 285 et s., pour qui le principe de la réduction de peine méconnaît quatre droits fondamentaux : la présomption d'innocence, le privilège *against self-incrimination*, le droit d'être traité équitablement et sans discrimination et le droit à un procès équitable et public. Voir également, M. MCCONVILLE, « Plea Bargaining: Ethics and Politics », (1998) 25 *Journal of Law and Society* 562, et P. DARBYSHIRE, « The Mischief of Plea Bargaining and Sentencing Rewards », [2000] *Crim LR* 895.

chances d'une réduction de la peine. Toutefois, le juge peut se référer aux directives fixées par le *Sentencing Guidelines Council (SGC)* publiées en décembre 2004 et révisées en juillet 2007¹⁰⁰⁷. Cependant, ces directives ne sont qu'indicatives, et le Lord Chief Justice, dans l'affaire *Last* de 2005, a précisé que la *SGC Guideline* permet d'assister le juge dans la détermination de la juste peine, mais que celui-ci est libre de s'en départir lorsque des raisons valables le justifient¹⁰⁰⁸.

385. Les raisons de la réduction de peine. Selon le paragraphe 2.2 de la *SGC Guideline*, « une réduction de peine est appropriée car un plaider coupable évite le recours à un procès (permettant ainsi à d'autres affaires d'être traitées plus efficacement), réduit le délai entre la notification des charges et le prononcé de la peine, évite des coûts considérables, et, dans l'hypothèse d'un plaidoyer précoce, évite aux victimes et aux témoins les désagréments d'avoir à présenter les preuves ». Les objectifs sont donc clairement d'éviter des coûts¹⁰⁰⁹, de réduire la durée entre la notification des charges et le prononcé de la peine et d'éviter aux victimes et aux témoins d'avoir à témoigner au procès. Parfois, les juridictions justifient également la réduction de peine en se fondant sur la contrition que manifeste le plaider coupable¹⁰¹⁰. Cependant, le paragraphe 2.4 des *SGC Guidelines* posent clairement que la question des remords doit être abordée séparément « avant de calculer la réduction de peine pour le plaider coupable ».

Les juridictions ont longtemps encouragé la formulation des plaidoyers de culpabilité au stade le moins avancé de la procédure car cela permettait de générer un maximum d'économie. La *SGC Guideline* reprend cette exigence : son paragraphe 4.3(i) dispose ainsi que « le maximum de la réduction de peine sera octroyé seulement si le mis en cause indique sa volonté de reconnaître sa culpabilité dès que la première opportunité raisonnable se présente ». Le paragraphe 3 (b) de l'annexe 2 de la *SGC Guideline* précise que « la première opportunité raisonnable » peut être aussi précoce que l'interrogatoire policier, à condition que le défendeur et son avocat aient disposé d'informations suffisantes sur les soupçons qui pèsent sur lui.

¹⁰⁰⁷ SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Reduction in Sentence for a Guilty Plea - Definitive Guideline*, 2007.

¹⁰⁰⁸ *R. v. Last (Emma) & others* [2005] EWCA Crim 106. Voir également, *Peters & Ors* (2005) EWCA Crim 605.

¹⁰⁰⁹ Dans un rapport de 1992, le *Home Office* avait calculé qu'en moyenne, un procès contentieux devant la *Crown court* coûtait 12.088 livres, alors que, dans l'hypothèse d'un plaider-coupable, le coût s'élevait à 1.400 livres. Voir HOME OFFICE, *Costs of the Criminal Justice System 1992*, vol. 1, HMSO, Londres, 1992, p. 16.

¹⁰¹⁰ Voir *R. v. Turner (Frank Richard)*, préc. ; *R. v. Hastings (Lance)* [1996] 1 Cr. App. R. (S.) 167 ; *R. v. Karim (Imran Abid)* [2005] EWCA Crim 533, § 31.

386. *Le montant de la réduction de peine.* La *Court of appeal* a traditionnellement été réticente à préciser un montant de la réduction, considérant que la fixation de la peine est un exercice subjectif devant être adapté à toutes les circonstances de chaque cas particulier¹⁰¹¹. Elle autorise toutefois un appel contre une décision fondée sur l'insuffisance de la réduction de peine à la suite d'un plaider-coupable¹⁰¹². Au fil du temps, il a été accepté que le montant « standard » de la réduction de peine, en cas de plaider-coupable, est d'un tiers. Un montant plus important est parfois octroyé dans des circonstances particulières, notamment lorsque le plaider coupable a évité un procès complexe¹⁰¹³.

Le paragraphe 4.3 de la *SGC Guideline* pose des critères de standardisation en établissant que la réduction devrait être évaluée à l'aune d'une grille allant d'un maximum d'un tiers lorsque le plaider coupable est intervenu dès la première opportunité raisonnable de le formuler, réduit au quart lorsque la date du procès a déjà été fixée, à un dixième lorsque le plaider coupable a été formulé juste avant le commencement du procès ou juste après¹⁰¹⁴. Cela suggère que les réductions supérieures à un tiers seront rares à l'avenir même si elles demeureront possibles car la *SGC Guideline* n'est pas juridiquement obligatoire.

La logique de la réduction de peine qui anime le *guilty plea* est donc essentiellement le souci d'économie et si la résipiscence n'est pas absente, elle demeure seconde. L'amende honorable n'est véritablement source de clémence que si elle se manifeste à un stade avancé de l'*iter processualis*. Or, c'est bien à un stade tardif que l'individu peut contester la régularité des investigations devant le juge.

b. La consécration du *Deferred Prosecution Agreement*

387. *Le Crime and Courts Act 2013.* Afin d'« améliorer la flexibilité du système de lutte contre la criminalité économique commise par des organisations commerciales » et de « déférer davantage d'organisations commerciales à la justice »¹⁰¹⁵, le gouvernement a

¹⁰¹¹ Voir, par exemple, *R. v. Buffrey (Paul Edward)* (1993) 14 Cr. App. R. (S.) 511.

¹⁰¹² Voir, par exemple, *R. v. McKeown (Christopher)* [2004] EWCA Crim 461 et *R. v. Marsh (Ellis)* [2004] EWCA Crim 465.

¹⁰¹³ Voir *R. v. Buffrey (Paul Edward)*, préc. Dans l'affaire *Lowe* (*R. v. Lowe (Charles Thomas)*) (1978) 66 Cr. App. R. 122), la coopération du suspect avec la police a été considérée comme ayant permis de dissoudre l'un des gangs les plus célèbres de l'Est de Londres. La *Court of appeal* réduisit la peine de onze années et demie d'emprisonnement à cinq années.

¹⁰¹⁴ Voir ainsi, *R. v. Faulkner (Norman William) (or Attorney General's Reference n° 88)* [2004] EWCA Crim 866, affaire dans laquelle un plaider-coupable formulé très tardivement a justifié une réduction minimale de quatre années et demie à trois années et demie d'emprisonnement (soit une réduction de 22,3 %).

¹⁰¹⁵ MINISTRY OF JUSTICE, *Consultation on a New Enforcement Tool to Deal with Economic Crime Committed by Commercial Organisations: Deferred Prosecution Agreements*, CP9/212, mai 2012, § 43, pp. 12-13.

souhaité s'inspirer de la législation américaine¹⁰¹⁶. Aussi, pour « fournir aux *prosecutors* un outil supplémentaire permettant de s'attaquer à la criminalité économique en Angleterre et au Pays de Galles »¹⁰¹⁷, fut introduit, par la section 45 et la schedule 17 du *Crime and Courts Act* 2013, le *Deferred Prosecution Agreement (DPA)*.

Défini par le paragraphe 1 de la schedule 17 du *Crime and Courts Act* 2013 comme « un accord entre un procureur désigné et une personne (« P ») que le procureur envisage de poursuivre pour une infraction à la partie 2 », le *DPA* peut être proposé par le *DPP*, le Directeur du *Serious Fraud Office* ou tout poursuivant désigné par un ordre du *Secretary of State*¹⁰¹⁸ à une personne morale, une société ou une association sans personnalité morale, à l'exclusion d'une personne physique – *a body corporate, a partnership or an unincorporated*

¹⁰¹⁶ Aux Etats-Unis, le *DPA* tire son origine du *Speedy Trial Act* 1974, texte qui permet au procureur fédéral de différer des poursuites avec l'autorisation du tribunal afin de permettre au défendeur de démontrer sa bonne conduite. Son régime fut fixé par le ministère de la Justice. Voir ainsi, *United States Attorney's Manual, US Department of Justice Publication, Principles of Federal Prosecution of Business Organisations*.

¹⁰¹⁷ MINISTRY OF JUSTICE, *Deferred prosecution agreements : Government response to the consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations, Response to Consultation CP(R)18/2012*, 23 oct. 2012, p. 3. Pour une critique de l'introduction du *DPA* en droit anglais, voir N. PADFIELD, « Deferred prosecution agreements », (2012) 7 *Arch. Rev.* 4-5, qui relève que « la fraude, la corruption et le blanchiment d'argent sont des crimes vraiment graves. Les crimes économiques par des organisations commerciales sont effectivement accomplis par les êtres humains. La priorité doit sûrement être de poursuivre les individus. Si les *DPAs* conduisent à la poursuite d'individus, en forçant les entreprises à aider à fournir des preuves et à coopérer avec les enquêtes criminelles, il pourrait y avoir un rôle pour eux. Mais ce n'est pas ce que le gouvernement propose ». Or, « [p]ourquoi un cambrioleur ou un revendeur de drogue ne serait-il pas en mesure de demander une *DPA*, s'il est prêt à admettre sa culpabilité ? Ou bien quelqu'un qui frappe régulièrement sa femme ? Tout ce qui favorise la perception qu'il existe une loi pour les riches et une autre pour les pauvres ne doit pas être encouragé (...), il semblerait que le gouvernement pense vraiment que les sociétés délinquantes ne sont pas de vrais criminels ». De plus, poursuit l'auteur, « [l]'idée que les sociétés délinquantes ne devraient pas être exclues du processus de passation des marchés public est incroyable » et le dispositif « suscite des craintes sur la pertinence constitutionnelle du rôle accru des juges dans la procédure du *DPA* ». Voir également, A. SAMUELS, « Deferred prosecution agreement (DPA) », [2012] *Crim. Law.* 211, n° 2-3 : « Les rôles respectifs du juge indépendant et impartial dans le contrôle de la procédure et du procureur agissant dans l'intérêt public rapportant la preuve devant le tribunal pourraient devenir flous. Les juges n'ont jamais aimé les 'accords' entre l'accusation et la défense. L'accusation peut bien retirer les accusations ou les accusations les plus graves, en échange d'un plaidoyer de culpabilité. Mais le procureur ne peut jamais accepter une phrase de la défense, le plus qu'il puisse faire est, le cas échéant, de rappeler au juge du procès ses pouvoirs de sanction. Il pourrait être difficile pour la poursuite et le défendeur de prévoir ce que le juge va dire lors de la première audience de validation et lors de l'homologation finale. Celui-ci pourrait être paresseux ou indifférent ou simplement enregistrer ce qui lui est présenté. Ceci est assez improbable dans notre système, même si le juge a, de nos jours, une conscience aiguë des contraintes de ressources et de temps. Le juge pourrait être hostile à la *DPA* et faire montre d'un interventionnisme rigoureux à chaque étape, de sorte que le bénéfice de flexibilité et de rapidité de la *DPA* serait perdu, et le ministère public serait ainsi mieux avisé d'exercer des poursuites dès le début ». Surtout, « [le] procureur pourrait suivre la solution de facilité, obtenir un simple éclairage et effectuer une enquête superficielle, trop facilement accepter ce que soutient la société défenderesse (...) ». Pour une critique du *DPA* américain et de ses conséquences, voir A. MIGNON COLOMBET et F. BUTHIAU, « Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée. - Punir, surveiller, prévenir ? Justice négociée », *JCP G* 2013, doct. 359. En réponse, pour une défense du *DPA*, voir L. COHEN-TANUGI et E. BREEN, « Le *deferred prosecution agreement* américain. - Un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale », *JCP G* 2013, 954.

¹⁰¹⁸ *Crime and Courts Act* 2013, § 3(1), sched. 17.

*association, but may not be an individual*¹⁰¹⁹. La partie 2 de la schedule 17 énumère les infractions pouvant faire l'objet d'un *DPA*, parmi lesquelles figurent diverses fraudes (notamment à la TVA), le faux, la présentation de faux documents ou de faux bilans, la contrefaçon, la violation de l'interdiction d'exercer une activité réglementée, les déclarations et pratiques trompeuses, le recel, le blanchiment, la corruption, le vol, et les « infractions auxiliaires » à celles-ci, c'est-à-dire, la complicité, la tentative ou le complot de telles infractions. L'effet d'un *DPA* est de suspendre les poursuites engagées par le procureur par *indictment* devant la *Crown court*¹⁰²⁰.

388. Procédure du *DPA*. Le procureur désigné peut, de manière discrétionnaire, recourir au *DPA* lorsque cela apparaît conforme à l'intérêt de la justice. Le *Deferred Prosecution Agreements Code of Practice* édicté par le *SFO* et le *CPS*, entré en vigueur le 12 février 2014, édicte à destination du *prosecutor* un test en deux étapes pour déterminer s'il peut être recouru au *DPA* : le test probatoire (*evidential test*) puis le test de l'intérêt public (*public interest test*). Le procureur doit d'abord être convaincu que soit le test probatoire édicté par le *Code for Crown Prosecutors* est satisfait, soit « qu'il existe *a minima* une suspicion raisonnable que la personne morale a commis l'infraction et qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la poursuite de l'enquête permettrait de recueillir davantage de preuves admissibles dans un délai raisonnable afin que toute les preuves recueillies soient susceptibles d'établir une perspective réaliste de condamnation (...) »¹⁰²¹. Le procureur doit ensuite être convaincu qu'il serait conforme à l'intérêt public de recourir au *DPA* plutôt que de recourir à des poursuites¹⁰²².

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, § 4(1).

¹⁰²⁰ *Ibid.*, § 2(2), sched. 17.

¹⁰²¹ *Deferred Prosecution Agreements Code of Practice*, 12 févr. 2014, § 1.2 i. Le paragraphe 1.4 précise que l'appréciation du délai raisonnable est « fonction de tous les faits et circonstances de l'affaire, y compris son étendue, sa nature et sa complexité ».

¹⁰²² *Ibid.*, § 1.2 ii. Le paragraphe 2.4 précise que « plus l'infraction est grave, plus il est probable qu'une poursuite sera nécessaire dans l'intérêt public. Les facteurs de gravité comprennent, non seulement le montant de tout gain ou de toute perte, mais aussi le risque de préjudice pour le public, les victimes non identifiées, les actionnaires, les employés et les créanciers, ainsi que la stabilité et l'intégrité des marchés financiers et du commerce international. L'impact de l'infraction dans d'autres pays, et pas seulement les conséquences qu'elle peut produire au Royaume-Uni, devrait être pris en compte ». Les paragraphes 2.8.1 et 2.8.2 énumèrent des facteurs supplémentaires en faveur et en défaveur de la poursuite. En faveur de la poursuite, les facteurs sont notamment les suivants : le fait que la conduite présumée fait partie des pratiques commerciales de la personne morale, que la personne morale a déjà été l'objet d'un avertissement, de sanctions ou de poursuites pénales, le fait que la personne morale n'ait pas averti de l'acte répréhensible dans un délai raisonnable alors que l'infraction venait d'être découverte. En défaveur de la poursuite, les facteurs sont notamment les suivants : la coopération des organes de la personne morale lorsque les infractions furent portées à leur connaissance, l'indemnisation des victimes, l'absence de conduites similaires antérieures, le fait que l'infraction constitue une action isolée commise par des individus, par exemple par une direction de

La procédure débute par l'envoi d'une lettre d'invitation officielle indiquant la base sur laquelle toutes les négociations vont se poursuivre. Les réunions entre les parties feront l'objet d'un procès-verbal et les minutes sont convenues et signées. Toutefois, le contenu des négociations ainsi que les documents échangés demeurent confidentiels. Après le début des négociations, mais avant que les termes de l'accord n'aient été acceptés, le procureur doit saisir la *Crown court* d'une requête concluant que le *DPA* projeté est conforme à l'intérêt de la justice, et que les termes proposées sont justes, raisonnables et proportionnées¹⁰²³. La requête doit contenir un exposé des faits relatifs à l'infraction soupçonnée, éventuellement la reconnaissance de ceux-ci par la personne morale¹⁰²⁴. Elle doit également préciser la date à laquelle l'accord cessera de produire effet autrement que par l'inexécution des obligations qu'il contient, indiquer les obligations auxquelles s'engage la personne morale qui peuvent être – la liste n'étant pas exhaustive – le versement au poursuivant d'une sanction pécuniaire, l'indemnisation des victimes de l'infraction reprochée, le versement d'une somme d'argent à un organisme de bienfaisance ou une autre tierce partie, l'engagement de renoncer aux bénéfices résultant de la commission de l'infraction, la mise en œuvre d'un programme de *compliance*, de coopérer à toute enquête relative à l'infraction reprochée ou de payer au procureur les frais engagés en lien avec l'infraction¹⁰²⁵. À l'issue de cette audience préliminaire se tenant à huis clos, la cour rend une décision motivée. En cas de rejet de la requête, le procureur peut toutefois présenter une nouvelle requête¹⁰²⁶. Si la cour fait droit à la requête, le *prosecutor* peut poursuivre la négociation. Une fois que les termes définitifs de l'accord ont été trouvés, le *prosecutor* doit soumettre à la cour une seconde requête concluant que le *DPA* conclu est conforme à l'intérêt de la justice, et que les termes proposées sont justes, raisonnables et proportionnées. Si la cour y fait droit, le *DPA* entre en vigueur. Cette audience finale se tient également à huis clos, mais s'il est fait droit à la requête, la décision du juge et les motifs qui la fondent doivent être rendus en audience publique. Le *prosecutor* devra ensuite

voyous, que l'infraction soit ancienne, qu'une condamnation serait susceptible d'avoir des conséquences disproportionnées pour la personne morale, sur le public, les employés et les actionnaires.

¹⁰²³ *Crime and Courts Act* 2013, § 7(1)-(6), sched. 17.

¹⁰²⁴ Le paragraphe 6.3 du *Deferred Prosecution Agreements Code of Practice* précise, en effet, qu'« il n'est pas nécessaire d'obtenir une reconnaissance formelle de culpabilité des infractions visées par l'*indictment*, mais il sera nécessaire que [la personne morale] admette le contenu et la portée des documents clés visés par l'exposé des faits ».

¹⁰²⁵ *Crime and Courts Act* 2013, § 5(3), sched. 17.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, § 7.

procéder à la publication du *DPA* des décisions – préliminaire et définitive – de la *Crown court* et des motifs de celles-ci¹⁰²⁷.

Une fois le *DPA* entré en vigueur, il appartient au *prosecutor* de vérifier que la personne morale respecte les termes de l'accord. S'il croit que la personne morale n'a pas respecté les termes de l'accord, le *prosecutor* peut faire une demande à la cour. Celle-ci devra décider si la personne morale a effectivement manqué à ses obligations. En cas de décision positive, la cour peut inviter le *prosecutor* et la personne morale à convenir de propositions afin de remédier à la défaillance ou mettre fin au *DPA*. La décision de la cour fera l'objet d'une publication de la part du procureur¹⁰²⁸. Si, ayant constaté des défaillances dans l'exécution du *DPA*, le *prosecutor* décide de ne pas soumettre de requête à la cour tendant à constater ces défaillances, celui-ci doit publier les raisons qui justifient selon lui la défaillance de la personne morale et les raisons l'ayant conduit à ne pas saisir la juridiction¹⁰²⁹.

Afin de prévenir tout échec du *DPA*, le *Crime and Courts Act 2013* prévoit qu'il est possible de modifier les termes de l'accord en cours d'exécution. Une telle modification peut être opérée à l'invitation de la cour statuant sur une requête tendant à constater la défaillance de la personne morale ou d'initiative par les parties lorsque surviennent des circonstances qui ne pouvaient être initialement prévues. Dans ce dernier cas, le *prosecutor* doit saisir la cour d'une requête en ce sens démontrant que la modification envisagée est conforme à l'intérêt de la justice et que les termes du nouvel accord sont justes, raisonnables et proportionnés. L'audience peut se tenir à huis clos. Si la cour fait droit à la demande de modification, la décision et les motifs qui la fondent seront rendus en audience publique. Les modifications n'entrent en vigueur qu'après approbation de la cour¹⁰³⁰. Si la cour décide de ne pas approuver les modifications, le *prosecutor* devra publier la décision¹⁰³¹.

389. Effets et attributs du *DPA*. L'arrivée du terme fixé par l'accord entraîne l'abandon de la poursuite engagée par voie d'*indictment* jusque-là seulement suspendue par l'entrée en vigueur du *DPA*¹⁰³². Cet abandon résulte d'un avis donné à la *Crown court* par le

¹⁰²⁷ *Ibid.*, § 8(7). Le paragraphe 12 prévoit toutefois que cette obligation de publication pourra être reportée pour une durée que la cour estime nécessaire s'il apparaît à celle-ci qu'un tel report sera de nature à prévenir une atteinte à la bonne administration de la justice.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, § 9(1) à (7).

¹⁰²⁹ Sous réserve de l'application du paragraphe 12. *Ibid.*, § 9(8).

¹⁰³⁰ *Ibid.*, § 10(1) à (6).

¹⁰³¹ *Ibid.*, § 10(7). Le paragraphe 10(8) réserve, là aussi, l'application du paragraphe 12.

¹⁰³² La section 11 de la schedule 17(4) prévoit toutefois des hypothèses de suspension du terme fixé par l'accord, notamment lorsqu'une demande, tendant à constater la défaillance de la personne morale, est présentée par le procureur à la cour.

prosecutor. Dans une telle hypothèse, le *prosecutor* devra publier un communiqué mentionnant le fait que les poursuites ont été abandonnées, et contenant les détails des engagements qui ont été respectés par la personne morale¹⁰³³. En conséquence la section 11(2) de la schedule 17 du *Crime and Courts Act* 2013 énonce qu' « une nouvelle procédure pénale ne peut être intentée contre [la personne morale] pour l'infraction présumée ». Toutefois, un tel abandon des poursuites n'interdit pas au procureur d'intenter des poursuites, après arrivé du terme fixé, si celui-ci estime que la personne morale lui a fourni des informations inexactes, mensongères ou incomplètes et savait ou aurait dû savoir que l'information était inexacte, trompeuse ou incomplète¹⁰³⁴.

Le paragraphe 13 de la schedule 17 envisage les hypothèses dans lesquelles les preuves recueillies au cours de la procédure du *DPA* – les projets de *DPA*, les projets d'exposé des faits, les déclarations faites par la personne morale au cours des négociations – peuvent être utilisées. Lorsqu'une procédure pénale est engagée contre la personne morale à la suite de la conclusion d'un *DPA*, l'exposé des faits doit être considéré comme une reconnaissance formelle de ceux-ci au sens de la section 10 du *Crime and Justice Act* 1967¹⁰³⁵. À l'inverse, si le *DPA* n'a pas été validé par la cour, les preuves recueillies ne peuvent être utilisées comme preuve contre la personne morale que dans le cadre d'une poursuite pour une infraction consistant en la fourniture d'informations inexactes, mensongères ou incomplètes, ou lors d'une poursuite pour une autre infraction lorsque la personne morale fournit des preuves incompatibles avec les preuves recueillies au cours des négociations du *DPA*¹⁰³⁶.

390. *L'office du juge dans la procédure du DPA*. Le contrôle du juge est au cœur de

¹⁰³³ Sous réserve de l'application du paragraphe 12. *Ibid.*, § 11(8).

¹⁰³⁴ *Ibid.*, § 11(3).

¹⁰³⁵ Le paragraphe 6.4 du *Deferred Prosecution Agreements Code of Practice* précise ainsi que, « [d]ans le cas où [la personne morale] serait poursuivi pour l'infraction soupçonnée qui a fait l'objet d'un *DPA* approuvé par la cour, l'exposé des faits serait recevable à l'encontre de celle-ci conformément à la section 10 du *Criminal Justice Act* 1967 dans toute procédure pénale ultérieure ». Pour une critique du dispositif, voir M. BISGROVE et M. WEEKES, « Deferred prosecution agreements : a practical consideration », [2014] *Crim LR* 416, spéc. 424-425 : « Cela peut sembler très injuste pour la société défenderesse. Il est clair que les *DPA* peuvent être conclus pour une question d'opportunité commerciale, et les négociations peuvent nécessiter des concessions de la part des deux parties, de sorte que l'exposé final des faits représente un compromis entre l'accusation et la défense. Il est fait valoir qu'il aurait été préférable de traiter l'exposé des faits comme l'équivalent d'une confession, permettant ainsi à la société défenderesse d'expliquer, le cas échéant, pourquoi l'admission n'était pas vraie. Le sévérité potentielle d'une telle position peut [toutefois] être atténuée par la section 10 (4) du *CJA* 1967. Celle-ci prévoit qu'un aveu peut être retiré 'avec l'autorisation de la cour'. Lorsqu'une véritable injustice à l'encontre de la société défenderesse, résultant de ce que la déclaration est traitée comme un aveu, peut être démontrée, la juridiction peut utiliser ce pouvoir pour permettre à l'entreprise de se rétracter. [De même] une utilisation subséquente dans la procédure serait également sujette au pouvoir prépondérant de la cour en vertu de la section 78 du *PACE* 1984 [qui permet de déclarer irrecevable des preuves recueillies] ».

¹⁰³⁶ *Crime and Courts Act* 2013, § 13(4)(b), sched. 17.

la procédure du *DPA*. Le gouvernement a ainsi pu considérer que « le rôle du juge qui est proposé est de garantir un examen indépendant du processus afin d'instiller de la certitude et de la confiance au public et d'assurer que les conditions proposées répondent convenablement à la faute alléguée. (...) Le juge ne sera pas chargé de juger une infraction ni de condamner la personne morale. Puisque le *DPA* est fondamentalement basé sur un accord entre les parties, nous ne proposons pas que le juge dispose des pouvoirs particuliers de rendre des ordonnances ou des pouvoirs larges lui permettant de modifier les termes du *DPA* ou le projet de mise en accusation. Il sera toutefois, en mesure de suggérer au procureur des voies par lesquelles le projet de *DPA* devrait être modifié, voies qui devraient alors être acceptées par les deux parties »¹⁰³⁷. Comme le relèvent des commentateurs, cette innovation est « annonciatrice d'une implication sans précédent, et peut-être inopportune, de la magistrature dans l'approbation de l'action de l'exécutif » car « le rôle du pouvoir judiciaire dans les décisions de poursuite a jusqu'alors été clairement limité » à l'*abuse of process* : un juge « n'a pas d'autre pouvoir pour prévenir ou contraindre la poursuite d'un individu »¹⁰³⁸. Or, « l'implication du pouvoir judiciaire dans la procédure du *DPA* marque un profond changement dans la façon dont les infractions de ce type seront traitées par les juridictions, car il est nécessaire que le juge entre dans l'arène. Cette implication est limitée, mais très significative. Pour la première fois, le point de vue du juge sur la question des intérêts de la justice en ce qui concerne le résultat sera déterminant plutôt que simplement influent »¹⁰³⁹. En outre, le *prosecutor* se verra, pour la première fois, donner un rôle décisif dans la détermination de la peine : « la fonction traditionnelle du juge dans la détermination de la peine sera considérablement influencée par l'accord des

¹⁰³⁷ MINISTRY OF JUSTICE, *Deferred prosecution agreements : Government response to the consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations*, préc., § 75.

¹⁰³⁸ M. BISGROVE et M. WEEKES, « Deferred prosecution agreements : a practical consideration », art. préc., p. 429.

¹⁰³⁹ *Ibid.* Les auteurs font d'ailleurs remarquer que, puisqu'il devra se prononcer sur la conformité du *DPA* « aux intérêts de la justice » et sur le « caractère juste, raisonnable et proportionné » de celui-ci, le juge devra disposer d'une solide expérience et d'une excellente connaissance de l'affaire, du passé de l'entreprise, des circonstances de la commission de l'infraction et des mesures d'investigation effectuées. Voir également, F. MAZZACUVA, « Justifications and purposes of negotiated justice for corporate offenders : deferred and non-prosecution agreements in the UK and US systems of criminal justice », (2014) 78(3) *J. Crim. L.* 254 : « Cependant, il n'est pas difficile de déterminer d'autres rôles joués par le juge, dont on pourrait attendre une approche attentiste – a '*wait and see*' approach – à l'égard des négociations. En d'autres termes, non seulement le juge est-il un arbitre neutre défendant les personnes morales vulnérables délinquantes contre les conséquences collatérales, mais il peut aussi être considéré comme un fiduciaire pour les intéressés non représentés. En sa qualité de fiduciaire, le juge pourrait protéger les parties dont les intérêts peuvent être compromis inutilement par l'imposition unilatérale, par le procureur, de l'accord qui lui est soumis. Le juge doit également assumer ce rôle au cours des négociations, mais aussi lors de la mise en œuvre des termes de l'accord (...) ».

parties à l'égard de ce que la peine devrait être »¹⁰⁴⁰.

Le *Code of practice* et les *Criminal Procedure Rules* prévoient que la Cour peut ajourner l'audience à la demande des parties ou de sa propre initiative, « en particulier si la Cour requiert plus d'informations » sur les faits¹⁰⁴¹.

2. La consécration du procès non-contentieux en France

391. Le code de procédure pénale français comporte désormais trois procédures évinçant le contentieux, et qui sont soumises au contrôle du juge. Deux sont des alternatives aux poursuites, la transaction pénale et la composition pénale (a), la dernière constitue un mode simplifié de poursuite, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (b).

a. La transaction pénale policière et la composition pénale

392. La transaction pénale policière. « [V]ariante mineure de la composition pénale conclue entre le procureur et le suspect », selon l'expression de Jacques-Henri Robert, la transaction pénale fut introduite par la loi du 15 août 2014¹⁰⁴². Elle permet à l'officier de police judiciaire, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement et sur autorisation du procureur de la République, de transiger avec les personnes physiques et les personnes morales sur la poursuite. Son champ d'application est cependant plus vaste que

¹⁰⁴⁰ *Ibid.* Les auteurs observent qu'« un autre aspect inhabituel de la procédure résulte de ce qu'elle ne sera en aucune façon *adversarial*. Dès le stade de l'audience préliminaire, la défense et l'accusation seront d'accord sur la question devant être résolue par un *DPA*. Cela peut poser problème au juge qui se révélerait ainsi sceptique sur la manière dont l'affaire doit être résolue, car la nature *adversarial* traditionnelle des litiges et des plaidoyers devant cette juridiction permet aux juges d'éprouver les arguments avancés et de disposer de l'argument contraire à celui qui est présenté ». Bien que la loi demeure muette sur la question de savoir si les deux parties seront présentes à l'audience, le paragraphe 12.2(3)(a) des *Criminal Procedure Rules* exige que la défense et la poursuite soient présentes à l'audience. Voir ainsi, *Criminal Procedure Rules, Part. 12 « Deferred Prosecution Agreements »*, entrées en vigueur le 6 octobre 2014.

¹⁰⁴¹ *Deferred Prosecution Agreements Code of Practice*, §§ 9.6 et 10.5, *Criminal Procedure Rules, Part 12 « Deferred Prosecution Agreements »*, § 12.6.

¹⁰⁴² J.-H. ROBERT, « Réforme pénale - Punir dehors. Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *Dr. pén.* 2014, étude 16, n° 13. Sur ce point, voir l'éditorial de P. CONTE, « Humeur de rentrée », *Dr. pén.* 2014, repère 8, qui relève que « des dispositions contestables de la loi du 15 août ont échappé à la critique, et donc à l'examen : ainsi du pouvoir conféré à un simple officier de police judiciaire de procéder à une transaction sur l'action publique, avec l'autorisation du procureur de la République et l'homologation du président du tribunal de grande instance. Il faudra par conséquent attendre une future question prioritaire de constitutionnalité, qui, opérant à la manière d'une session de rattrapage, nous permettra d'en avoir le code net. D'ici là, au diable la sécurité juridique ! ». Sur cette procédure, voir également, J.-B. PERRIER, « La transaction pénale de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale. Bonne idée ou outil dangereux ? », *D.* 2014, p. 2182 et s.

celui de la composition pénale puisqu'il inclut tous les délits du code pénal qui ne font encourir, à titre principal, qu'une peine d'amende ou un emprisonnement inférieur ou égal à un an à l'exclusion du délit d'outrage¹⁰⁴³, et toutes les contraventions du même code, à la condition que, en vertu des article 529 et R. 48-1 du code de procédure pénale, elles ne soient pas déjà susceptibles d'être sanctionnées par une amende forfaitaire. S'y ajoutent le vol simple, si l'objet a une valeur inférieure à 300 euros¹⁰⁴⁴, et les délits de consommation de stupéfiants (art. L. 3241-1 CSP) et d'occupation des parties communes des immeubles collectifs d'habitation (art. L. 126-3 CCH).

La sanction pénale convenue au moyen de la transaction se réduit au paiement d'une amende, égale ou inférieure au tiers de celle qui est légalement encourue selon le texte de pénalité applicable, et en une réparation, dans un certain délai, du dommage causé par l'infraction. Avant même le paiement de l'amende, l'officier de police judiciaire peut imposer à la personne une consignation destinée à garantir le paiement de l'amende (art. 41-1-1, I, al. 8, CPP). L'homologation de la proposition de transaction interrompt la prescription de l'action publique et l'exécution des obligations l'éteint. Selon l'article 41-1-1 III, alinéa 3, du code de procédure pénale, « [e]n cas de non-exécution de l'intégralité des obligations dans les délais impartis ou de refus d'homologation, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre les mesures prévues à l'article 41-1 du code de procédure pénale ou une composition pénale, ou engage des poursuites ».

De nombreux points demeurent toutefois en suspens. Ainsi, le texte ne prévoit pas l'intervention de l'avocat au cours de la procédure, alors que l'amende prononcée peut s'élever à 15 000 euros pour un vol. De plus rien n'est précisé sur la procédure d'homologation, et il semble difficile de raisonner par analogie avec la CRPC puisque cette dernière constitue un mode de poursuite simplifié, non une mesure préalable ou alternative aux poursuites¹⁰⁴⁵. De même, à la différence de la médiation-réparation, la transaction pénale policière n'est pas un préalable à la poursuite puisqu'en cas de réussite de celle-ci, l'action publique est éteinte et toute poursuite ou alternative aux poursuites est impossible. Elle constitue ainsi, tout comme la composition pénale, une véritable alternative aux poursuites. Toutefois, à la différence de l'échec de la composition pénale – qui oblige le

¹⁰⁴³ L'exclusion du délit d'outrage est destinée à préserver l'impartialité de l'officier de police judiciaire qui ne pourra se trouver victime de celui-ci et auteur d'une proposition de transaction. Toutefois, le texte n'exclut pas le délit de rébellion.

¹⁰⁴⁴ Art. R. 15-33-37-3 I CPP issu du décret n° 2015-1272 du 13 oct. 2015 pris pour l'application des articles 41-1-1 du code de procédure pénale et L. 132-10-1 du code de la sécurité intérieure.

¹⁰⁴⁵ On peut d'ailleurs relever que, lorsque l'intervention du juge du siège s'applique pour la composition pénale, l'article 41-2 du code de procédure pénale parle de « validation » de la mesure, non d'homologation. L'imprécision du langage reflèterait-elle le flottement de la pensée du législateur ?

procureur à engager des poursuites –, l'échec de la transaction pénale laisse entier le choix du procureur – le recours à la médiation-réparation, à une composition pénale ou à l'engagement des poursuites. Le texte toutefois, ne précise pas que la transaction sera inscrite au casier judiciaire de l'intéressé. De même, l'homologation n'a, *a priori*, aucune force exécutoire puisque d'une part, c'est l'exécution de la transaction qui éteint l'action publique et, d'autre part, le texte prévoit la marche à suivre en cas de non-exécution¹⁰⁴⁶. En réalité il semble bien que la qualification de la transaction policière dépende de la réussite de la mesure. Soit elle réussit, l'action publique est éteinte, c'est donc une véritable alternative aux poursuites à la différence des mesures prévues par l'article 41-1 du code de procédure pénale qui, elles, constituent un préalable à la décision sur l'action publique, puisqu'elles n'éteignent pas l'action publique même en cas de succès. En cas d'inexécution, elle est un préalable à la décision sur l'action publique puisque le texte prévoit que toutes les voies – le recours aux mesures de l'article 41-1 d du code de procédure pénale, la composition pénale ou le fait d'engager des poursuites – demeurent ouvertes au procureur de la République. Finalement, il serait tentant de qualifier la transaction policière homologuée d'alternative aux poursuites sous condition résolutoire d'inexécution des mesures et de mesure préalable à la décision sur l'action publique sous condition suspensive d'inexécution des mesures fixées.

393. La composition pénale. Après la tentative avortée d'introduction de l'injonction pénale, la loi du 23 juin 1999 a introduit la composition pénale, qui permet au procureur de la République, avant l'action publique tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, de proposer à une personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, de s'acquitter d'une amende

¹⁰⁴⁶ Voir, toutefois, art. R. 15-33-37-5, al. 2, CPP issu du décret du 13 oct. 2015 qui dispose que la consignation imposée par l'officier de police judiciaire et acceptée par la personne mise en cause « vaut paiement de l'amende transactionnelle si la transaction est homologuée ». Aussi, la consignation produira-t-elle un effet libératoire sous condition suspensive de l'homologation. Voir également, O. DECIMA, « Les dispositions visant à renforcer les pouvoirs de la police et de la gendarmerie en cas de violation de leurs obligations par les personnes placées sous main de justice », intervention au colloque organisé par l'Institut de criminologie de Paris, Université Paris II Panthéon-Assas, sur « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales dite 'Loi Taubira' », 20 nov. 2014, qui constate l'absence de force exécutoire de la transaction, mais relève que l'officier de police judiciaire dispose du pouvoir de subordonner la mesure à la consignation d'une somme d'argent. En outre, Olivier Décima s'interroge sur la pertinence de la qualification de « transaction » de la mesure prévue par l'article 41-1-1 du code de procédure pénale – puisque l'officier de police judiciaire ne peut transiger, n'ayant ni la faculté de déclencher, ni celle d'exercer l'action publique, sauf à considérer que la loi opèrerait délégation de celle-ci, ce qui ferait de l'officier de police judiciaire un délégué du procureur.

de composition au Trésor public ne pouvant excéder le montant maximum de l'amende encourue, de se dessaisir au profit de l'État de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit, de remettre son véhicule, pour une période maximale de six mois, à des fins d'immobilisation, de remettre au greffe son permis de conduire, de suivre un stage ou une formation pour une durée de trois mois maximum ou d'accomplir au profit de la collectivité un travail non rémunéré pour une durée maximale de 60 heures.

Lorsque l'auteur des faits donne son accord, le procureur de la République doit saisir le président du tribunal d'une requête aux fins de validation. Dans le cadre de cette validation, le juge n'opère qu'un contrôle de la régularité formelle de la procédure de composition. Il ne lui est reconnu aucun pouvoir de contrôler l'opportunité de la mesure ni la légalité des actes d'investigation effectués¹⁰⁴⁷.

Les décisions prises par le procureur dans le cadre de la composition pénale et validées par le juge du siège, ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée au civil¹⁰⁴⁸, ni au pénal puisque l'article 41-2, alinéa 9, du code de procédure pénale prend soin de préciser que c'est l'exécution, non la validation de la composition pénale qui éteint l'action publique. *A contrario*, le déclenchement de l'action publique antérieurement à l'exécution de la composition pénale demeure théoriquement possible par le ministère public ou la partie civile¹⁰⁴⁹. Par ailleurs, la composition pénale validée ne peut constituer le premier terme de

¹⁰⁴⁷ En ce sens, Y. CAPDEPON, « Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? », *Dr. pén.* 2007, étude 15, n° 8.

¹⁰⁴⁸ Cass. crim., 24 juin 2008, *Bull. crim.* n° 162, *AJ pén.* 2008, p. 422, obs. C. Saas. Dans cette espèce, le prévenu avait commis des actes de violences aggravées sur une personne. Le procureur avait proposé une composition pénale comprenant une amende de 300 euros et des dommages-intérêts de 150 euros au profit de la victime. La proposition acceptée fut validée par le président du tribunal et la composition exécutée dans les quatre mois. Bien qu'ayant reçu l'indemnité fixée, la victime exerça l'action civile devant le président du tribunal, en application de l'article 49, alinéa 2, du code de procédure pénale, lequel déclara sa demande irrecevable comme se heurtant à l'autorité de la chose jugée attachée à la validation. La cour d'appel infirma cette décision, considérant qu'aucune transaction, au sens des articles 2044 et suivants du code civil, n'avait été conclue et qu'en conséquence, la demande de la partie civile était recevable. La chambre criminelle approuve la décision des juges d'appel « notamment au regard de l'article 41-2, alinéa 9, du code de procédure pénale, selon lequel la composition pénale, si elle éteint l'action publique, ne fait pas échec au droit de la partie civile de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel statuant sur les seuls intérêts civils ». Voir également, Cass. soc., 13 janv. 2009, *Bull. V* n° 1 ; *D.* 2009, AJ 291, note S. Lavric ; *ibid.*, 709, note Beyneix et Rovinski : « (...) l'ordonnance aux fins de validation de la composition pénale rendue par le président du tribunal en application de l'article 41-2 du code de procédure pénale, sans débat contradictoire à seule fin de réparer le dommage, l'action publique étant seulement suspendue, n'a pas autorité de chose jugée au pénal sur le civil ». Sur ces décisions, voir B. BOULOC, « Regards sur l'autorité de la chose jugée en matière pénale » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Lexisnexus, Paris, 2012, pp. 70-71, qui relève qu'« il était permis de penser que la décision ayant validé pouvait être dotée de l'autorité de la chose jugée » et s'interroge sur le maintien de ces solutions « dans le futur code de procédure pénale, notamment eu égard au rôle et aux missions nouvelles confiées au procureur de la République ».

¹⁰⁴⁹ Toutefois, la signature d'un procès-verbal de proposition de composition pénale, que le parquet n'aurait pas transmis pour validation en raison du comportement ultérieur de l'intéressé, entacherait de nullité la

la récidive¹⁰⁵⁰. De plus, les décisions prises n'ont pas force exécutoire puisqu'en cas de non-exécution de la mesure, le procureur doit recourir à une composition pénale ou tenter des poursuites (art. 41-1, dernier al., CPP). Dans le cadre de la composition pénale, la validation par le juge du siège permet certes la mise à exécution des mesures décidées, puisque l'article 41-2, alinéa 6, du code de procédure pénale indique que « si ce magistrat rend une ordonnance validant la composition, les mesures décidées sont mises à exécution ». Elle ne confère cependant pas force exécutoire à la décision qui permettrait au ministère public de procéder à l'exécution forcée par le recours à la force publique, puisque, en cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, la seule solution – qui est d'ailleurs une obligation – qui s'offre au ministère public est, « sauf élément nouveau », l'engagement des poursuites (art. 41-2, al. 6, *in fine*, CPP). De même, aucune interversion de prescription ne s'applique à la suite du prononcé et à la validation de ces mesures : c'est bien la prescription de l'action publique qui est suspendue dans le cadre des mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale (art. 41-1, al. 2, CPP) ou interrompue dans le cadre de la mise en œuvre d'une composition pénale (41-2, al. 7, CPP), non la prescription de la peine qui a commencé à courir. Enfin, si l'exécution de la composition pénale éteint l'action publique, cette exécution, tout comme le recours à la médiation-réparation, ne fait cependant pas échec au droit de la partie civile de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel. On peut ainsi relever le paradoxe d'une mesure destinée à désengorger les juridictions pénales du jugement des infractions, mais qui, finalement, conduit à multiplier les hypothèses où les juridictions pénales ne se trouvent saisies que de la seule action civile¹⁰⁵¹.

En revanche, depuis la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, les décisions de validation d'une composition pénale figure au bulletin n° 1 du casier judiciaire.

citation directe et le jugement qui s'en suivrait, la chambre criminelle considérant qu'« il résulte de l'article 41-2 du code de procédure pénale que, lorsque l'auteur des faits a donné son accord aux mesures proposées par le procureur de la République, ce dernier est tenu de saisir le président du tribunal aux fins de validation de la composition ». Voir ainsi, Cass. crim., 20 nov. 2007, *Bull. crim.* n° 287 ; *D.* 2008, 1035, note critique Y. Joseph-Ratineau, s'appuyant notamment sur une circulaire du 11 juillet 2001 indiquant explicitement que le procureur de la République est libre de modifier à tout moment l'orientation de la procédure, y compris après la validation de la composition pénale.

¹⁰⁵⁰ Cass. avis, 18 janv. 2010, préc. ; Cass. crim., 30 nov. 2010, préc.

¹⁰⁵¹ Sur cette question, voir S. DETRAZ, « La juridiction pénale saisie de la seule action civile : une situation en voie de généralisation », *Procédures* 2008, étude 10, spéc. n° 14-15.

b. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

394. *La nature juridique de la CRPC.* La CRPC constitue, à la différence de la transaction pénale, des mesures décidées sur le fondement de l'article 41-1 du code de procédure pénale et de la composition pénale, un mode de poursuite par lequel le procureur de la République propose à la personne qu'il soupçonne d'avoir commis une infraction punie, une peine ne pouvant être supérieure à un an d'emprisonnement et ne pouvant excéder la moitié de la peine encourue, lorsque celle-ci reconnaît sa culpabilité. La loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, a élargi le domaine de la CRPC, jusque-là limité aux infractions punies d'une peine d'emprisonnement inférieure à 5 ans. Désormais, la procédure est applicable en principe à l'ensemble des délits¹⁰⁵².

La doctrine a insisté sur la similitude entre les fonctions dévolues au procureur dans le cadre de la CRPC et celle du juge répressif. Dans le cadre de la CRPC, écrit ainsi Jean-Christophe Saint-Pau, « fonction de poursuite et fonction de jugement s'entrecroisent dans un étrange scénario qui brouille la qualité des acteurs »¹⁰⁵³. L'office du procureur s'apparenterait ainsi à celui du juge puisque celui-ci participe activement au jugement sur deux aspects : la culpabilité et la peine. D'une part, le ministère public est en effet chargé de recueillir l'aveu sur la culpabilité (art. 495-8 CPP), le juge du siège ne procédant ensuite qu'à la constatation de cette reconnaissance de culpabilité. D'autre part, le ministère public est chargé de proposer une peine et l'accord de la personne poursuivie fixera cette peine qui ne pourra plus être discutée à l'audience d'homologation (art. 495-9 CPP). « Le juge du siège est ainsi dépossédé d'une partie du « contenu de sa fonction de juger » au profit du procureur de la République dont l'intervention est légitimée par sa qualité de magistrat dont, pourtant, l'indépendance et l'impartialité sont sujettes à discussion »¹⁰⁵⁴.

395. *L'ambiguïté de l'office du procureur dans le cadre de la CRPC.* Toutefois il semble que le procureur vienne davantage ici capitaliser, en quelque sorte, les ambiguïtés des représentations que le législateur se fait de lui, puisqu'est favorisée, alternativement ou

¹⁰⁵² A l'exception de ceux mentionnés à l'article 495-16 du code de procédure pénale – les délits commis par un mineur de dix-huit ans, les délits de presse, les délits d'homicides involontaires, les délits politiques ou les délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale – et des délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans (art. 495-7 CPP).

¹⁰⁵³ J. C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », art. préc., n° 5.

¹⁰⁵⁴ *Ibidem*.

cumulativement, selon les besoins, sa figure de magistrat ou sa figure de plaideur : s'il est certainement devenu juge, il est aussi devenu un plaideur ordinaire.

Plusieurs indices renforcent en effet l'idée que le ministère public se conduit en juge. D'abord parce qu'il semble qu'il n'y ait, en pratique, aucune négociation entre le procureur et la personne mise en cause, ni sur la qualification des faits, ni sur le quantum de la peine¹⁰⁵⁵. Le ministère public décide, il ne négocie pas comme pourrait le faire un plaideur, même si rien dans la loi ne semble interdire une forme de négociation¹⁰⁵⁶. L'auteur d'un délit qui a fait l'objet d'une citation directe ou d'une convocation par officier ou agent de police judiciaire et son avocat peuvent certes solliciter le recours à cette procédure auprès du procureur¹⁰⁵⁷. Mais le procureur demeure maître de sa décision. Ensuite, parce que, depuis la loi du 13 décembre 2011, une CRPC peut-être proposée à l'issue de l'instruction préparatoire. L'article 180-1 du code de procédure pénale dispose en effet que « si le juge d'instruction estime que les faits constituent un délit, que la personne mise en examen reconnaît les faits et qu'elle accepte la qualification pénale retenue, il peut, à la demande ou avec l'accord du procureur de la République, du mis en examen et de la partie civile, prononcer par ordonnance le renvoi de l'affaire au procureur de la République aux fins de mise en œuvre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ». Le procureur se trouve désormais le destinataire de l'ordonnance de renvoi et, s'il se conduit en partie lorsqu'il sollicite le renvoi en CRPC, c'est bien en raison de sa qualité de juge qu'il en sera le destinataire, sauf à considérer que le juge puisse saisir une partie. Enfin, quand il détermine le quantum de la peine qu'il proposera, le procureur de la République doit tenir

¹⁰⁵⁵ Voir F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, Paris, 2010, p. 768. Selon ces auteurs, la CRPC se distingue du plea-bargaining en ce que « le prévenu ne peut pas négocier la qualification juridique retenue par le procureur de la République alors qu'une telle négociation est possible dans le cadre d'un plaider-coupable ».

¹⁰⁵⁶ Voir à cet égard Y. MSIKA, « Plaider coupable et rôle de l'avocat à Pontoise et ailleurs », *AJ pén.* 2005, p. 445 et s., qui estime que « l'avocat pourra soit proposer de renoncer à la procédure de CRPC, soit « négocier » avec le ministère public, après accord du client, pour obtenir une peine à la baisse, et s'il estime que la jurisprudence ne garantit pas son prononcé par la juridiction. La possibilité d'une telle voie doit être mesurée. L'avocat doit donner conseil à son client, eu égard aux faits, à sa personnalité et à la jurisprudence du tribunal, sur la clémence ou la sévérité de la peine proposée. Il est fortement suggéré de négocier avec le ministère public la peine proposée, car ce dernier a tendance à vouloir appliquer un barème au plus juste tiré d'un tableau déterminant une échelle de peines en fonction de la seule gravité de l'infraction (par exemple le taux de l'alcool pour les infractions routières), ce qui tendrait à une automaticité de la sanction. Il est, alors, indispensable de discuter avec le représentant du ministère public en avançant des arguments tenant à la personnalité, les antécédents et la situation personnelle du client, etc. pour permettre une individualisation de la peine proposée. S'il se retrouve face à un parquet sourd et devant le constat que le rôle de la défense se réduit à une peau de chagrin, l'avocat ne devrait pas accepter de poursuivre la procédure de CRPC, sauf nécessité impérieuse de l'intérêt de son client et devant une peine qui semble en définitive équitable ».

¹⁰⁵⁷ Art. 495-15, al. 1^{er}, CPP.

compte des dispositions des articles 130-1 et 132-1 du code pénal relatif à la personnalisation de la peine par le juge.

A l'inverse, d'autres indices accréditent l'idée que le ministère public se voit reconnaître le droit de se conduire en plaideur ordinaire. En premier lieu, depuis la loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il peut ne pas assister à l'audience d'homologation¹⁰⁵⁸, là où sa *ratio* profonde – permettre la juridictionnalisation de la répression – le conduisait à toujours être partie au procès pénal. En deuxième lieu, il peut, depuis la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, recourir à la technique dite de la « double-convocation » lui permettant de saisir parallèlement le juge homologateur et d'ordonner une convocation par officier ou agent de police judiciaire simultanément à la mise en œuvre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (art. 495-15-1 CPP)¹⁰⁵⁹. Aussi, se voit-il reconnaître la faculté ouverte à tout plaideur ordinaire souhaitant économiser du temps de saisir le juge du fond, au cas où le juge du provisoire considérerait qu'il n'y aurait lieu à référé. En troisième lieu, elle lui permet, de tenter d'obtenir une peine, sans que le refus éventuel du juge ne lui interdise de tenter sa chance devant le juge correctionnel statuant au contentieux, comme le ferait un plaideur ordinaire qui agirait en référé sans se voir interdire d'agir ensuite au fond.

Ces exemples montrent que les ambivalences des représentations du procureur de la République se traduisent toujours au profit de l'accroissement de ses pouvoirs, jamais au détriment de ceux-ci. Ainsi, à l'inverse du *CPS* qui demeure cantonné dans son rôle de plaideur au cours de la phase de détermination de la peine, le procureur se fait toujours le rentier de ses propres ambivalences. Il se voit ainsi, reconnaître le bénéfice de ce que Florence Bussy avait qualifiée de « concours d'action » et plus précisément, « le concours d'une action gracieuse et d'une action contentieuse »¹⁰⁶⁰, à la manière d'un époux qui peut bénéficier d'une action en divorce sur demande conjointe, qui relève de la matière gracieuse (art. 1088 CPC) et d'une action en divorce pour faute, qui présente un caractère

¹⁰⁵⁸ Art. 495-9, al. 2, *in fine*, CPP : « La présence du procureur de la République à cette audience n'est pas obligatoire ».

¹⁰⁵⁹ Sur cette réforme, voir F. DEFFERRARD, « La dénaturation du 'plaider coupable' après la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures », *Dr. pén.* 2009, étude 13 ; P.-J. DELAGE, « 'Plaider coupable' : la clarification par l'entérinement des pratiques », *D.* 2009, p. 1650 et s. ; Y. JOSEPH-RATINEAU, « Petites incohérences pratiques résultant de la double convocation dans le cadre de la CRPC », *D.* 2009, p. 2815 et s.

¹⁰⁶⁰ F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties (L'étendue de la faculté de choix du plaideur)*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 201, Paris, 1988, p. 15.

contentieux¹⁰⁶¹, à cette différence toutefois, qu'il bénéficie lui d'un cumul véritable et non simplement d'un concours théorique.

396. *Le rôle du juge chargé de l'homologation.* Le juge chargé d'homologuer la ou les peines proposées entend la personne et son avocat au cours d'une audience publique et, selon l'article 495-9 du code de procédure pénale, « après avoir vérifié la réalité des faits et leur qualification juridique, il peut décider d'homologuer les peines proposées par le procureur de la République ». Dans une réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel a imposé que le juge vérifie « non seulement la réalité du consentement de la personne mais également sa sincérité »¹⁰⁶². L'ordonnance d'homologation, précise l'article 495-11, « est motivée par les constatations, d'une part, que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte la ou les peines proposées par le procureur de la République, d'autre part, que cette ou ces peines sont justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ». Aussi le juge se voit-il conférer le rôle de traditionnel d'un juge homologateur, de contrôler l'opportunité de la mesure. L'ordonnance d'homologation a « les effets d'un jugement de condamnation » - elle constitue l'individu coupable - et se voit conférer les attributs de l'acte juridictionnel répressif puisqu'elle est immédiatement exécutoire. L'ordonnance de refus d'homologation quant à elle, n'est pas susceptible d'appel de la part du prévenu¹⁰⁶³.

Après avoir procéder aux vérifications exigées par la loi, le juge peut soit homologuer les peines proposées par le procureur de la République, soit refuser de le faire. Il ne peut cependant pas modifier les termes de l'accord qui lui est soumis. Le Conseil constitutionnel avait à cet égard considéré que « le président du tribunal de grande instance pourra également refuser d'homologuer la peine proposée si les déclarations de la victime apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur ». Sous cette réserve, il a ainsi considéré, que « les

¹⁰⁶¹ Sur ce concours, voir notamment J.-M. JACQUET, « Le rôle de la cause dans le nouveau droit français du divorce », *RTD civ.* 1984, p. 615 et s., spéc. n° 34 et s.

¹⁰⁶² Cons. const., 2 mars 2004, préc.

¹⁰⁶³ Voir F. DESPREZ, « L'ordonnance de refus d'homologation dans le cadre de la CRPC », *D.* 2007, p. 2043 : si le législateur explicite le statut de l'ordonnance d'homologation et le recours envisageable à son encontre, « une telle démarche n'a pas été effectuée concernant l'ordonnance de refus d'homologation. Celle-ci intervient lorsque le prévenu déclare devant le juge du siège ne pas accepter la peine proposée par le représentant du parquet ou lorsque le magistrat du siège estime qu'il y a une défaillance dans la reconnaissance des faits ou encore que la peine n'est pas justifiée au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de l'agent ». L'auteur ajoute que « la CRPC semble inverser la logique du recours. En effet, par principe, un appel est formé en cas de désaccord avec la décision prononcée. Or, le législateur, dans le cadre de cette nouvelle procédure, n'a ouvert l'appel que si les deux parties principales au procès sont d'accord et que la décision du juge du siège vient entériner cet accord ».

dispositions contestées ne portent pas atteinte au principe de la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement »¹⁰⁶⁴.

B. L'éviction corrélatrice du contentieux de l'annulation

397. La solidarité du contentieux de l'annulation et du contentieux de la culpabilité, commune aux deux systèmes, conduit à ce que l'éviction du contentieux de la culpabilité entraîne, corrélativement, l'éviction du contentieux de l'annulation. Cette éviction du contrôle *a posteriori* de la régularité des actes est totalement assumée en Angleterre (1). Elle est moins mise en avant en France alors qu'elle se trouve, en raison de la jurisprudence de la chambre criminelle, renforcée (2).

1. Une éviction assumée en Angleterre

398. Alors même que le *guilty-plea* ne prive pas le juge de son pouvoir de déterminer la peine, il est admis en Angleterre que la reconnaissance de culpabilité dispense le juge de toute vérification de la régularité des preuves et de l'accord éventuellement passé entre la personne mise en cause et le *prosecutor*. Comme le relève John Sparck, « il n'est pas dans l'intérêt général de perdre du temps et de l'argent à prouver que l'accusé est coupable s'il est prêt à admettre l'essentiel de ce qui lui est reproché, soit en plaidant coupable pour une infraction moins grave, soit en plaidant coupable pour certaines charges et non pour toutes »¹⁰⁶⁵.

399. L'éviction corrélatrice du contentieux de l'annulation qu'entraîne le *guilty plea* permet d'ailleurs à certains auteurs de puiser dans celui-ci un argument en défaveur de toute doctrine de la dissuasion dans la mise en œuvre des *exclusionary rules*¹⁰⁶⁶. La Commission Philips avait ainsi relevé que la fonction dissuasive des règles relatives à la recevabilité de la preuve était limitée à une minorité d'affaires, puisque de nombreuses personnes victimes

¹⁰⁶⁴ Cons. Const. n°2004-492 DC du 2 mars 2004, précitée.

¹⁰⁶⁵ J. SPARCK, *A Practical Approach to Criminal Procedure*, OUP, 9^{ème} éd., Oxford, 2002, n° 16.6, p. 251.

¹⁰⁶⁶ Pour une critique de la doctrine de la dissuasion, voir notamment, C. SLOBOGIN, « Why Liberals Should Chuck the Exclusionary Rule », [1999] *U. Illinois L Rev* 363 ; L. T. PERRIN, H. M. CALDWELL, C. A. CHASE et R. W. FAGAN, « If It's Broken, Fix It : Moving Beyond the Exclusionary Rule », (1998) 83 *Iowa L Rev* 669 ; C. M. D'ELIA, « The Exclusionary Rule : Who Does It Punish ? », (1995) 5 *Seton Hall Constitutional LJ* 563 ; R. E. BARNETT, « Resolving the Dilemma of the Exclusionary Rule : An Application of Restitutive Principles of Justice », (1983) 32 *Emory LJ* 937 ; D. H. OAKES, « Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure », (1970) 37 *U Chi L Rev* 665.

des agissements illégaux de la police ne sont soit pas arrêtées, soit pas inculpées, soit pas poursuivies, soit vont plaider coupables ou ne pas contester la légalité du recueil de la preuve¹⁰⁶⁷. De même, Paul Roberts et Adrian Zuckerman relèvent que « la grande majorité des affaires se soldent par un plaider-coupable sans procès contentieux, ce qui signifie que la légalité de la conduite de la police n'est jamais contrôlée par la juridiction. Des agents de police qui sont décidés à violer la loi (...) pourraient calculer rationnellement que le plus souvent, en agissant ainsi, ils s'en sortiraient et pourraient obtenir une condamnation »¹⁰⁶⁸.

2. Une éviction renforcée en France

400. Le Conseil constitutionnel avait semblé vouloir renforcer les garanties entourant la CRPC dans sa décision du 2 mars 2004. Il avait, en effet, considéré que, pour que le président du tribunal correctionnel puisse homologuer la peine proposée par le procureur de la République et acceptée par le prévenu, il lui appartenait « de vérifier la qualification juridique des faits et de s'interroger sur la justification de la peine au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur »¹⁰⁶⁹. Ce renforcement de l'office du juge homologateur se combine, également, avec les directives fixées par l'article 495-11, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale, qui obligent le président de la juridiction à vérifier que le prévenu a reconnu les faits qui lui étaient reprochés et a accepté la ou les peines qui lui ont été proposées. Toutefois, ni la loi, ni les juges de la rue Montpensier n'ont pris soin de préciser que le contrôle du juge homologateur devait également porter sur la régularité des investigations effectuées et que le président dispose du pouvoir de refuser l'homologation de la peine s'il estime qu'il existe un vice de procédure.

Cette omission pourrait être de peu de portée si l'on considère que le prévenu, ayant reconnu les faits et accepté la peine proposée par le procureur, n'a certainement pas l'intention de contester la régularité des investigations. D'ailleurs, son avocat, qui doit avoir accès au dossier de la procédure préalablement à l'acceptation, aura dû vérifier que la procédure n'est entachée d'aucune irrégularité. Et le prévenu peut de toute façon interjeter appel de la décision du juge homologateur s'il découvre d'éventuelles causes de nullité postérieurement à l'homologation.

¹⁰⁶⁷ ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc., § 4.125. Dans le même sens, A. ASHWORTH et M. REDMAYNE, *The Criminal Process*, op. cit., n° 11. 3, p. 344.

¹⁰⁶⁸ P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, op. cit., p. 156.

¹⁰⁶⁹ Cons. const., 2 mars 2004, préc., consid. 107, et réf. cit.

401. Cependant – c’est toute la subtilité du mécanisme mis en place – le caractère relativement aléatoire du prononcé de la nullité en cas de contestation de sa culpabilité combiné à la limitation de la peine maximale encourue constitue une forte incitation à ne pas contester une éventuelle irrégularité. La solidarisation du contentieux de la nullité avec le contentieux de la culpabilité qu’opère la CPRC permet de conférer hypothétiquement une immunité aux actes d’investigation.

Surtout, l’appel risque fort de ne constituer qu’une sauvegarde de pure forme, comme l’illustre un arrêt en date du 22 février 2012¹⁰⁷⁰. Dans cette espèce, un individu, poursuivi pour infractions à la législation sur les stupéfiants, avait accepté la proposition de peine du procureur de la République dans le cadre d’une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. A la suite de cette acceptation, celui-ci avait comparu devant le président du tribunal correctionnel, lequel avait, par ordonnance du 7 mai 2009, homologué la peine d’un mois d’emprisonnement proposée par le magistrat du parquet. Le prévenu et le ministère public ont interjeté appel de cette ordonnance. Le premier excipa devant la cour d’appel de la nullité de sa garde à vue. La troisième chambre de la cour d’appel de Rennes, par un arrêt en date du 24 janvier 2011, annula la procédure et relaxa le prévenu, estimant notamment qu’il lui appartient de se prononcer sur tous les moyens de nullité soulevés par celui-ci avant toute défense au fond. Elle a en effet considéré que la simple audition, par le juge, du prévenu assisté de son avocat, ne peut être

¹⁰⁷⁰ Cass. crim., 22 févr. 2012, *Bull. crim.* n° 52 ; *D.* 2012, 2118, obs. J. Pradel, qui approuve la position adoptée par la chambre criminelle : « En premier lieu, l’audience d’homologation peut aboutir à une ordonnance qui ‘a les effets d’un jugement de condamnation’ (art. 495-11, al. 2, c. pr. pén.) et qui se trouve donc sur le même plan que le jugement correctionnel ; d’où l’application naturelle de l’article 385 à cette procédure rapide et cette application se comprend d’autant mieux que les deux procédures – la procédure classique et celle rapide – sont intégrées dans un même chapitre intitulé ‘Du tribunal correctionnel’ (art. 381 à 495-16). En second lieu, même si le président se voit conférer une mission de fond par l’article 495-9 du code de procédure pénale (vérification de la réalité des faits et de leur qualification juridique, justification de la peine au regard des exigences de l’art. 132-24 C. pén., qui s’applique évidemment à la procédure classique), et s’il est vrai qu’il n’est rien dit sur les exceptions de la nullité, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas recevoir des conclusions aux fins de telles exceptions. En troisième lieu, enfin, il ne faut pas perdre de vue les exigences de la célérité avec le fameux ‘délai raisonnable’ (art. préliminaire c. pr. pén.) » ; *AJ pén.* 2012, p. 236, obs. J. Gallois ; *Dr. pén.* 2012, n° 59, obs. critiques A. Maron et M. Haas : « Un ‘débat au fond’, peut-être, mais pour autant il n’y a rien là, nous semble-t-il, qui s’apparente à une ‘défense au fond’, après laquelle, selon le dernier alinéa de l’article 385 du code de procédure pénale, il n’est plus possible de soulever d’exception de nullité. En outre, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est une procédure spécifique, qui fait l’objet de dispositions qui figurent dans une section particulière du chapitre 1^{er} du titre II du livre II du code de procédure pénale, alors que l’article 385 figure dans la section 1 de ce même chapitre consacrée à la compétence et à la saisine du tribunal correctionnel (en l’occurrence la compétence pour constater les nullités des procédures qui lui sont soumises – et les règles qui doivent être suivies à cette occasion –), et on voit mal comment, si la personne poursuivie accepte le principe d’une CRPC, elle pourrait soulever une nullité de procédure. On rappellera enfin que la Cour de cassation considère que le juge répressif ne peut relever d’office une nullité de procédure. Ainsi, même si les pouvoirs du juge de l’homologation sont étendus, ils ne le sont évidemment pas plus que ceux du juge qui se prononce, au fond, sur la culpabilité et la sanction et ne sauraient, évidemment, le conduire à constater une nullité qui n’aurait pas été soulevée ».

assimilée à une défense au fond, au sens de l'article 385 du code de procédure pénale. Le procureur général près la cour d'appel de Rennes forma alors un pourvoi. Le moyen interrogeait la Cour de cassation sur le degré d'autonomie qu'il convenait de conférer à l'audience d'homologation de la peine, dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : une telle procédure est-elle soumise aux règles applicables à l'audience correctionnelle, notamment aux règles fixant le régime des exceptions de nullité ? Plus précisément, la question qui fut posée à la chambre criminelle était celle de savoir si la reconnaissance des faits et l'acceptation de la peine proposée par le procureur de la République lors de l'audience d'homologation, dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, constituent une défense au fond, au sens de l'article 385 du code de procédure pénale, entraînant par-là même la forclusion de toute exception de nullité qui n'aurait pas été soulevée préalablement à celles-ci ? La chambre criminelle répond par la négative. Elle considère ainsi que, dans le cadre de l'audience d'homologation, « s'instaure un débat au fond devant le président du tribunal correctionnel, lequel, après avoir vérifié la réalité des faits et leur qualification juridique, s'il décide d'homologuer la proposition du procureur de la République, constate notamment que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits reprochés et accepte la ou les peines proposées ». En conséquence, au visa de l'article 385 du code de procédure pénale, elle casse et annule l'arrêt rendu par la cour d'appel de Rennes. Par cette décision, la chambre criminelle de la Cour de cassation se livre à une application par analogie du régime des exceptions de nullité de l'audience correctionnelle à l'audience d'homologation de la peine proposée dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Elle procède ainsi en deux temps : elle considère tout d'abord que s'instaure, durant l'audience d'homologation, un véritable débat au fond ; elle assimile ensuite la reconnaissance de culpabilité et l'acceptation par le prévenu de la peine proposée à une défense au fond.

L'assimilation de l'audience d'homologation à un débat au fond est discutable : lors de la phase d'homologation, même si le président opère une vérification de la réalité des faits, de la qualification de ceux-ci, rien n'est véritablement débattu. Les pouvoirs de celui-ci sont limités à une alternative : homologuer la peine proposée ou au contraire refuser d'homologuer cette peine. Le président n'a pas le pouvoir de modifier cette dernière. Par conséquent, il n'y a pas véritablement d'enjeu. Surtout, la notion même de débat impliquerait théoriquement la présence d'un contradicteur. Or, la présence de ce contradicteur, en la personne du représentant du ministère public, n'est pas obligatoire. La

Cour de cassation avait, sur ce point, tenté de limiter le particularisme de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Dans un avis du 18 avril 2005, elle avait estimé que « lorsqu'il saisit le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui d'une requête en homologation de la ou des peines qu'il a proposées dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le procureur de la République est, conformément aux termes de l'article 32 du code de procédure pénale, tenu d'assister aux débats de cette audience de jugement, la décision devant être prononcée en sa présence »¹⁰⁷¹. La chancellerie avait cependant, dès le lendemain, par une circulaire du 19 avril 2005, rappelé sa position selon laquelle la présence du ministère public ne s'imposait que lors de la lecture publique de l'ordonnance d'homologation. Cette circulaire avait fait l'objet d'un recours ayant abouti à l'annulation, par le Conseil d'État, des dispositions qui dispensaient le ministère public d'être présent lors de l'audience d'homologation¹⁰⁷². Le législateur intervenait alors par la loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et modifiait la dernière phrase du deuxième alinéa de l'article 495-9 du code de procédure pénale, précisant que « la procédure prévue par le présent alinéa se déroule en audience publique ; la présence du procureur de la République à cette audience n'est pas obligatoire »¹⁰⁷³.

L'assimilation de la reconnaissance de culpabilité et de l'acceptation de la peine à une défense au fond paraît elle aussi discutable. D'une part, si l'on peut considérer que le juge procède à une vérification de certains points touchant le fond du dossier – comme la qualification des faits, la sincérité de la reconnaissance de la culpabilité, la conformité de la peine aux intérêts de la société – le prévenu, par hypothèse, ne saurait se défendre. D'autre part, cette solution aboutit à assimiler la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à une audience du tribunal correctionnel, alors qu'elle constitue une procédure spécifique qui fait l'objet de dispositions propres qui figurent dans une section particulière du chapitre 1^{er} du titre II du livre II du code de procédure pénale, et que

¹⁰⁷¹ Cass. avis, 18 avr. 2005, *Bull. crim.* (avis) n° 1 ; *D.* 2005, 1200, note J. Pradel ; *JCP* 2005, act. 252 ; *RSC* 2005, p. 592, note A. Giudicelli.

¹⁰⁷² CE, 6^{ème} et 1^{ère} ss-sect., 26 avr. 2006, req. n° 273.757, *Lebon* p. 201 ; CE, 6^{ème} et 1^{ère} ss-sect., 26 avr. 2006, req. n° 279.832 ; *D.* 2006, 1333, obs. E. Allain ; *RSC* 2006, p. 638, obs. A. Giudicelli.

¹⁰⁷³ Cons. const., 22 juill. 2005, décision n° 2005-520 DC, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, consid. 3 : la loi déferée n'a méconnu « ni les dispositions de l'article 34 de la Constitution (...), ni le principe d'égalité devant la justice, ni les exigences constitutionnelles relatives au respect des droits de la défense et à l'existence d'un procès équitable, ni le principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, ni aucun autre principe constitutionnel ».

L'article 385 figure dans la section 1 de ce même chapitre consacrée à la compétence et à la saisine du tribunal correctionnel. Les modifications législatives les plus récentes ont d'ailleurs accentué ce particularisme et cette autonomisation de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : reconnaissance par la loi du 26 juillet 2005 du caractère facultatif de la présence du ministère public à l'audience, consécration par la loi du 12 mai 2009 du procédé de la double-convocation, procédé qui avait initialement été condamné par la chambre criminelle¹⁰⁷⁴. Au-delà, la solution semble vider de sa substance tout intérêt pour le prévenu d'interjeter appel de la décision d'homologation : une fois l'audience d'homologation passée, aucune contestation véritable de la régularité de la procédure ayant abouti à l'homologation ne semble désormais possible.

*

402. Conclusion de la Section 2nde. Alors qu'ils se sont longtemps opposés sur la nature de la juridictionnalisation de la répression pénale – litigieuse pour l'Angleterre, non-litigieuse pour la France –, les deux systèmes convergent désormais largement. Le droit français a largement abandonné l'idée selon laquelle la répression ne pouvait s'opérer que par le biais d'un contentieux obligatoire. Le droit anglais a abandonné quant à lui l'idée que les alternatives aux poursuites étaient exclusives de tout contrôle du juge. Tous deux consacrent ainsi une juridictionnalisation pluraliste, fondée soit sur l'inversion juridictionnelle du contentieux, soit sur l'éviction juridictionnelle du contentieux.

*

**

403. Conclusion du Chapitre 2nd. Le contrôle *a posteriori* offert par le juge de l'annulation se révèle bien insuffisant pour compenser l'extension considérable des pouvoirs du ministère public.

Le caractère éminemment sympathique des formes consensuelles de réalisation du droit de punir ne peut véritablement détourner de l'antipathie qu'elles suscitent. La

¹⁰⁷⁴ Cass. crim., 4 oct. 2006, *Bull. crim.* n° 244 ; *AJ pén.* 2007, p. 79, note J. Leblois-Happe ; *D.* 2007, 58, note P.-J. Delage ; *RSC* 2007, p. 118, obs. A. Giudicelli ; Cass. crim., 14 oct. 2008, *Bull. crim.* n° 208 ; *Dalloz actualité*, 4 nov. 2008, obs. M. Léna ; *AJ pén.* 2008, p. 517, obs. M.-E. C. ; *D.* 2008, 2796, obs. M. Léna.

subordination du contrôle de la régularité des actes d'investigation à la contestation véritable de la culpabilité s'avère en effet redoutable.

Puisqu'est attachée à la reconnaissance de culpabilité la garantie d'une réduction de la peine maximale encourue et puisque, de toute façon, le contrôle opéré au contentieux par le juge de l'annulation produit des conséquences relativement aléatoires, les législateurs s'assurent que la personne mise en cause ne sera pas tentée de demander la nullité des actes qui auraient été irrégulièrement effectués en élevant le contentieux. Par là, ils garantissent une certaine immunité aux actes d'enquête effectués par le ministère public, l'individu ne pouvant obtenir un contrôle véritable de ceux-ci, aléatoire comme on a pu le constater, qu'au risque d'encourir une peine plus sévère. L'équation se révèle donc diabolique. Pour paraphraser une formule célèbre de Churchill, le mis en cause peut finalement faire le choix de la clémence du juge au prix d'une immunité conférée aux actes d'enquête ; s'il choisit de privilégier la régularité des actes en contestant sa culpabilité, il n'est pas certain d'obtenir l'annulation, en raison des déficiences du contrôle, mais il subira la sévérité.

Conclusion du Titre 2nd

404. La juridictionnalisation préservée se révèle largement affaiblie et d'aucuns serait tenté de la qualifier de figurative ou, pour reprendre une expression anglaise de « *presentational* ».

405. Dans l'avant-procès, le contrôle du juge des libertés, comme celui du *Justice of the peace* se révèle en pratique relativement exceptionnel et ne constitue pas une véritable garantie de la nécessité des actes coercitifs requis par le ministère public. Au fond, parce que les juridictions suprêmes française et anglaise n'ont pas manifesté un véritable encouragement en faveur d'un raffermissement du contrôle de cette nécessité. En la forme, parce que les caractéristiques du contrôle – intermittent, *a priori* et *ex parte* – conduisent à ce que le juge ne soit pas amené à dépasser les éléments justifiant de l'octroi du pouvoir demandé par le requérant. Dans les deux systèmes, le juge qui intervient dans l'avant-procès est juge de l'autorisation d'un acte, il n'est ni juge de l'instruction, ni juge dans l'instruction.

406. Au stade du jugement, le contrôle de la légalité des investigations opéré par le juge répressif dans le cadre de sa juridiction contentieuse s'avère relativement circonscrit dans ses modalités et limité dans sa portée. En outre, la solidarisation du contentieux de l'annulation et du contentieux de la culpabilité permet au législateur de reconnaître une certaine immunité aux actes d'enquête du ministère public. En favorisant le recours, en France, à l'inversion du contentieux, et, dans les deux systèmes, à l'éviction du contentieux, le législateur s'assure, sous couvert de la clémence manifestée quant à la peine encourue en

échange de la reconnaissance de culpabilité, que le dilemme dans lequel se trouve le mis en cause – renoncer à contester sa culpabilité et corrélativement à contester la régularité des investigations effectuées en espérant obtenir, notamment en Angleterre, une réduction de la peine encourue – se résolve en faveur d’une dispense de vérification de la régularité des investigations.

Conclusion de la Première partie

407. Le développement continu des pouvoirs d'investigation des ministères publics et l'émergence au profit de ceux-ci de pouvoirs de traitement des infractions ont radicalement modifié le sens et la portée de la juridictionnalisation de la répression pénale.

Dans l'avant-procès, la juridictionnalisation se trouve réduite à l'octroi d'une coercition extrême matériellement ou prolongée temporellement. Aussi, si le fondement revendiqué d'une telle réduction de la juridictionnalisation de l'avant-procès trouve son origine dans une volonté de distinguer les fonctions d'enquête et les fonctions de coercition – volonté qui s'est traduite, en France, par la critique de l'institution du juge d'instruction –, il faut reconnaître qu'une telle séparation des fonctions ne se trouve aucunement consacrée par les systèmes français et anglais. La gradation de la coercition autorise les autorités en charge de l'investigation à ne saisir le juge que lorsque leurs pouvoirs coercitifs se seront épuisés, et, bien souvent, les tactiques d'enquête permettent assez largement d'éviter la nécessité de saisir le juge afin qu'il octroie un supplément de coercition. Au-delà de la réduction du champ de la saisine nécessaire du juge, c'est le contrôle mis en place dans le cadre de ce reliquat de juridiction qui pose question : s'opérant de manière intermittente, préalablement et sans que, la plupart du temps, l'individu soit ni appelé ni entendu, à la seule requête de l'autorité qui éprouve un besoin de coercition supplémentaire, le contrôle présente toutes les caractéristiques d'une garantie figurative¹⁰⁷⁵. L'observateur se trouve ainsi conduit à

¹⁰⁷⁵ Dans le même sens, voir Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect ? », art. préc., *loc. cit.*, p. 109, n° 24 : « (...) la juridictionnalisation de l'enquête n'a aucun égard pour les droits procéduraux du suspect lors de l'enquête. Elle n'est pas conçue pour lui permettre une défense plus effective. Aussi, la place procédurale du suspect n'est-elle en rien améliorée par l'intervention de plus en plus fréquente du juge durant l'enquête ».

constater que tant en procédure française qu'en procédure anglaise, les législateurs s'efforcent de mettre en place une combinatoire qui, quels que soient les effets d'annonce qui peuvent être mobilisés pour la justifier, s'avère allergique à la juridiction : un contrôle juridictionnel qui se raréfie et un contrôle juridictionnel exceptionnellement préservé qui ne présente pas toute l'efficacité garantiste souhaitable.

Les inquiétudes qui se dégagent de ce constat de l'abandon et de la faiblesse intrinsèque de la juridictionnalisation auraient toutefois pu être compensées au stade de la réalisation du droit de punir. Après tout, le renforcement des pouvoirs de l'autorité en charge d'investigations se trouve justifié par la nécessaire lutte contre la criminalité et encadré, *a posteriori*, par la discussion contradictoire des preuves recueillies et le pouvoir d'annulation dont dispose le juge de jugement. Cependant, le développement considérable des pouvoirs de traitement autonomes reconnus aux ministères publics et des modes de traitement juridictionnels éludant la forme contentieuse, combinés à l'évacuation corrélative du contentieux de la culpabilité aboutissent à un résultat préoccupant : le pouvoir d'annulation du juge se trouve largement éludé alors que le renforcement des pouvoirs du ministère public nécessiterait théoriquement et corrélativement un contrôle renforcé.

408. La combinaison de ces deux mouvements aboutit ainsi à un effet de système alarmant parce que la contradiction des logiques qui les animent conduit à éluder tout véritable contrôle du juge. La légitimité du renforcement des pouvoirs d'enquête des ministères publics réside tant dans la gravité des infractions que dans la perspective dans laquelle ces pouvoirs sont exercés. C'est en effet parce qu'il convient de convaincre le juge de jugement de la culpabilité de l'individu qu'il est apparu nécessaire de renforcer les pouvoirs de recueil de la preuve, et c'est parce que le juge pourra, lors de la détermination de la culpabilité, contrôler par voie d'exception la régularité de l'usage des pouvoirs conférés au travers du contentieux de l'annulation que ce renforcement puise une grande part de sa légitimité. A l'inverse, c'est parce que le déploiement du procès contentieux pouvait paraître artificiel et qu'il convenait de désengorger les juridictions d'une masse d'affaires de faible gravité lorsque l'individu reconnaît sa culpabilité que les pouvoirs de traitement et les modes non-contentieux pouvaient trouver une légitimité. Or, l'extension de ces deux mouvements conduit à leur possible recoupement. Et la solidarisation du contentieux de l'annulation et de la détermination contentieuse de la culpabilité aboutit à ce que les pouvoirs d'investigation puissent fort bien ne pas se trouver contrôlés par un organe autre que celui qui les a mis en œuvre ou qui les a décidés.

409. La tentation est grande de répondre à la problématique par la suppression de l'un ou de l'autre de ces mouvements.

Il serait d'abord possible de restreindre les pouvoirs d'enquête infrajuridictionnels des ministères publics, de les soumettre tous à l'autorisation préalable d'un juge, ou de les transmettre à un juge d'instruction. Mais, on l'a vu, l'autorisation juridictionnelle préalable présentera toujours cette faiblesse tirée de ce que l'autorisation ne se fondera que sur les éléments de preuve présentés par l'organe qui a besoin de ces pouvoirs. Quant à la restauration d'un juge d'instruction sur le modèle du code d'instruction criminelle, la solution paraît largement illusoire – romantique même – et pire : l'autorité qui aura besoin du pouvoir se trouvera celle-là-même qui, seule, sera en capacité d'en décider.

Il serait ensuite possible de retourner à un système où l'audience de jugement serait organisée sur la base d'un contentieux obligatoire. Mais là encore, ce serait assez illusoire : ce serait méconnaître que l'expiation manifestée par l'individu qui reconnaît les faits peut être salvatrice. Ce qu'il faut, c'est que la reconnaissance de culpabilité ne puisse constituer le masque derrière lequel pourraient se cacher les irrégularités commises durant l'enquête.

C'est donc une autre voie qu'il convient de rechercher, un voie qui prendrait en compte tout à la fois l'indispensable efficacité des investigations, la faiblesse inhérente à toute autorisation juridictionnelle *a priori* des pouvoirs d'enquête et le légitime aménagement de la juridictionnalisation au stade du jugement. Il s'agit, en d'autres termes, de chercher à faire échapper la plasticité de la juridictionnalisation de la répression à ses manifestations les moins garantistes, de donner les clés pour soumettre à son tour le ministère public au poids de la juridictionnalisation de la répression. En d'autres termes, faire de la juridictionnalisation une épreuve nécessaire pour le ministère public.

Seconde partie

La juridictionnalisation, épreuve pour le ministère public

410. Pour que la juridictionnalisation parvienne à éprouver à son tour l'institution du ministère public, elle doit désormais convaincre. Il convient que sa force d'attraction repose, pour tous les acteurs, sur un intérêt véritable. En outre, elle doit certainement s'adapter, sans toutefois que les garanties qu'elle sous-tend, qui constituent son essence profonde, ne soient trahies.

Aussi, la contre-épreuve que pourrait faire subir à son tour la juridictionnalisation à l'institution du ministère public se révèle-t-elle délicate. Car si l'institution du ministère public ne rend pas tout à fait la justice, elle rend toutefois des services en termes d'efficacité, d'économie de moyens et de célérité. Pour reprendre la formule célèbre utilisée jadis par La Bruyère, le devoir des juges est toujours de rendre la justice ; le métier du ministère public semble bien désormais de l'empresser, si ce n'est de la compresser. En outre, les résistances sont fortes, notamment chez les praticiens. La restauration d'un parquet qui ne serait que le contradicteur modeste de la personne mise en cause est en effet perçue à la fois comme irréalisable matériellement et discutable institutionnellement, puisqu'est projetée sur celle-ci une irrémédiable atteinte à la dignité de ses membres¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁶ Par exemple, voir J. PRADEL, « L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ? », *D.* 2014, p. 1647 et s., spéc. n° 7, pour qui « le parquet, parce qu'il est composé de magistrats, donc de personnes

Toute tentative de restauration de la figure libérale du serviteur fait ainsi naître le soupçon d'un projet d'abaissement au rang de domestique, et derrière l'auxiliaire se masquerait, en réalité, l'ancillaire.

411. Le constat sombre d'un empiètement du ministère public sur la sphère d'intervention traditionnelle du juge ne pourrait-il pas, dès lors, trouver un remède plus noble provenant, naturellement, d'un éclairage analogique de ses fonctions ? Après tout, si le ministère public est devenu juge, ne sont-ce pas alors, logiquement, les garanties statutaires et fonctionnelles attachées au statut et aux fonctions du juge qu'il faut reconnaître au ministère public ?

412. Pourtant, cette tentation de l'analogie pourrait bien n'être qu'un réflexe continental. La lumière analogique se révélerait-elle aveuglante ? Il nous faut prolonger le test comparatif. Car si l'on peut admettre que l'indépendance et l'impartialité des représentants du ministère public soient assurées, une telle évolution ne doit pas masquer ce qu'elle demeurera toujours : un ersatz de juridictionnalisation. En effet, l'on peut concevoir que le ministère public n'ait pas souhaité rester cantonné dans son rôle de simple contradicteur et qu'il se soit senti bridé par le « tout ou rien » procédural que lui offrait la seule alternative entre la poursuite et le classement. Mais est-il légitime que ce soit le juge qui soit, désormais, ou évincé ou réduit à un rôle de donner-acte, et qu'il soit à son tour enfermé dans un « tout ou rien » procédural consistant à valider ou refuser de valider les décisions du ministère public ? Faut-il, pour que le ministère public puisse ne plus être partie, que le juge n'exerce qu'une juridiction *in partibus* ?

chargées notamment de protéger les libertés individuelles, doit être titulaire de prérogatives importantes et ne pas être relégué au rang presque humiliant de substitut du juge des libertés et de la détention ». Voir également, R. GELLI, « Le ministère public en France », art. préc., *loc. cit.*, p. 121, qui évoque, à la suite de J.-L. Nadal, le « spleen du parquet » : « Pris entre un exécutif qui les attire vers lui, des professions judiciaires qui les rejettent ou les réduisent à une simple partie au procès pénal et en tirent la conséquence de la nécessaire séparation entre le siège et le parquet, une crise d'identité envahit les magistrats du parquet qui craignent une caporalisation, une préfectoralisation ». Sur la crise d'« identité » des magistrats du ministère public français, voir D. SALAS et P. MILBURN, « Les procureurs de la République. De la compétence personnelle à l'identité collective », *APC* 2007, n° 25, p. 98 : « (...) les procureurs se voient pris dans une tension entre d'une part un tropisme qui les éloigne de leurs confrères du siège, lesquels s'installent durablement dans une fonction de plus en plus arbitrale, et d'autre part une volonté de conserver une identité judiciaire forte au sein d'une magistrature dotée d'une autonomie professionnelle, telle qu'elle est décrite par la sociologie des professions ». Voir également, P. MILBURN, K. KOSTULSKI et D. SALAS, *Les procureurs. Entre vocation judiciaire et fonctions politiques*, PUF, coll. « Droit et justice », Paris, 2010, spéc. p. 99 et s.

413. Il s'agira donc d'éprouver, dans un premier temps, cette tentation de l'analogie, en étudiant les tentatives de juridictionnalisation de l'institution du ministère public (Titre 1^{er}), et, dans un second temps, d'envisager les voies d'une restauration de la juridictionnalisation de la répression pénale (Titre 2nd).

Titre 1^{er}. Les impasses de la juridictionnalisation de l'institution du ministère public

Titre 2nd. La restauration nécessaire de la juridictionnalisation des fonctions du ministère public

Titre 1^{er}

Les impasses de la juridictionnalisation de l'institution du ministère public

414. La tentation est grande de résoudre la problématique que soulève l'empiètement du ministère public sur les fonctions traditionnelles du juge pénal par une solution translatrice.

Les fonctions nouvelles du ministère public relevaient traditionnellement de l'office du juge répressif et l'on pourrait attendre de cette similitude des fonctions une lumière analogique orientée vers une similitude de statut. Après tout, si le ministère public se voit reconnaître des fonctions similaires à celle d'un juge, pourquoi ne pas modifier le statut et la stature de celui-ci pour en faire, statutairement et fonctionnellement, un juge ? Autrement dit, si les pouvoirs infrajuridictionnels ou extrajuridictionnels du ministère public sont amenés à se développer, ne faudrait-il pas juridictionnaliser l'institution du ministère public en lui conférant l'indépendance et l'impartialité qui caractérisent le juge¹⁰⁷⁷ ? C'est dans cette voie que semble vouloir s'engager le législateur français. La loi du 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, s'est en effet efforcée de restreindre la subordination du ministère public français au garde des Sceaux et de soumettre celui-ci au principe d'impartialité, sans pour autant remettre en cause ni ses pouvoirs d'investigations, ni ses pouvoirs de traitement.

¹⁰⁷⁷ Sur cette définition, voir G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », art. préc. *loc. cit.*, p. 575 et s.

Puisque l'indépendance renvoie à la « situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions »¹⁰⁷⁸, qu'elle implique que le magistrat n'ait « rien à craindre ni à désirer de personne »¹⁰⁷⁹, et que l'organisation du ministère public français se caractérise historiquement par une subordination au pouvoir exécutif, c'est sur la question du statut de celui-ci que se sont d'abord focalisées les discussions. Mais, puisque la figure du juge ne se résume pas uniquement à un statut et puisqu'elle impose également une vertu¹⁰⁸⁰, l'indépendance revendiquée au profit du ministère public devrait être complétée par l'impartialité. Or, si l'indépendance se mesure par rapport aux liens unissant le magistrat aux autres pouvoirs, l'impartialité s'apprécie au regard des rapports entre le magistrat et les autres acteurs du procès¹⁰⁸¹, même si les frontières entre ces deux notions s'avèrent parfois poreuses¹⁰⁸².

En d'autres termes, la problématique soulevée par la confrontation du ministère public à la juridictionnalisation de la répression pénale peut-elle trouver, d'une part, une réponse satisfaisante dans l'octroi de l'indépendance au ministère public et, d'autre part, dans la soumission de celui-ci au principe d'impartialité ? C'est à ces questions que nous nous efforcerons de répondre, en envisageant la question de l'octroi de l'indépendance au ministère public (Chapitre 1^{er}) et celle de la garantie de son impartialité (Chapitre 2nd).

¹⁰⁷⁸ « Indépendance » in CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, *op. cit.*, p. 449.

¹⁰⁷⁹ T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica, PUAM, coll. « Droit public positif », Paris, Aix-en-Provence, 1984, p. 99.

¹⁰⁸⁰ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 417, p. 369. Voir également, S. GUINCHARD, « Procès équitable » in J. ANDRIANTSIMAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2008, p. 804 et s., spéc. p. 806 ; D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 1997-18, Cujas, Paris, 1997, p. 23 : « L'impartialité est donc une composante de la vertu de justice tout entière tournée vers la réalisation de l'idéal de justice ».

¹⁰⁸¹ En ce sens, S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 33, Paris, 1998, n° 15, p. 10, pour qui le magistrat est impartial lorsqu'il parvient à considérer l'affaire d'une manière anonyme et à remettre en cause toute idée préconçue.

¹⁰⁸² En ce sens, D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, *op. cit.*, p. 21 : « Mécaniquement entendue, l'indépendance du juge signifie qu'aucune pression ou injonction extérieure ne peut entraver l'exercice de ses fonctions. L'indépendance est donc une condition de son impartialité : le juge dont l'indépendance fait défaut est objectivement suspect de partialité. Mais l'indépendance n'épuise pas, loin s'en faut, la question de l'impartialité » ; T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, *op. cit.*, p. 333 : « Quel que soit le prestige qu'elle confère aux magistrats, l'indépendance de la Justice au sein de l'État serait dépourvue de toute signification, si elle ne s'accompagnait pas de la notion corrélatrice d'impartialité ». A quoi servirait-il de garantir l'indépendance si les juges pouvaient « en toute liberté, à l'occasion d'un procès opposant deux particuliers, prendre fait et cause pour l'une des parties ? ». Dès lors, « [d]ans un état libéral l'impartialité du juge est donc la réalisation de son indépendance ».

Chapitre 1^{er} **Conférer l'indépendance au ministère public ?**

Chapitre 2nd **Garantir l'impartialité du ministère public ?**

Chapitre 1^{er}

Conférer l'indépendance au ministère public ?

415. De très nombreux discours ayant trait aux évolutions du ministère public se sont, en France, focalisés sur la nécessité de conférer à celui-ci une plus grande indépendance. Sur la base d'un réflexe analogique, le constat de l'octroi de pouvoirs quasi-juridictionnels au profit du ministère public conduit de nombreux auteurs à requérir, au bénéfice de celui-ci, un statut quasi-juridictionnel. A l'équivalence de fonctions, devrait ainsi répondre une similitude de statut. Dans un avis récent délivré par la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, on peut ainsi lire qu' « au gré des réformes successives et notamment de l'élargissement des pouvoirs du parquet pendant l'enquête préliminaire, son rôle a évolué pour devenir progressivement celui d'une quasi-juridiction d'instruction. De plus, l'opportunité des poursuites s'est banalisée dès lors que les poursuites ne sont plus qu'une des nombreuses modalités de la réponse pénale. Alors que le taux de réponse pénale était de 83,5 % en 2007, il devrait atteindre 90 % en 2015. Cette augmentation du taux de la réponse pénale est passée par la création d'un pouvoir quasi juridictionnel du parquet. Pour près de la moitié des infractions (47 %, 51 % pour les mineurs), la réponse pénale n'est apportée que par le parquet, seul compétent en matière d'alternatives aux poursuites. Pour les autres affaires, l'orientation vers des procédures dérogatoires, telles que la comparution immédiate, a de telles conséquences sur les prévenus qu'elle peut être considérée comme un pré-jugement : elle induit le plus souvent la délivrance d'un mandat de dépôt. Le droit à un tribunal indépendant et impartial nécessite donc que de nouvelles garanties statutaires

d'indépendance soient reconnues au ministère public »¹⁰⁸³. Aussi, finalement, l'épreuve subie par la juridictionnalisation de la répression pénale résultant du développement des pouvoirs du ministère public devrait-elle trouver une ressource dans une modification du statut de ce dernier. Et puisque le droit à un tribunal indépendant et impartial se trouve évincé par le ministère public, c'est à une juridictionnalisation de l'institution du ministère public qu'il conviendrait de s'atteler¹⁰⁸⁴.

L'analyse comparée des procédures anglaise et française permet de légitimer cette tentation de l'indépendance. Au sein des deux systèmes, l'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique s'avère être une condition fondamentale de la légitimité des pouvoirs traditionnels d'enquête ou de poursuite du ministère public. Toutefois, la comparaison pourrait bien, en même temps, relativiser fortement la portée de ces velléités : l'indépendance ne saurait justifier l'octroi de pouvoirs considérables et incontrôlés. Aussi,

¹⁰⁸³ CNCDH, « Avis sur l'indépendance de la justice », préc., § 12.

¹⁰⁸⁴ Voir J. PRADEL et J.-P. LABORDE, « Du ministère public en matière pénale : à l'heure d'une éventuelle autonomie ? », *D.* 1997, p. 141 et s. : « (...) l'autonomie du parquet est la condition indispensable d'une vraie légitimité du ministère public. C'est qu'en effet, et plus particulièrement en France, le parquet – tout en étant soumis à l'exécutif – est constitutionnellement 'garant de la liberté individuelle', ce qui est mis en pratique quotidiennement dans le cas des contrôles d'identité et de la garde à vue ». Voir également, en faveur de l'indépendance, P. LYON-CAEN, « Vers un parquet indépendant ? », *D.* 2013, p. 1359 et s., spéc. n° 5 et 7 : « Pour lever toute ambiguïté, ne faudrait-il pas insérer dans le statut de la magistrature un principe d'indépendance, applicable aux magistrats du siège comme du parquet, qui semblerait compatible avec un pouvoir de coordination confié aux responsables des parquets, la reconnaissance pour tous les magistrats du parquet du 'droit d'accomplir tous les actes entrant dans l'exercice de l'action publique, en dehors de toute délégation de pouvoir' (selon la formule de la Cour de cassation), avec obligation d'information, aussi bien des procureurs que, de la part de ceux-ci, de la Chancellerie ? Cette indépendance des parquets porterait-elle atteinte aux prérogatives constitutionnelles du gouvernement qui 'conduit la politique de la Nation' (art. 20 Const.) ? Le garde des Sceaux ne jouit pas des mêmes prérogatives que les autres membres du gouvernement, car il ne dispose pas d'une administration placée sous son autorité, le parquet ne pouvant se confondre avec 'l'administration' mentionnée à l'article 20, du fait que les magistrats ne sont pas des fonctionnaires, appartiennent à un corps unique et à l'autorité judiciaire, constitutionnellement indépendante ». L'auteur ajoute que, « tant que le bras armé de la justice, c'est-à-dire la police judiciaire, sera rattaché au ministère de l'intérieur, sa direction par les procureurs de la République, prévue par le code de procédure pénale, sera un leurre. Le détachement des officiers de police judiciaire exerçant exclusivement leur activité en ce domaine, auprès des procureurs généraux et présidents de chambre de l'instruction de chaque cour d'appel, permettrait de mettre fin à une grave anomalie, incompatible avec l'indépendance de l'autorité judiciaire » ; J. FICARA, « Quelle indépendance pour le Parquet ? Propositions pour la constitution d'un ministère public français indépendant », *AJ pén.* 2012, p. 509 et s. : « (...) seule une rupture radicale du lien hiérarchique avec le politique inscrite dans un texte solennel et de portée supra-législative pourrait être à même de constituer le critère d'indépendance que la Cour européenne des droits de l'Homme rappelle au gré des décisions rendues contre l'Etat français. Surtout une telle déliaison à l'égard du pouvoir exécutif permettrait à la Justice de devenir un véritable pouvoir judiciaire et non une simple autorité comme le prévoit actuellement la Constitution de 1958 » ; J.-F. BURGELIN et P. LOMBARD, *Le procès de la justice*, Plon, Paris, 2000. Voir aussi, J.-P. JEAN, « Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen », *RSC* 2005, p. 670 et s., spéc. pp. 676-677, qui relève « la nécessité, pour que le magistrat du parquet puisse exercer ses prérogatives constitutionnelles de gardien des libertés, de renforcer les dispositions législatives relatives aux garanties statutaires pour le protéger des ingérences du pouvoir exécutif dans les décisions individuelles qu'il est amené à prendre, qui doivent l'être en toute indépendance et impartialité. A défaut, le parquetier perdra toute possibilité de décisions et de contrôle d'actes portant atteinte aux libertés et risquera de se voir progressivement réduit au rôle d'interface entre la police et les juges, sous la tutelle du pouvoir exécutif ».

bien qu'essentielle, l'indépendance statutaire du ministère public pourrait se révéler, au regard du problème qui nous occupe, fondamentalement accessoire. Car lier la question de la pérennisation et, éventuellement, le développement des fonctions de mise en état et de traitement reconnues au ministère public, à la modification de son statut, n'a de pertinence que si ce maintien ou cet accroissement n'est possible – et souhaitable – qu'à ce prix. C'est dire que la question suivante doit être posée : si le ministère public se voyait reconnaître un statut garantissant parfaitement son indépendance, les fonctions de mise en état et de traitement qui lui sont désormais assignées mériteraient-elle, de *lege ferenda*, d'être maintenues ?

Force est de reconnaître que cette question n'est que trop rarement posée. Rarement en effet, l'octroi de nouvelles fonctions au ministère public fait-il l'objet de discussions, *per se*. Tout se passe comme si les exigences de la pratique condamnaient, *a priori*, toute réflexion sur les évolutions qu'elles mettent en place ou vers lesquelles elles tendent, comme si l'évolution des fonctions du ministère public constituait le prétexte d'une évolution de son statut, non plus la source de légitimes interrogations pour ce qu'elles impliquent, au-delà du seul statut du ministère public¹⁰⁸⁵.

Aussi, si la tentation de l'indépendance partagée au sein des deux systèmes peut apparaître justifiée, la tentative consistant à conférer au ministère public une telle indépendance pourrait cependant se révéler, à l'analyse, relativement infructueuse. C'est ce que nous nous efforcerons de démontrer en étudiant d'abord l'organisation des ministères publics français et anglais, organisation comparativement divergente (Section 1^{ère}), puis la portée de cette organisation, portée comparativement convergente (Section 2^{nde}).

¹⁰⁸⁵ Par exemple, le rapport du groupe de réflexion présidé par J. Beaume. Voir ainsi J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf>, p. 5 : « (...) le groupe de réflexion a clairement fait connaître à Mme la garde des Sceaux, que cette réflexion sur la répartition des pouvoirs de contrôle de l'enquête entre parquet et juge du siège ne pouvait utilement s'ouvrir, à la suite des récentes décisions européennes, qu'à l'unique condition préalable que la réforme, y compris constitutionnelle, du statut du parquet soit menée à son terme. A défaut, le parquet, victime du 'péché originel' de son mode de nomination, n'aura(it) plus aucun argument à faire valoir au profit de son rôle de 'premier protecteur' de la liberté individuelle dans l'enquête pénale : seul le juge du siège pourrait désormais y prétendre ». Les « décisions européennes » que mentionnent le rapport sont ainsi surinterprétées afin de légitimer l'octroi d'un statut au ministère public – qui, à la vérité, demeurerait toujours insuffisant pour répondre aux exigences posées par « les décisions européennes ». Sur ce rapport, voir H. MATSOPOULOU, « Une nouvelle réforme de la procédure pénale ? - Les principales propositions de la mission de réflexion sur les possibles évolutions de la procédure pénale », *JCP G* 2014, 957 ; E. ALLAIN, « Le rapport de la mission Beaume sur l'enquête pénale », *AJ pén.* 2014, p. 332 et s.

416. Une confrontation rapide de l'organisation des ministères publics français et anglais pourrait rapidement conduire le comparatiste à cette conclusion péremptoire : l'évolution du statut du ministère public ne saurait constituer une réponse adéquate au problème soulevé par l'accroissement des fonctions de celui-ci. En effet, alors que le statut du ministère public, l'organisation hiérarchique et le régime disciplinaire sont différents, la problématique soulevée par la concentration des pouvoirs d'enquête infrajudictionnels et des pouvoirs de traitement extrajudictionnels se pose avec autant d'acuité en Angleterre qu'en France.

C'est toutefois de manière plus approfondie qu'il convient d'aborder l'organisation comparée des ministères publics français et anglais, pour faire émerger toute la complexité de la question de l'indépendance et montrer, d'une part, qu'il n'existe aucune solidarité indéfectible entre le statut et les fonctions d'une institution et, d'autre part, entre la situation statutaire et la situation juridique de celle-ci. En d'autres termes, qu'il n'est pas certain que la réponse aux problèmes soulevés par le ministère public supposerait une articulation cohérente entre le statut et les fonctions qui lui sont désormais confiées et que toute subordination statutaire entraînerait corrélativement une subordination juridique de celui-ci.

Les études comparatives portant sur le ministère public ont pourtant déjà parfaitement mis en lumière qu'il n'y avait aucun lien, au sein des droits positifs, entre le statut et les fonctions de celui-ci¹⁰⁸⁶. En outre, Michèle-Laure Rassat a parfaitement montré qu'en théorie la situation statutaire des officiers du ministère public n'avait aucune incidence sur leur situation juridique et qu'inversement, leur situation juridique n'avait aucune influence sur leur situation statutaire. Selon elle, en effet, la doctrine classique « n'a jamais bien distingué les deux questions de l'autonomie de l'homme et de la liberté des actes et elle analyse même, au contraire, la seconde à la lumière de la première »¹⁰⁸⁷. Cette doctrine voyait ainsi, dans la sujétion statutaire des officiers du ministère public, le corollaire de leur subordination juridique ou, à l'inverse, expliquaient leur subordination juridique par leur

¹⁰⁸⁶ Le droit comparé montre ainsi qu'il n'existe aucun lien entre le statut de l'autorité de poursuite et les fonctions dévolues à celle-ci. Voir en ce sens, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Conclusion », préc., *loc. cit.*, p. 260.

¹⁰⁸⁷ M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n° 56, p. 46.

soumission statutaire. Or, d'une part, il est tout à fait possible de concevoir que des officiers statutairement amovibles aient à obéir, dans l'exercice de leurs fonctions, à des ordres de leurs supérieurs hiérarchiques et qu'à l'inverse, il est évident que des officiers du ministère public librement amovibles et révocables n'ont pas à déférer à des ordres manifestement illégaux de leurs supérieurs hiérarchiques. D'autre part, un officier du ministère public qui n'exécute pas un ordre donné par un supérieur hiérarchique peut encourir une sanction disciplinaire même s'il avait juridiquement le droit de ne pas exécuter cet ordre.

Fort de ses enseignements, nous envisagerons d'une part l'étude du statut des officiers du ministère public (§ 1^{er}) et, d'autre part, l'étude de l'action du ministère public (§ 2nd).

§ 1^{er} *LA SITUATION STATUTAIRE DES OFFICIERS DU MINISTÈRE PUBLIC EN FRANCE ET EN ANGLETERRE*

417. C'est un profond antagonisme que révèle la confrontation des situations statutaires du procureur français et du *CPS* anglais (A), et un particularisme marqué de la situation statutaire de la police anglaise que met en lumière la comparaison avec son homologue française (B).

A. La situation statutaire antagonique du procureur français et du *CPS* anglais

418. Si, conformément aux enseignements de Michèle-Laure Rassat, la situation statutaire n'a aucune influence sur la situation juridique du ministère public, l'analyse comparée des ministères publics français et anglais confirme quant à elle que la situation statutaire conférée à l'officier du ministère public n'a pas, sur la protection de l'agent, l'incidence que l'on serait tenté, de prime abord, d'en déduire. En effet, nous verrons que l'officier du ministère public, magistrat de l'ordre judiciaire, apparaît comme un magistrat relativement exposé (1) alors que l'officier du ministère public anglais, fonctionnaire, se révèle être un fonctionnaire relativement protégé (2).

1. L'officier du ministère public français, un magistrat relativement exposé

419. La subordination statutaire du ministère public français au gouvernement se manifeste dans deux domaines, la carrière et la discipline de l'officier du ministère public.

420. *La carrière du magistrat du parquet.* Quant à la nomination, les membres du ministère public sont, à l'exception du procureur général près la Cour de cassation, hiérarchisés dans un cadre administratif strictement défini. Aussi, les nominations des magistrats du parquet relèvent-elles de la discrétion du pouvoir politique : alors que les magistrats du siège sont nommés par décret du Président de la République, pris sur l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature, les magistrats du parquet sont nommés par décret du Président de la République, sur proposition du garde des Sceaux, après avis simple du Conseil supérieur de la magistrature en sa formation compétente pour les magistrats du parquet¹⁰⁸⁸. Seuls le procureur général près la Cour de cassation et les procureurs généraux près les cours d'appel échappent à cette règle, puisqu'ils sont nommés en Conseil des ministres. L'avancement des membres du parquet suit quant à lui le même processus décisionnaire que leur nomination, dans la mesure où il relève du pouvoir exécutif et, à la différence des magistrats du siège qui ne peuvent être mutés, même avec un avancement, sans leur consentement¹⁰⁸⁹, les magistrats du parquet sont amovibles¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁸ La loi organique n° 92-189 du 25 février 1992 avait créé une commission consultative du parquet chargée de se prononcer, par avis simple, sur les propositions de nomination aux emplois du parquet, excepté ceux pourvus en conseil des ministres. La révision constitutionnelle n° 93-952, portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI du 27 juillet 1993, a supprimé cette commission en attribuant compétence au Conseil supérieur de la magistrature. Aussi, aux termes de l'article 28 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 : « Les décrets portant promotion de grade ou nomination aux fonctions de magistrat autres que celles mentionnées à l'alinéa précédent sont pris par le Président de la République sur proposition du garde des Sceaux, ministre de la justice, après avis conforme de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature pour ce qui concerne les magistrats du siège et après avis de la formation compétente du Conseil supérieur pour ce qui concerne les magistrats du parquet (...) ». Et, aux termes de l'article 65, alinéa 5, de la Constitution du 4 octobre 1958 : « La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les nominations qui concernent les magistrats du parquet ». Depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Conseil supérieur de la magistrature donne un avis sur les nominations du procureur général près la Cour de cassation et des procureurs généraux près les cours d'appel.

¹⁰⁸⁹ Art. 64, al. 4, de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Les magistrats du siège sont inamovibles ». L'article 4, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature précise qu'« en conséquence, le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement ». Ce principe est d'ailleurs fermement défendu par le Conseil constitutionnel. Voir ainsi, Cons. const., 26 janv. 1967, décision n° 67-31 DC, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, consid. 3 : le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnelles les dispositions de la loi organique complétant l'ordonnance du 22 décembre 1958 qui offraient au gouvernement la possibilité d'affecter d'office à un emploi de magistrat du siège des conseillers référendaires dont les fonctions arrivaient à expiration.

421. La discipline du magistrat du parquet. Quant à la discipline, l'article 43 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 prévoit que la faute disciplinaire d'un magistrat du parquet s'apprécie « compte tenu des obligations qui découlent de sa subordination hiérarchique ». De plus, alors que la règle de l'inamovibilité fait obstacle à toute révocation, suspension ou mise à la retraite des magistrats du siège sans que ne soient respectées des garanties procédurales strictes, l'infliction des sanctions disciplinaires encourues par les magistrats du parquet obéit à des modalités beaucoup plus souples. Les magistrats du parquet peuvent ainsi faire l'objet, de la part du garde des Sceaux, après consultation du Conseil supérieur de la magistrature, d'une interdiction d'exercer leurs fonctions prise dans l'intérêt du service, jusqu'à décision définitive sur les poursuites disciplinaires¹⁰⁹¹. Le principal instigateur de cette procédure disciplinaire n'est autre que le garde des Sceaux¹⁰⁹², qui doit pour cela, solliciter l'avis de la formation du Conseil supérieur

¹⁰⁹⁰ CE, 1^{ère} et 4^{ème} ss-sect., 27 juill. 1979, req. n° 03.748, *Jéol, Lebon* p. 339 : « (...) seuls les magistrats du siège sont inamovibles, en vertu de l'article 64 de la Constitution de 1958 et de l'article 4 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. (...) aucune disposition ni aucun principe général du droit n'interdit au Président de la République (...) de muter d'office dans l'intérêt du service les magistrats qui ne bénéficient pas de l'inamovibilité, notamment ceux qui sont en service à l'administration centrale du ministère de la justice. (...) en l'absence de procédure particulière instituée par des textes, de telles mesures sont soumises à la seule formalité de la communication préalable de son dossier à l'intéressé ». Voir toutefois, pour une relativisation de l'inamovibilité des magistrats du siège et de l'amovibilité des magistrats du parquet, J. BETOUILLE, « Magistrat » in *Encyclopédie Dalloz, Rép. proc. civ.*, Dalloz, Paris, 2011, n° 523-526, qui relève que, pour les magistrats du siège, l'inamovibilité ne joue pas au sein d'une même juridiction, le chef de celle-ci disposant d'un pouvoir d'affectation des différents magistrats qui la composent, affectation dont le Conseil d'État a estimé qu'elle devait s'effectuer en tenant compte des nécessités du service et des aptitudes des intéressés aux différents postes, lesquelles ne dépendent pas uniquement de considérations d'ancienneté, et qu'une mobilité obligatoire est instaurée pour avancer : « (...) si personne n'est juridiquement tenu de solliciter une promotion, 'faire carrière' est quasiment une nécessité pour des magistrats accédant, souvent dès le début de leur vie active, à un corps hiérarchisé sur le modèle de la fonction publique ». En outre, l'auteur observe que nombre de fonctions de magistrat (fonctions de chef de juridiction, fonctions de juge spécialisé) sont désormais limitées dans le temps, ce qui oblige à consentir par avance à une autre affectation, et le recours aux juges placés ou aux juges délégués ne cesse de se développer. A l'inverse, l'absence d'inamovibilité est toute relative car les mutations d'office dans l'intérêt du service des magistrats du parquet sont rares et sont soumises au contrôle du Conseil supérieur de la magistrature, et éventuellement du Conseil d'État, qui vérifient tous deux que ces mutations ne constituent pas des sanctions disciplinaires déguisées. Et l'auteur de conclure : « (...) les magistrats du siège ne sont pas si inamovibles que cela, et les magistrats du parquet ne sont pas si 'amovibles' que cela ».

¹⁰⁹¹ CE, 6^{ème} et 1^{ère} ss-sect., 12 juin 2013, req. n° 361.698, *Lebon T.*, à propos de la mutation d'office d'un magistrat du parquet faisant l'objet de poursuites disciplinaires et suspendu : « (...) aucune disposition ni aucun principe général du droit n'interdisent au Président de la République, chargé par l'article 28 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature de prendre les décrets portant nomination aux fonctions exercées par les magistrats, de muter d'office dans l'intérêt du service les magistrats qui ne bénéficient pas de l'inamovibilité ». Or, répond à l'intérêt du service le souci, qui motive la décision litigieuse, de rétablir un fonctionnement serein dans un tribunal.

¹⁰⁹² L'article 50-2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, issu de la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001, confie, en effet, aux premiers présidents et procureurs généraux des cours d'appel et aux présidents et procureurs des tribunaux supérieurs d'appel, la possibilité de dénoncer au Conseil supérieur de la magistrature des faits motivant une poursuite disciplinaire contre un magistrat.

de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet¹⁰⁹³. Cependant, cette formation ne rend, là encore, qu'un avis simple, ce qui revient à lui conférer un pouvoir de sanction à son entière discrétion¹⁰⁹⁴. Certes, si le garde des Sceaux entend prendre une sanction plus grave que celle proposée par le Conseil supérieur de la magistrature, il doit à nouveau saisir celui-ci de son projet de décision motivé. Mais là encore, le Conseil ne rend qu'un avis simple¹⁰⁹⁵. Concernant les postes pourvus en Conseil des ministres, les mutations peuvent être opérées en dehors de toute procédure¹⁰⁹⁶.

Les différentes sanctions disciplinaires applicables aux magistrats du parquet – qui vont de la réprimande avec inscription au dossier, à la révocation avec ou sans suspension des droits à pension¹⁰⁹⁷ – peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge administratif, mais celui-ci ne se livre traditionnellement qu'à un contrôle restreint. En effet, si le Conseil d'Etat se reconnaît depuis longtemps compétent pour connaître des requêtes formées

¹⁰⁹³ Art. 58-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958. Le statut de la magistrature prévoyait, en 1958, que la commission de discipline du parquet qu'il instituait, à l'avis simple de laquelle toute décision du garde des Sceaux concernant la discipline des magistrats du parquet était subordonnée, était présidée par le procureur général de la Cour de cassation, ses membres étant nommés par le garde des Sceaux sur proposition du bureau de la Cour de cassation. La loi organique n° 70-642 du 17 juillet 1970 instituait un collège des magistrats chargés de dresser la liste des magistrats qu'il proposait au garde des Sceaux pour leur nomination en qualité de membres de la commission de discipline du parquet. La loi organique n° 92-189 du 25 février 1992 viendra consacrer le principe électif, la commission de discipline du parquet devant désormais comprendre un conseiller et deux avocats généraux à la Cour de cassation élus par les magistrats hors hiérarchie de ladite Cour et douze magistrats du parquet des cours et tribunaux et de l'administration centrale du ministère de la justice, sauf en ce qui concernait les magistrats hors hiérarchie qui étaient désignés par les magistrats de ce niveau. Présidée par le procureur général près la Cour de cassation, elle comprenait, dans son dernier état, trois magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation et trois magistrats du niveau hiérarchique du magistrat poursuivi. La réforme constitutionnelle du 27 juillet 1993 (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 XVIII) a souhaité réaffirmer l'unité du corps judiciaire en donnant à une même institution, le Conseil supérieur de la magistrature, comprenant deux formations, compétence en matière de nomination et de discipline des magistrats. Sur cette réforme, voir C. BIGAUT et J.-P. LAY, « La réforme du Conseil supérieur de la magistrature », *D.* 1993, p. 275 et s., et « Loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature : la mise en œuvre de la réforme constitutionnelle du 27 juillet 1993 », *D.* 1994, p. 129 et s. ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Constitutionnalité de la loi relative au Conseil supérieur de la magistrature », *D.* 1995, p. 298 et s.

¹⁰⁹⁴ Toutefois, le Conseil d'Etat estime que lorsque, dans le cadre d'une procédure disciplinaire engagée à l'encontre d'un magistrat du parquet, le garde des Sceaux a annoncé publiquement qu'il se conformera à l'avis du Conseil supérieur de la magistrature, quel qu'il ait été, celui-ci est réputé avoir renoncé à exercer le pouvoir d'appréciation qui est le sien et entache sa décision d'une erreur de droit. Voir ainsi, CE, 6^{ème} ss-sect., 20 juin 2003, req. n° 248.242, *Stiljovic, Lebon* p. 258 ; *D.* 2003, 1807 ; *AJDA* 2003, 1334. Le Conseil constate qu'il « ressort des termes mêmes de la décision attaquée que le garde des Sceaux s'est entièrement approprié les motifs et la portée de l'avis du Conseil supérieur ». Par conséquent, « le garde des Sceaux doit être regardé comme ayant renoncé à exercer le pouvoir d'appréciation qu'en application de la Constitution et de l'ordonnance portant loi organique du 22 décembre 1958 il lui appartient de mettre en œuvre ; (...) il a ainsi méconnu l'étendue de sa compétence et entaché sa décision d'une erreur de droit ».

¹⁰⁹⁵ Art. 66 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958.

¹⁰⁹⁶ En 2003, le procureur général de Toulouse, Jean Volff, a été « mis à pied » sans faire l'objet d'une procédure disciplinaire classique. Voir, sur cette question, J.-P. JEAN, « Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen », art. préc., p. 678.

¹⁰⁹⁷ Art. 45 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958.

contre des sanctions disciplinaires visant des membres du parquet¹⁰⁹⁸, il se refusait à contrôler la qualification juridique des faits opérées par le garde des Sceaux. Dans l'arrêt *Dorly* du 26 juin 1953, sur le recours pour excès de pouvoir exercé par un procureur de la République contre le décret du garde des Sceaux l'ayant rétrogradé, le Conseil d'Etat, après avoir admis la recevabilité de la requête, avait considéré que « l'examen de la question ainsi soulevée implique nécessairement l'appréciation d'actes accomplis par le requérant dans l'exercice des pouvoirs d'ordre judiciaire attachés à ses fonctions de procureur de la République et entrant ainsi dans le fonctionnement de service judiciaire ; que l'appréciation d'actes de cette nature échappe au contrôle du juge administratif »¹⁰⁹⁹. De même, le Conseil d'Etat se refusait traditionnellement à contrôler l'appréciation de la gravité de la sanction disciplinaire au regard de la faute commise par un magistrat du parquet¹¹⁰⁰. Désormais, le Conseil d'Etat semble vouloir exercer un contrôle normal sur la qualification juridique des faits justifiant la sanction¹¹⁰¹. De même, dans son arrêt *Pierre H.* du 27 mai 2009, le Conseil d'Etat affirme que la sanction prononcée à l'encontre d'un procureur général n'est pas disproportionnée, exerçant ainsi, désormais, un contrôle entier sur l'adéquation de la sanction prononcée aux fautes de l'intéressé¹¹⁰². Dès lors, le garde des Sceaux ne semble

¹⁰⁹⁸Voir ainsi, CE, sect., 18 déc. 1936, *Hurlaux*, *Lebon* p. 1126 ; CE, 12 janv. 1949, req. n° 90.067, *Moussset*, *Lebon* p. 16 ; CE, 20 nov. 1957, req. n° 15272, *Aubertin*, *Lebon T.* ; CE, 21 févr. 1968, req. n° 68.170, *Aubertin*, *Lebon* p. 122.

¹⁰⁹⁹ CE, ass., 26 juin 1953, *Dorly*, *Lebon* p. 326 ; *JCP G* 1953, I, 1132, note F. Gazier et M. Long ; *JCP G* 1953, II, 7810, note L. Cartou ; *RTD civ.* 1954, p. 144, obs. P. Hébraud ; *S.* 1954, 3, 1, note A. de Laubadère. Voir également, G. VEDEL, « Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires frappant les magistrats du parquet », *Pouvoir judiciaire*, 1953, n° 83, p. 6 et s., qui critique la solution, relevant la gravité et le caractère paradoxal de la situation des officiers du ministère public qui sont à peu près les seuls agents publics à être privés de garantie : « Les fonctionnaires assujettis à la discipline la plus stricte (...) peuvent toujours faire le Conseil d'Etat juge du point de savoir si les faits qui leur sont reprochés ont ou non le caractère fautif (...) ». Et de conclure : « (...) la situation des magistrats du parquet, au regard de la répression disciplinaire, est ainsi unique dans son anachronisme » ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 160, p. 132 : « L'arrêt Dorly crée ainsi, au détriment des magistrats du ministère public, une situation exceptionnellement désavantageuse qui les met, en matière disciplinaire, à la discrétion du garde des Sceaux ».

¹¹⁰⁰ CE, 21 févr. 1968, préc.

¹¹⁰¹ CE, 6^{ème} et 4^{ème} ss-sect., 18 oct. 2000, req. n° 208.168, *Terrail*, *Lebon* p. 430 ; *AJDA* 2001, p. 288, note M.-C. Rouault ; CE, 20 juin 2003, préc.

¹¹⁰² CE, 6^{ème} et 1^{ère} ss-sect., 27 mai 2009, req. n° 310.493, *Pierre H.*, *Lebon* p. 207 ; *Dr. adm.* 2009, comm. 104, F. Melleray : « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les faits constituant le fondement de l'action disciplinaire entreprise à l'égard de M. H. ont été, d'une part, que celui-ci, à l'occasion d'un déplacement professionnel pour participer à une conférence des procureurs généraux d'Europe en Allemagne, ayant trait à l'éthique, a dérobé à un fonctionnaire international présent une carte bancaire et l'a utilisée à deux reprises comme moyen de paiement dans un bar de nuit, d'autre part, au vu des résultats d'une enquête de l'Inspection générale des services judiciaires, que l'intéressé a fait preuve de nombreuses insuffisances professionnelles s'étant traduites par l'accumulation d'un retard considérable dans le traitement des affaires lui incombant, par l'abstention du traitement des plaintes relatives à des officiers ministériels, par l'absence de signalement de la disparition de sommes placées sous scellés dans le cadre d'une procédure pénale, ainsi que par plusieurs vols commis dans les locaux du parquet, et par l'usage abusif des véhicules et du téléphone portable de service ; qu'eu égard à la gravité de ces faits, qui sont avérés, le garde des Sceaux, ministre de la

plus pouvoir apprécier discrétionnairement la qualification de faute disciplinaire et semble voir son pouvoir limité quant à la nature de la sanction que le magistrat du parquet peut encourir¹¹⁰³.

2. *Le Crown Prosecutor anglais, un fonctionnaire relativement protégé*

422. La carrière du Crown Prosecutor. Les membres du CPS appartiennent au *Civil Service*, ensemble de fonctionnaires rattachés aux ministères contrôlés par le gouvernement, et pour lesquels celui-ci est politiquement responsable. Le processus de nomination est en conséquence soumis aux règles de recrutement de la fonction publique, et se trouve supervisé par une équipe nationale de recrutement basée à Liverpool ; le candidat souhaitant devenir *Crown Prosecutor* devant être un avocat disposant de deux années d'expérience récentes en matière pénale. Les *prosecutors* sont donc soumis au code, aux règles générales de déontologie et au régime disciplinaire de la fonction publique¹¹⁰⁴. Comme tout fonctionnaire, ils sont soumis à une obligation de réserve et tenus de ne pas divulguer d'informations officielles. Ils sont donc, en principe, amovibles pour motif disciplinaire¹¹⁰⁵.

423. La discipline du Crown Prosecutor. Les chefs des personnels locaux sont compétents pour prendre toute sanction appropriée relativement aux fautes légères. En revanche, les fautes graves doivent être référées à la direction. Un rapport est effectué par le chef du personnel, auquel l'intéressé doit répondre dans les dix jours, celui-ci ayant en outre le droit d'être entendu oralement. Il revient *in fine* au *Director of Corporate Services* de

Justice, n'a pas, en lui infligeant la révocation sans suspension des droits à pension, prononcé à son encontre une sanction disproportionnée ».

¹¹⁰³ Voir, antérieurement aux jurisprudences *Terrail* et *Pierre H.*, A. PERRODET, *Etude pour un ministère public européen*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 35, Paris, 2001, n° 72, p. 69 : « (...) le garde des Sceaux apprécie discrétionnairement, de nouveau, et la qualification de faute disciplinaire, et la nature de la sanction encourue », sans contrôle effectif de la part du juge. Dans le même sens, voir M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n° 63, p. 49, qui relève que « l'avis [de l'ancienne commission de discipline du parquet], qui reste purement consultatif, ne lie pas le garde des Sceaux qui peut toujours prendre une sanction plus sévère que celle qui est proposée. Mais ce qui est plus grave, c'est que la sanction que prononce le ministre n'est susceptible d'aucun recours juridictionnel (...) ».

¹¹⁰⁴ Le *Civil Service Management Code*, édicté par le *Minister for the Civil Service* conformément au *Civil Service Order in Council* 1995, dont la dernière version, datant du 1^{er} juillet 2013, a été modifiée le 22 octobre 2014. Voir ainsi, notamment, le chapitre I « Entrée en fonctions » et le chapitre IV « Déontologie et discipline ».

¹¹⁰⁵ L'obligation de réserve impose ainsi aux membres du CPS de ne pas critiquer publiquement le gouvernement, de ne pas être engagés ouvertement dans une activité politique et de ne pas publier de commentaires critiques concernant le service. Voir ainsi, *Civil Service Management Code*, §§ 4.2 et 4.4.

prendre la décision après audition de l'intéressé, la révocation pouvant être contestée devant le *DPP*.

Depuis l'affaire *R v. DPP ex parte Hogg*, les tribunaux ont toutefois laissé entendre qu'ils pouvaient se reconnaître compétents, par le biais de la *judicial review*, pour protéger les *Crown Prosecutors* contre toute tentative du gouvernement de les sanctionner à propos d'un acte loyal de leur fonction qui aurait mis le gouvernement dans l'embarras. Dans cette affaire en effet, la *Court of appeal* a considéré que, si la décision de révoquer un avocat du *Crown Prosecution Service* pendant une période d'essai en raison de son comportement ne peut faire l'objet d'une *judicial review*, il pourrait y avoir des cas où, en raison de la situation particulière du poursuivant public, le licenciement de celui-ci soulèverait une question légitime de droit public. Ainsi, selon Sir Thomas Bingham, « [i]l est assez clair que le statut du *Crown Prosecutor* est de la plus haute importance, non seulement eu égard à la fonction qu'il exerce, mais aussi eu égard à la nécessité de garantir qu'il jouit d'une totale indépendance dans l'exercice de la difficile, inhérente et importante marge discrétionnaire dont il dispose dans la conduite des poursuites au nom de la Couronne. (...) Il me semble que ce principe d'indépendance du *Crown Prosecutor* est beaucoup plus qu'une clause devant être inférée du contrat entre le *Crown Prosecutor* et le *Crown Prosecution Service* et qu'il est bien davantage un principe de valeur constitutionnelle ou, pour utiliser un langage tant soit peu moins élaboré, qu'il soulève une question de droit public. Je souhaiterais, pour ma part, qu'il ressorte très clairement de mes propos que, dans l'hypothèse où il y aurait une raison plausible de penser qu'une mesure prise à l'encontre d'un *Crown Prosecutor* serait entachée d'arbitraire..., il me serait difficile de considérer qu'une demande visant à l'application de la procédure de *judicial review* ne soit pas susceptible d'être prise en considération »¹¹⁰⁶.

424. Ainsi, la comparaison des statuts du procureur français et du *CPS* anglais confirme ce que nous pressentions. Le statut se révèle relativement accessoire dans la protection offerte au ministère public contre les influences du pouvoir exécutif : un fonctionnaire peut se trouver tout autant protégé des influences du pouvoir exécutif qu'un magistrat, pourvu qu'il existe une garantie juridictionnelle efficace des sanctions qui peuvent lui être infligées.

¹¹⁰⁶R. v. *Crown Prosecution Service Ex p. Hogg* (1994) 6 Admin. L.R. 778.

B. La situation statutaire originale de la police anglaise

425. Au regard de son homologue française (1), la police anglaise dispose d'un statut relativement original (2).

1. Le statut des forces de police françaises

426. *La centralisation continue de la police judiciaire.* Le modèle français, centralisateur et étatiste, ne fut pas, à ses débuts, sans subir les influences du siècle des Lumières et d'une organisation héritée d'une certaine lecture des « libertés anglaises » et de la démocratie américaine. Même après la Révolution française, en effet, la police des villes relevait des communes alors que la gendarmerie s'était déjà constituée comme une police étatique intervenant en campagne¹¹⁰⁷. La police était ainsi essentiellement locale et décentralisée¹¹⁰⁸. Les agents étaient recrutés localement et le commissaire de police élu et rétribué par la municipalité¹¹⁰⁹. Le Directoire amorça toutefois un mouvement de

¹¹⁰⁷ La gendarmerie sera, dans la France du XIX^{ème} siècle, essentiellement rurale, le principal instrument de la police judiciaire. Sur ce rôle de la gendarmerie, voir J.-C. FARCY, « La gendarmerie, police judiciaire au XIX^{ème} siècle », *Histoire, économie et société* 2001, n° 3 : « Les miroirs de la santé », p. 385 et s.

¹¹⁰⁸ Sur cette organisation, voir STRAUSS (A.), *Des autorités investies d'attributions de police*, Thèse, H. Jouve, Paris, 1898, cité par J.-M. BERLIERE et R. LEVY, *Histoire des polices en France. De l'ancien régime à nos jours*, Nouveau Monde éd., Paris, 2013, p. 51 : « Ainsi, la Révolution en haine des corporations, des mauvais souvenirs que traînait derrière elle cette institution, a voulu, en isolant les unes des autres les forces de police, les décentraliser (...) et, en les empêchant d'agir de concert, interdire le retour aux mauvais procédés d'autrefois ». La loi municipale du 14 décembre 1789 adopta ainsi une organisation décentralisée de la police. L'article 50 de celle-ci confiait au pouvoir municipal le soin de « faire jouir les habitants d'une bonne police », mais l'article 49 distinguait deux pouvoirs exercés par les municipalités : « Les corps municipaux auront deux espèces de fonctions à remplir, les unes propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'administration générale et déléguées par elle aux municipalités ». Dès lors, le législateur distinguait, au sein des fonctions de police confiées aux corps municipaux, les attributions « propres au pouvoir municipal », qui s'exerçaient sous la « surveillance » de l'administration (art. 50), de celles qui étaient « propres à l'administration générale de l'Etat » et « déléguées » par elle aux municipalités qui devaient les exécuter sous « l'autorité » de l'administration (art. 51). La distinction est d'ailleurs rappelée par l'instruction accompagnant la loi municipale : « Les fonctions détaillées dans l'article 51 intéressent la Nation tout entière et l'uniformité du régime général excédant les droits et les intérêts particuliers de leur commune, [les membres des corps municipaux] ne peuvent pas exercer ces fonctions en qualité de simples représentants de leur commune, mais seulement en celle de préposés et d'agents de l'administration générale ». Ce sont l'article 3, titre XI, de la loi des 16 et 24 août 1789 et l'article 46 de la loi des 19 et 22 juillet 1791 qui viendront énumérer les pouvoirs de police propres aux municipalités (sûreté et commodités du passage dans les voies publiques, police des denrées, etc.). Sur la portée de cette distinction entre pouvoirs propres et pouvoirs délégués aux corps municipaux, voir J.-M. BERLIERE, « Les pouvoirs de police : attributs du pouvoir municipal ou de l'Etat ? », *Criminocorpus. Revue hypermédia. Histoire de la justice, des crimes et des peines* [en ligne], 1^{er} janv. 2009, <http://criminocorpus.revues.org/259>, spéc. n° 6-20.

¹¹⁰⁹ Le décret des 21 et 29 septembre 1791 autorisait la création de commissaires de police « dans toutes les villes du Royaume où on les jugera nécessaires ». Elus pour deux ans et rééligibles (art. 4), ils étaient rétribués sur le budget de la commune et étaient chargés de veiller à l'exécution des lois de « police municipale et correctionnelle » (art. 2). Le décret du 19 vendémiaire an IV viendra imposer l'institution d'un commissaire de

centralisation en instituant le 12 Nivôse an IV, un « Ministère de la police générale de la République » – la « Sûreté Générale » – chargé de l'exécution des lois relatives à la police, à la sûreté et à la tranquillité publique. La loi du 28 pluviôse an VIII prolongea cette ébauche de centralisation avec l'institution des préfets et, selon l'importance de la commune, l'attribution à celui-ci du droit de nomination et de révocation des maires qui pouvaient être choisis en dehors des conseils municipaux. L'arrêté du 5 brumaire an IX institua, quant à lui, des « commissaires généraux », chargés de la direction du personnel des commissaires de police municipale, et des « commissaires spéciaux » chargés d'apporter à ceux-ci l'appui de leur mobilité. Puis, le décret du 25 mars 1811 créa, sous l'autorité du ministre de la Police générale, un corps de fonctionnaires de police divisé en quatre classes : directeurs généraux, commissaires généraux, commissaires spéciaux et enfin commissaires particuliers des villes. Le décret du 28 mars 1852 imposa dans chaque chef-lieu de canton, la présence d'un « commissaire de police cantonal », nommé par le pouvoir central. En tant que fonctionnaire de l'Etat, il était placé sous l'autorité directe du préfet, sa subordination à l'égard de l'autorité municipale se limitant à l'exercice de la police municipale. Par la suite, la loi du 5 avril 1884 chargea le maire de la police municipale. Il nommait les policiers municipaux (brigadiers, inspecteurs), sauf le commissaire de police et, dans les villes de plus de quarante mille habitants, après agrément du préfet¹¹¹⁰.

Paris échappait toutefois à cette organisation, possédant une police municipale mais étatisée, car sous la dépendance du préfet. La loi du 28 pluviôse an VIII vint ainsi créer la préfecture de police de Paris indépendamment de la « Sûreté Générale »¹¹¹¹. Le préfet de police disposait de prérogatives de police municipale habituellement confiées au maire (par exemple en matière de circulation ou de voirie). Il était responsable du maintien de l'ordre dans la capitale. Il avait autorité sur les commissaires de police et disposait d'un corps de

police dans les villes de plus de cinq mille habitants en supprimant toutefois son élection. Désormais, le commissaire sera nommé par la municipalité.

¹¹¹⁰ Sur cette loi, voir J.-M. BERLIÈRE, « Les pouvoirs de police : attributs du pouvoir municipal ou de l'Etat ? », art. préc., n° 22 et s.

¹¹¹¹ Sur cette création, voir O. RENAUDIE, *La préfecture de police*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », tome 258, Paris, 2008, p. 63 ; J. TULARD, « 1800-1815. L'organisation de la police » in M. AUBOUIN, A. TEYSSIER et J. TULARD (dir.), *Histoire et dictionnaire de la police du Moyen-Âge à nos jours*, Robert Laffont, coll. « Bouquins », Paris, 2005, p. 270 et s. ; J.-M. BERLIÈRE et R. LEVY, *Histoire des polices en France. De l'ancien régime à nos jours, op. cit.*, p. 25, qui relèvent que cette création visait aussi à contrebalancer « le pouvoir de l'inquietant ministre de la Police générale que fut Fouché », et que l'on doit en conséquence à Bonaparte « ce principe caractéristique du 'modèle français de police' qui consiste à diviser un pouvoir considérable entre plusieurs administrations rivales : le ministère de la Police (supprimé en 1818 et dont le ministère de l'Intérieur héritera des missions) longtemps incarné par Fouché ; la préfecture de police dont le premier titulaire fut Dubois (1800-1818) et la gendarmerie (qui avait succédé en 1792 à la Maréchaussée de l'Ancien Régime) (...) ».

sergents de ville créée en 1829 qui deviendra, en 1848, celui des gardiens de la paix. En outre, le préfet possédait des pouvoirs de police judiciaire (art. 10 CIC)¹¹¹².

A compter du Second Empire, l'étatisation se prolongea d'abord sur le modèle initié par la loi des 19 et 24 juin 1851, qui institua à Lyon la première police d'État. Le préfet du département récupéra certaines fonctions de préfet de police tandis que les maires des communes concernées demeuraient chargés des missions classiques de police municipale (salubrité, éclairage, etc.). Cette organisation se dissémina vers d'autres villes¹¹¹³. Ensuite, furent progressivement créés des services d'enquête à compétence nationale. Le décret du 28 août 1899 attribue la fonction de contre-espionnage au ministère de l'Intérieur en créant au sein de la Sûreté générale le poste de contrôleur général chargé de la surveillance du territoire. Le décret du 30 décembre 1907, crée au sein de la Sûreté générale douze brigades dirigées par un commissaire et chargées d'assister l'autorité judiciaire dans la recherche et la répression des infractions d'une particulière gravité. « La « PJ » [était] née »¹¹¹⁴. Les « brigades du Tigre » vont ensuite passer à dix-neuf¹¹¹⁵. Des offices centraux seront en outre créés pour la répression du faux-monnayage¹¹¹⁶ et pour la répression du trafic illicite de stupéfiants¹¹¹⁷. La loi du 23 avril 1941 viendra étatiser l'ensemble des polices des communes de plus de dix mille habitants et créer la police nationale. Le décret du 1^{er} juin 1941 organisera la direction générale de la police nationale. Les pouvoirs des maires passent en grande partie aux préfets¹¹¹⁸. La loi du 26 mars 1946 viendra décliner l'étatisation en

¹¹¹² Aux termes de l'article 10 du code d'instruction criminelle : « Les préfets des départements, et le préfet de police à Paris, pourront faire personnellement, ou requérir les officiers de police judiciaire, chacun en ce qui le concerne, de faire tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions, et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, conformément à l'article 8 ci-dessus ». Pour une exégèse de l'article 10, voir HUGUENEY (L.), « Variations sur l'article 10 du code d'instruction criminelle », *Etudes criminologiques*, 1927, n° 1, p. 1 et s. Sur la genèse et le devenir de l'article 10, voir J.-M. BERLIÈRE, « Une menace pour la liberté individuelle sous la République. L'article 10 du code d'instruction criminelle », *Criminocorpus. Revue hypermédia. Histoire de la justice, des crimes et des peines* [en ligne], 1^{er} janv. 2008, <http://criminocorpus.revues.org/262>.

¹¹¹³ A Marseille avec la loi du 8 mars 1908, à Toulon avec la loi du 14 novembre 1918, à Nice avec la loi du 26 juin 1920, puis à Strasbourg, Mulhouse et Metz avec le décret du 17 mars 1925.

¹¹¹⁴ A. DECOCQ, J. MONTREUIL et J. BUISSON, *Le droit de la police*, Litec, 2^{ème} éd., Paris, 1998, n° 42, p. 26.

¹¹¹⁵ L'activité de ces brigades sera toutefois moins spectaculaire que ce que leur légende a rapporté. Voir ainsi, J.-M. BERLIÈRE et R. LEVY, *Histoire des polices en France. De l'ancien régime à nos jours*, op. cit., p. 132 : « En réalité, l'image et la réputation des brigades mobiles régionales de police judiciaire, qu'il s'agisse de leurs résultats, de la modernité de leur pratique, de leur intégration au sein de l'organigramme policier préexistant, de la 'pureté' judiciaire de leurs missions... doivent plus à une construction politique et médiatique qu'à la stricte matérialité des faits ». Dans le même sens, voir L. LOPEZ, « Les archives contre la statistique officielle ? », *Genèses* 2/2008, n° 71, p. 106 et s.

¹¹¹⁶ Arrêté du 11 septembre 1929.

¹¹¹⁷ Décret du 21 novembre 1933.

¹¹¹⁸ L'organisation de la préfecture de police de Paris reste cependant inchangée. Sur la loi du 23 avril 1941, voir J.-M. BERLIÈRE, « La loi du 23 avril 1941 portant organisation générale des services de police en France », *Criminocorpus. Revue hypermédia. Histoire de la justice, des crimes et des peines* [en ligne], 1^{er} janv. 2008, <http://criminocorpus.revues.org/2>

créant notamment des directions départementales de police et en unifiant le recrutement et la formation. La loi n° 66-492 du 9 juillet 1966 rappelle le rattachement de la police nationale au ministère de l'Intérieur « sous réserve des dispositions du code de procédure pénale relatives à l'exercice de la police judiciaire » (art. 1^{er}). Le décret n° 69-888 du 29 septembre 1969 supprime la « Sûreté générale » et place l'ensemble de la police nationale sous l'autorité unique d'un directeur général de la police nationale, lui-même subordonné directement au ministre de l'Intérieur. Enfin, la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité abroge la loi du 23 avril 1941 et réaffirme le principe suivant lequel le régime de police d'Etat peut être établi en fonction des besoins en matière de sécurité des villes d'une certaine taille¹¹¹⁹. Ainsi, les communes insérées dans un ensemble urbain peuvent être soumises au régime de la police d'Etat lorsque d'une part, la population est supérieure à vingt mille habitants et d'autre part, la délinquance présente les caractéristiques des zones urbaines¹¹²⁰. Les chefs-lieux de départements sont quant à eux obligatoirement soumis au régime de police d'Etat¹¹²¹.

Quant à la maréchaussée, qui trouve ses origines au Moyen Âge dans la création, en 1191, d'un corps de sergents d'armes pour assurer la protection du roi Philippe II¹¹²², elle prendra la dénomination de gendarmerie avec la loi du 16 février 1791 avant que la loi du 28 germinal an VI ne l'organise plus avant. Son article 1^{er} en fixe bien la mission de police étatique puisqu'il dispose que : « Le corps de la gendarmerie nationale est une force instituée pour assurer dans l'intérieur de la République le maintien de l'ordre et l'exécution des lois ». Ses missions de police administrative, notamment par la surveillance générale, et de police judiciaire sont consacrées. Un décret du 1^{er} mars 1854 vient ensuite la placer sous l'autorité du ministre de la Guerre, confirmant ainsi son statut militaire. Mais c'est surtout

71 ; du même auteur, « Les années noires » in M. AUBOUIN, A. TEYSSIER et J. TULARD (dir.), *Histoire et dictionnaire de la police du Moyen-Âge à nos jours*, op. cit., p. 403 et s.

¹¹¹⁹ Art. 8 modifiant l'art. L. 132-6 du code des communes devenu CGCT, art. L. 2214-1 et R. 2214-2.

¹¹²⁰ Art. R. 2214-2 CGCT.

¹¹²¹ Art. R. 2214-1 CGCT.

¹¹²² Ce corps est placé en 1337 sous l'autorité du connétable de France et prend le nom de « connétablie ». L'ordonnance du 20 janvier 1514 confère à ce corps la compétence de prévôts à la police au sein des garnisons de soldats. Par l'édit de Paris de 1536, François I^{er} lui confie des missions civiles de répression des délinquants en milieu rural, échappant à la justice pénale cantonnée dans les villes. Le roi lui attribue ainsi une fonction de police judiciaire le long des grandes routes du Royaume. Le connétable de France étant remplacé en 1626 par les maréchaux, la connétablie devient maréchaussée. Ses membres prennent le nom de « prévôts des maréchaux » et s'organisent en brigade de cinq hommes avec l'édit du 9 mars 1720 et l'ordonnance du 16 mars 1720. L'ordonnance du 19 avril 1760 lui confère notamment pour objet de « rechercher et poursuivre les malfaiteurs ». Sur l'histoire de la gendarmerie, voir F. DIEU, *La gendarmerie, secret d'un corps*, éd. Complexe, Paris, 2002, pp. 51-64 ; E. ALARY, *L'histoire de la gendarmerie, de la Renaissance au troisième millénaire*, éd. Perrin, coll. « Tempus », Paris, 2011 ; et, sur le modèle historique du policier-militaire, voir R. LIZUREY, *Gendarmerie nationale, les soldats de la loi*, PUF, coll. « Questions judiciaires », Paris, 2006, pp. 9-40 ; C. EMSLEY, *Gendarmes and the State in Nineteenth-Century Europe*, OUP, Oxford, 1999, spéc. pp 13-146.

le décret du 20 mars 1903 qui va organiser la gendarmerie sous sa forme contemporaine¹¹²³, avant d'être abrogé par la loi n° 2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale¹¹²⁴. Cette dernière, tout en préservant le caractère militaire de l'institution et de ses personnels¹¹²⁵, vient la rattacher au ministère de tutelle de la police¹¹²⁶.

427. La « centralisation bicéphale » de la police judiciaire¹¹²⁷. Dans leur *Histoire des polices en France*, Jean-Marc Berlière et René Levy écrivent que « [d]ans la longue durée »,

¹¹²³ Ce décret décrit les devoirs de la gendarmerie ainsi que ses rapports avec les autorités locales, civiles, administratives et judiciaires, son titre III étant consacré à la police judiciaire. Après l'adoption du code de procédure pénale en 1958, ce dernier a été modifié par le décret n° 58-761 du 22 août 1958, dont l'article 113 fait de la police judiciaire une « mission essentielle » de la gendarmerie. Le décret de 1903 détaille en outre les capacités des gendarmes officiers ou agents de police judiciaire, leurs pouvoirs d'enquête, les formes à respecter, l'usage des armes – plus large que celui accordé à la police nationale (art. 174).

¹¹²⁴ Sur cette réforme, voir O. GOHIN et X. LATOUR, « La gendarmerie nationale, entre unité fonctionnelle et identité organique », *AJDA* 2009, p. 2270 et s. Désormais, la gendarmerie est régie par les dispositions du code de la défense, du code de la sécurité intérieure et du code de procédure pénale. L'article L. 3211-3 du code de la défense précise la nature de ses missions civiles et militaires. Il énonce ainsi : « La gendarmerie nationale est une force armée instituée pour veiller à l'exécution des lois. ». L'article L. 421-1 du code de la sécurité intérieure ajoute notamment que « la police judiciaire constitue l'une de ses missions essentielles » et qu'elle « est destinée à assurer la sécurité publique et l'ordre public, particulièrement dans les zones rurales et périurbaines, ainsi que sur les voies de communication ». En dehors des communes étatisées, la gendarmerie assure seule la responsabilité de l'exécution des missions de sécurité et de paix publiques (art. R. 431-2 CSI). Elle conserve ainsi sa nature de police judiciaire de statut militaire dont la zone de compétence se situe en dehors des villes.

¹¹²⁵ O. GOHIN et X. LATOUR, « La gendarmerie nationale, entre unité fonctionnelle et identité organique », art. préc., p. 2270 et s. : « Tel le dieu Janus, la gendarmerie nationale présente donc une double face, encore et toujours : d'un côté, elle est, le plus souvent, confortée dans ses actions en faveur de la sécurité publique quand, de l'autre, elle est parfois critiquée pour être exagérément différente, sinon même, pour ses opposants, au sein de la police nationale ou de l'armée de terre – plus nombreux qu'on ne le croit, plus actifs qu'elle ne l'imagine – comme décidément exaspérante, car implicitement jalouse. Le législateur est-il réellement parvenu à trancher ce dilemme et, du reste, a-t-il seulement voulu le faire ? On doit esquisser une réponse négative parce que l'on ne saurait attendre d'un texte de compromis qu'il sorte la gendarmerie nationale de son ambiguïté lorsqu'il réalise précisément une unité fonctionnelle avec la police, tout en préservant son identité organique par rapport à elle ».

¹¹²⁶ L'article 3 du décret n° 2002-889 du 15 mai 2002 relatif aux attributions du ministre de l'Intérieur avait prévu que « pour l'exercice de ses missions de sécurité intérieure, le ministre de l'Intérieur (...) est responsable de l'emploi des services de la gendarmerie nationale (...). À cette fin, en concertation avec le ministre chargé de la Défense, il définit les missions de ces services autres que celles qui sont relatives à l'exercice de la police judiciaire, il détermine les conditions d'accomplissement de ces missions et les modalités d'organisation qui en résultent ». Même s'il ne le précisait pas, ce décret plaçait, de fait, la gendarmerie sous la tutelle du ministère de l'Intérieur, puisque les missions de sécurité intérieure représentent la grande majorité de l'activité de la gendarmerie. La tutelle de droit est venue avec la loi n° 2009-371 du 3 août 2009. Les deux forces étatiques de police judiciaire se voient donc placées sous l'autorité du ministère de l'Intérieur qui devient responsable de son organisation, de sa gestion, de sa mise en condition d'emploi et de son infrastructure militaire (art. L. 3225-1 C. défense). C'est le ministre de l'Intérieur qui fixe la répartition des missions d'éloignement des étrangers et de concours aux administrations entre la police nationale et la gendarmerie nationale (art. R. 431-5 CSI). C'est aussi le ministre de l'Intérieur avec, le cas échéant, les autres ministres concernés, qui déterminent la répartition des forces de police et gendarmerie pour les ports, les aéroports, les gares ferroviaires ou routières, les voies autoroutières ou de dégagement (art. R. 431-3 CSI). C'est ce même ministre qui détermine les secteurs d'intervention des gendarmes mobiles et des CRS (art. R. 431-7 CSI). La direction générale de la gendarmerie est désormais intégrée à l'organigramme du ministère de l'Intérieur.

¹¹²⁷ L'expression est de Gildas Roussel. Voir ainsi, G. ROUSSEL, « Police judiciaire » in *Encyclopédie Dalloz, Rép. pén.*, Dalloz, Paris, 2014, n° 27.

l'histoire de la police « semble caractérisée par une évolution qui, sans exclure changements de cap et reculs, a conduit à développer, centraliser, unifier, étatiser, adapter, professionnaliser un appareil qu'on s'accorde toujours – quelle que soit l'époque concernée – à trouver insuffisant, inadapté, inefficace, mais également, dangereux, violent, menaçant et pour tout dire inquiétant »¹¹²⁸. En effet, le système policier français, composé essentiellement de deux forces nationales organisées hiérarchiquement, la police nationale et la gendarmerie nationale, se caractérise principalement par une centralisation au niveau étatique. L'article R. 432-2, alinéa 1^{er}, du code de la sécurité intérieure définit la mission de ces deux forces : « Placées sous l'autorité du ministre de l'Intérieur pour l'accomplissement des missions de sécurité intérieure et agissant dans le respect des règles du code de procédure pénale en matière judiciaire, la police nationale et la gendarmerie nationale ont pour mission d'assurer la défense des institutions et des intérêts nationaux, le respect des lois, le maintien de la paix et de l'ordre publics, la protection des personnes et des biens ». Chacune possède sa zone de compétence¹¹²⁹. Selon l'article R. 432-1 du code de la sécurité intérieure, la police nationale se définit comme une force civile qui intervient dans les communes placées sous le régime de police d'Etat (plus de vingt mille habitants) et la gendarmerie nationale une force militaire qui intervient sur le reste du territoire national. Dans leur missions de police judiciaire ces deux forces sont dirigées par le procureur de la République (art. 12 CPP) et placées sous la surveillance du procureur général et de la chambre de l'instruction (art. 13 CPP). En outre, le préfet, « anime et coordonne l'ensemble du dispositif de sécurité intérieure » et « dirige l'action des services de la police nationale et des unités de la gendarmerie nationale en matière d'ordre public et de police administrative »¹¹³⁰.

428. Statut des policiers nationaux et des gendarmes. Les policiers nationaux sont des fonctionnaires de l'État. Ils sont assujettis au statut général des fonctionnaires résultant de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. Mais la spécificité de leurs missions est à l'origine de l'organisation d'un statut spécial, notamment en matière de disponibilité, de mobilité, de résidence ou de durée d'affectation (L. du 21 janv. 1995, art. 19). La première version de ce statut fut fixée par la loi n° 48-1504 du 28 septembre 1948 dont l'article 2, toujours en

¹¹²⁸ J.-M. BERLIERE et R. LEVY, *Histoire des polices en France. De l'ancien régime à nos jours*, op. cit., p. 19.

¹¹²⁹ C. MOUHANNA, « La répartition des forces de sécurité sur le territoire : des leçons à tirer pour la carte judiciaire ? », *AJ pén.* 2007, p. 518 et s.

¹¹³⁰ Art. L. 122-1, al. 1 et 3, CSI. Sur la naissance du code de la sécurité intérieure, voir P. BELLOIR, « La naissance du code de la sécurité intérieure », *AJ pén.* 2012, p. 186 et s.

vigueur, proclame la liberté syndicale des fonctionnaires de police. A la suite de la loi du 21 janvier 1995, le statut actuel des policiers nationaux est posé par le décret n° 95-654 du 9 mai 1995 qui rappelle notamment leur fonction de police judiciaire. Par ailleurs, l'ensemble des dispositions régissant l'organisation et le fonctionnement de la police nationale est inséré dans le règlement général d'emploi de la police nationale (RGEPN) issu de l'arrêté du 6 juin 2006 et le code de la sécurité intérieure (art. L. 411-1 et s.). Le décret du 9 mai 1995, le RGEPN et le code de la sécurité intérieure énoncent les différentes règles relatives au recrutement, à la formation, à la carrière, aux obligations et au droit syndical des policiers. Ainsi, les policiers sont soumis à une obligation de disponibilité à tout moment pour les nécessités du service (art. R. 434-30 CSI). Ils ne disposent pas du droit de grève (art. L. 411-4 CSI) mais peuvent se syndiquer (art. L. 411-3 et R. 411-1 CSI). L'article R. 434-29 du code de la sécurité intérieure encadre leur expression. Il est rappelé que les policiers sont tenus à l'obligation de neutralité et qu'ils doivent s'abstenir dans l'exercice de leurs fonctions, de toute expression ou manifestation de leurs convictions religieuses, politiques ou philosophiques. En dehors du service, ils peuvent s'exprimer librement mais sont soumis à un devoir de réserve et à une exigence de loyauté à l'égard des institutions de la République. Les syndicats jouissent, quant à eux, d'une plus grande liberté d'expression. Le décret de 1995 et les articles 111-1 et 112-2 du RGEPN posent encore le principe de la répartition des policiers nationaux en trois corps eux-mêmes divisés en grades : le corps de conception et de direction composé de commissaires de police, le corps de commandement et d'encadrement composé d'officiers de police et le corps de maîtrise et d'application composé de gardiens de la paix.

Les gendarmes étant militaires, ils sont assujettis au statut général des militaires (art. L. 421-4 CSI). À la différence des policiers nationaux, ils ne possèdent donc pas de droits syndicaux ni de durée limitée du temps de travail¹¹³¹. Le code de la sécurité intérieure contient ainsi quelques expressions explicites de la culture de la gendarmerie : « Le

¹¹³¹ Voir toutefois, CEDH, 5^{ème} sect., 2 oct. 2014, req. n° 10609/10, *Matelly c/ France*, condamnant la France en raison de l'interdiction de syndicats dans la gendarmerie. La Cour estime que « le paragraphe 2 n'exclut aucune catégorie professionnelle de la portée de l'article 11 : il cite expressément les forces armées et la police parmi celles qui peuvent, tout au plus, se voir imposer par les Etats des 'restrictions légitimes', sans pour autant que le droit à la liberté syndicale de leurs membres ne soit remis en cause » (§ 56). Elle ajoute que « les restrictions pouvant être imposées aux trois groupes de personnes cités par l'article 11 appellent une interprétation stricte et doivent dès lors se limiter à l'exercice des droits en question. Elles ne doivent pas porter atteinte à l'essence même du droit de s'organiser » (§ 57). La Cour se déclare « consciente de ce que la spécificité des missions incombant aux forces armées exige une adaptation de l'activité syndicale ». Elle admet que « des restrictions, mêmes significatives, peuvent être apportées dans ce cadre aux modes d'action et d'expression d'une association professionnelle et des militaires qui y adhèrent ». Toutefois, ces restrictions ne doivent pas « priver les militaires et leurs syndicats du droit général d'association pour la défense de leurs intérêts professionnels et moraux » (§ 71).

gendarme, soldat de la loi, est soumis aux devoirs et sujétions prévus par le statut général des militaires défini par le code de la défense, ainsi qu'aux sujétions spécifiques liées aux conditions de l'exercice du métier de militaire de la gendarmerie » (art. R. 434-33) ; « Le militaire de la gendarmerie obéit aux règles militaires et adhère aux valeurs inhérentes à son statut. L'état militaire exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité » (art. R. 433-31, al. 1^{er}) ; « Les militaires de la gendarmerie ne peuvent exprimer des opinions ou croyances, notamment philosophiques, religieuses ou politiques qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire, conformément aux dispositions du code de la défense. Dans le cadre du dialogue interne mis en place au sein de l'institution militaire, ils disposent de différentes instances de représentation et de concertation dans lesquelles les membres s'expriment librement » (art. R. 433-32). À l'inverse, ils peuvent être mobilisés à tout moment. Pour ce faire et sauf exceptions, ils ont une obligation de résidence en caserne. Afin de compenser ces obligations, la loi du 3 août 2009 fait bénéficier les gendarmes d'un classement indiciaire spécifique et d'un régime indemnitaire particulier, notamment une prime de sujétion (art. L. 4145-3 C. défense). Pour le reste, le statut des gendarmes s'intègre dans la hiérarchie militaire (art. L. 4131-1 C. défense) et repose sur la distinction entre officiers, sous-officiers et réservistes.

2. *Le statut des forces de police anglaises*

429. *La gouvernance complexe des forces de police.* L'« Etat moderne est profondément ambivalent quant à la manière par laquelle la police devrait être responsable », relevait un auteur anglais¹¹³². Historiquement, les forces de police extralondoniennes, ne furent pas placées sous l'autorité du *Home Secretary* et, antérieurement au *Police Act* 1964, elles se trouvaient soumises à un système de gouvernance original. Dans les zones urbaines, le *Chief Constable* était responsable devant les « *Watch Committees* » – entièrement composés de conseillers locaux membres du *Borough Council*. Dans les zones rurales, le *Chief Constable* était responsable devant un *Standing Joint Committee*, composé pour moitié de membres du *County Council* et pour l'autre moitié de magistrats locaux. Certaines de ces *Police Authorities* pouvaient parfois avoir une compétence sur plusieurs *Counties* ou

¹¹³² J. B. L. CHAN, « Governing police practice : limits of the new accountability », (1999) 50(2) *The British Journal of Sociology* 251.

Counties Borough. La composition des *Police Authorities* tendait ainsi à leur conférer une très grande autonomie¹¹³³.

Si les textes prévoient que les *Watch Committees* disposaient d'un pouvoir de nomination et d'un pouvoir disciplinaire sur les *Chief Constables* de nombreux problèmes pratiques¹¹³⁴, combinés à des controverses doctrinales¹¹³⁵, conduisirent à la mise en place, en

¹¹³³ I. OLIVIER, « Police Accountability in 1996 », [1996] *Crim LR* 611, spéc. 611-612.

¹¹³⁴ Entre 1956 et 1959, en particulier, une succession d'incidents attira en effet l'attention du public sur les questions de police. Des actions disciplinaires et tendant à engager la responsabilité des *Chiefs Constables* de trois forces – Cardiganshire, Worcester et Brighton – furent notamment intentées. De plus, des débats eurent lieu devant le Parlement conduisant à l'institution d'une commission d'enquête pour investiguer sur le comportement de deux membres de la police de Thurso. En outre, une motion de censure fut déposée à la Chambre des communes après que des violences prétendument commises par un policier de la *Metropolitan Police* aient conduit à la mise en cause du *Home Office*. Surtout, à Nottingham, un conflit avait opposé le *Chief Constable* de la police au *Watch Committee* en tant que *police authority*, soulevant la question de l'exacte nature des relations constitutionnelles existant entre les *police authorities* locales et les policiers agissant en tant qu'officiers chargés de l'application de la loi (*law enforcement officers*). Le *Chief Constable* avait diligenté une enquête au sein de sa force de police, après consultation du DPP, à propos de plusieurs questions affectant les membres du *council*, et notamment le remboursement des dépenses et la réalisation de certains travaux par la *corporation*. Le *Town Clerk* et le *watch committee* s'offensèrent de la manière dont l'enquête fut conduite et demandèrent au *Chief Constable* d'établir un rapport. Ce dernier refusa au motif que la responsabilité de l'application de la loi (*law enforcement*) relevait de lui seul et qu'il ne s'agissait pas d'un domaine dans lequel le *Watch Committee* pouvait se sentir concerné. Aussi, le *Watch Committee* suspendit-il le *Chief Constable* en vertu du pouvoir qui lui est conféré par la section 191 du *Municipal Corporations Act* 1882. Parallèlement, le *Home Office* demanda confirmation et des explications sur les motifs de cette suspension. Le motif principal de la suspension, répondit le *Watch Committee*, était le refus du *Chief Constable* de déférer à ses instructions de l'informer sur l'enquête conduite par les officiers de *Scotland Yard* portant sur les affaires de la *corporation* de Nottingham et le rapport du *Town Clerk* à propos de la conduite du *Chief Constable*. Lors d'une rencontre au *Home Office*, le *Town Clerk* expliqua que son rapport traitait de deux affaires dans lesquelles les enquêtes effectuées par la police et portant sur deux membres du *council* furent conduites dans des circonstances qu'il considérait comme ayant révélé un défaut d'impartialité de la part du *Chief Constable*. Le *Home Office* écrivit ensuite au *Watch Committee* de Nottingham en indiquant qu'il considérait que ces circonstances ne justifiaient pas la suspension, que le *Chief Constable* aurait méconnu ses devoirs s'il avait déféré à ses instructions, qu'un *Chief Officer* avait le devoir d'appliquer le droit pénal (*enforce the criminal law*) et que, dans cette tâche, il ne pouvait faire l'objet d'un contrôle ou d'immixtion de la part de la *police authority*. Finalement, le *Chief Constable* fut réinstallé dans ses fonctions.

¹¹³⁵ A la suite de l'affaire de Nottingham, la notion d'application de la loi (*law enforcement*), en lien avec la nature des pouvoirs des *police authorities*, fut en effet discutée en doctrine. Voir ainsi, KEITH-LUCAS (B.), « The Independence of Chief Constables », [1960] *Public Administration* 1, spéc. 6, pour qui, « dans les matières opérationnelles, [le *Chief Constable*] est indépendant et n'est en aucun cas placé sous les ordres du *Watch Committee*; (...) mais, s'il se montre incapable de remplir ses fonctions, pour cause d'incompétence, de partialité politique ou personnelle, ou pour toute autre cause, le *Committee* peut le révoquer ou le suspendre. De plus, les membres du *Committee* peuvent lui donner des conseils ou critiquer sa conduite, mais il n'est pas obligé d'agir conformément à leurs souhaits ». Pour une critique de cette position, voir CHESTER (D. N.), « Some Questions », *ibid.*, 11, spéc. 12 et 15 : puisque le *County Borough Council* doit légalement disposer d'une force de police et s'assurer que la zone est « efficacement policée (*efficiently policed*) » et que « le service de police est efficace et bien entretenu, équipé et géré », « [il] est clair que l'expression 'efficacement policée' ne peut se limiter à un nombre d'hommes et à une quantité de matériel ; elle doit d'une certaine façon impliquer que le maintien de l'ordre dans la zone, à savoir l'application de la loi (*law enforcement*), est adéquat et correctement effectué. Et de conclure : « Si le *Chief Constable* est aussi indépendant que le présente M. Keith-Lucas, dans quel sens la police pourrait-elle être considérée comme une fonction de l'autorité locale ? ». Voir également, l'étude en réponse de MARSHALL (G.), « Police Responsibility », *ibid.*, 213, qui suggère, *in fine*, qu'« une responsabilité à l'égard d'une autorité politique représentative, qu'elle soit centrale ou locale, n'est pas incompatible avec le statut de *constable* », pourvu qu'elle respecte les limites connues par la pratique de la *Metropolitan Police*, où le *Secretary of State* dispose du pouvoir de prescrire des directives générales et le *Commissioner* du pouvoir de les appliquer dans les affaires individuelles.

1959, de la *Royal Commission on Police*. Le rapport de la *Royal Commission on Police* rendu en 1962¹¹³⁶ conduisit à l'adoption du *Police Act* 1964 qui mit en place un système homogène en établissant, pour toutes les forces de police, exceptées les polices londoniennes¹¹³⁷, un système de gouvernance tripartite complexe¹¹³⁸. Pour les quarante-et-une forces de police, l'*Act* répartit la gouvernance entre les autorités locales de police, les *Local Police Authorities* – composées pour deux-tiers de conseillers élus et pour le tiers restant de *magistrates*¹¹³⁹ –, les *Chief Constables* et le *Home Office*. Le *Police Act* 1964 imposa à l'autorité de police locale le devoir de garantir le maintien d'une force de police « adéquate et efficace » et de fournir des conseils aux *Chief Constables* sur la politique à suivre dans la zone¹¹⁴⁰. La nomination du *Chief Constable* et des *Senior Officers* – *Deputy Chief Constables* et *Assistant Chief Constables* –, de même que la révocation de ceux-ci « dans l'intérêt de l'efficacité », appartenait désormais à l'autorité locale et était soumise à l'approbation du *Home Secretary*. L'exercice d'autres pouvoirs de l'autorité locale nécessitait également la coopération du *Home Office* et/ou du *Chief Constable*¹¹⁴¹. L'*Act* plaçait chaque force sous « la direction et le contrôle » du *Chief*

¹¹³⁶ ROYAL COMMISSION ON THE POLICE, Cmnd. 1728, rapp. préc. L'objectif des propositions formulées par le rapport était de renforcer la responsabilité de la police « tout en s'assurant qu'elle ne soit plus gênée dans l'exercice de ses fonctions par les vestiges d'un système conçu il y a plusieurs années dans des conditions différentes à des fins différentes ». Sur ce rapport, voir I. OLIVIER, « Police Accountability in 1996 », art. préc., spéc. 612-613.

¹¹³⁷ Les deux forces de police londonienne conservaient leur structure de gouvernance traditionnelle. L'autorité de police de la *City of London Police* demeurait le *Common Council of the City of London*, l'autorité de police de la *Metropolitan police* fut le *Home Secretary* jusqu'au *Greater Authority Act* 1999, qui introduisit une autorité de police locale.

¹¹³⁸ Voir ainsi, R. REINER, *The Politics of the Police*, op. cit., p. 227 : « Si l'*Act* de 1964 avait pour objectif de clarifier et de rationaliser la situation, il n'y parvint pas. Ses dispositions étaient contradictoires ou vagues sur nombre de points cruciaux ». Voir également, T. JONES, « The Accountability of Policing » in T. NEWBURN (ed.), *Handbook of Policing*, op. cit., p. 693 et s., spéc. pp. 697-698, qui relève que « [l']*Act* contenait de très nombreuses ambiguïtés voulues concernant l'influence relative des différentes parties au sein du système de gouvernance de la police » ; N. WALKER, *Policing in a Changing Constitutional Order*, Sweet and Maxwell, Londres, 2000, p. 39 et s., pour qui le flou législatif sur les pouvoirs et les responsabilités était délibéré et destiné à permettre suffisamment de flexibilité pour la négociation de compromis pragmatiques entre les différentes parties. Voir enfin, E. MCLAUGHLIN, *The New Policing*, Sage, Londres, 2007, p. 180, qui constate qu'au cours des débats sur le *Police Act* 1964, de nombreuses critiques furent formulées par les représentants des collectivités locales puisque, sous le prétexte de clarifier les pouvoirs, c'est une augmentation du pouvoir du *Home Secretary* et des *Chief Constables* que la réforme met en œuvre. Pour ces représentants, l'*Act* ne met pas en place une structure de gouvernance tripartite sur un modèle « explicatif et coopératif », mais entérine la création d'une structure de gouvernance bipartite « subordonnée et passive ». En effet, en cas de conflits, les *police authorities* se trouvent prises entre « le droit de veto du *Home Secretary* et les *Chiefs Constable* qui se voient reconnaître la possibilité de les ignorer ».

¹¹³⁹ Section 2 du *Police Act* 1964.

¹¹⁴⁰ Section 4.1 du *Police Act* 1964.

¹¹⁴¹ Ainsi, en vertu de la section 12 du *Police Act* 1964, le pouvoir de l'autorité de police de demander au *Chief Constable* de faire un rapport sur tout aspect du maintien de l'ordre dans la zone pouvait être neutralisé si le *Chief Constable* parvenait à convaincre le *Home Secretary* que la présentation d'un tel rapport n'était pas conforme à l'intérêt public. Le *Home Secretary* se voyait donc érigé en arbitre des conflits surgissant entre le *Chief Constable* et l'autorité locale.

*Constable*¹¹⁴². Tout contrôle externe était en revanche établi selon un modèle qualifié par un auteur d'« explicatif et coopératif » (« *explanatory and co-operative* ») plutôt qu'un modèle de « subordination et d'obéissance » (« *subordinated and obedient* »)¹¹⁴³. En conséquence, il était demandé aux *Chief Constables* de rendre compte de leurs décisions à ces diverses autorités, mais ceux-ci n'étaient pas dans l'obligation légale de prendre en compte les réponses critiques qu'elles pouvaient, le cas échéant, formuler¹¹⁴⁴. Le *Chief Constable* possédait ainsi, de façon exclusive, le contrôle opérationnel de sa force de police, même si la pratique montrait qu'il se soumettait généralement aux directives émanant du *Home Secretary*¹¹⁴⁵. Finalement, comme le relève Robert Reiner, l'*Act* « renforça le pouvoir du *Chief Constable* et du *Home Office* au détriment de l'autorité locale. Les *Police Authorities* finançaient la force de police (ou plus précisément partageaient les coûts avec le gouvernement central) mais ne pouvaient pas la commander »¹¹⁴⁶. Aussi, si elles déterminaient l'établissement d'une force de police et désignait le *Chief Constable* – deux décisions soumises à l'approbation du *Home Secretary* –, le *Chief Constable* était seul responsable de l'usage de la force, du recrutement, des avancements et de la discipline au sein de celle-ci. Et si l'autorité locale pouvait destituer le *Chief Constable* pour de justes motifs avec l'approbation du *Home Secretary*, « [e]n pratique, la plupart des autorités de police ne faisaient pas usage de ces pouvoirs limités prévus par l'*Act*, s'en remettant normalement à l'expertise professionnelle du *Chief Constable* »¹¹⁴⁷.

¹¹⁴² Section 5 du *Police Act* 1964.

¹¹⁴³ MARSHALL (G.), « Police Accountability Revisited » in D. BUTLER et A. H. HALSEY (dir.), *Policy and Politics, Essays in honour of Norman Chester*, Macmillan and Co, Londres, 1978, p. 61 et s. Pour cet auteur, le modèle de « subordination et d'obéissance » est « le modèle habituel de responsabilité ministérielle et politique (...) dans lequel la responsabilité du superviseur est typiquement accompagnée d'un contrôle administratif et de la possibilité de diriger et de s'opposer ». A l'inverse, le modèle « explicatif et coopératif » « repose, non pas sur la possibilité de délivrer des ordres mais sur la capacité d'exiger des informations, des réponses, des raisons qui peuvent être analysées et débattues ». La caractéristique de ce dernier modèle est que, « sans pouvoir imposer ou réformer les décisions exécutives, il fournit des pistes pour contester, pour pouvoir exiger des raisons explicatives et pour formuler des conseils et recommandations ».

¹¹⁴⁴ Comp. R. REINER, « Counting the Coppers : Antinomies of Accountability in Policing » in P. STENNING (dir.), *Accountability for Criminal Justice. Selected Essays*, University of Toronto Press, Toronto, 1995, p. 74 et s., spéc. p. 81 : les *Chief Constables* sont des « *account-givers not takers* ». Dans le même sens, voir J. BELL, « Justice et politique : le cas du Royaume-Uni », *Justices* 1996, n° 3, p. 33, qui constate que « le contrôle exercé par la '*Police Authority*' est très limité ».

¹¹⁴⁵ T. JEFFERSON et R. GRIMSHAW, *Controlling the Constable : Police Accountability in England and Wales*, Muller, Londres, 1984, chap. 2 : l'idée centrale du *Police Act* 1964 était de confier la responsabilité des questions opérationnelles au seul *Chief Constable*.

¹¹⁴⁶ « The police authorities paid the piper (...) but did not call the tunes ». Voir ainsi, R. REINER, *The Politics of the Police*, *op. cit.*, p. 227.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*. Dans le même sens, voir M. BRODGEN, « A police Authority - The Denial of Conflicts », (1977) 25/2 *Sociological Review* 325.

430. La centralisation progressive. Ce mouvement en faveur de la centralisation fut renforcé par la loi et la jurisprudence¹¹⁴⁸. D'abord, le *PACE* 1984 introduisit en effet une obligation légale – *statutory requirement* – d'édiction d'arrangements consultatifs – *consultative arrangements* – dans chaque force de police¹¹⁴⁹. Toutefois, « alors que le dispositif renforçait en apparence la responsabilité locale, des pressions furent exercées par le *Home Office* pour que soit adoptée la forme unique des *consultative committees*, illustrant le fait que les circulaires théoriquement consultatives provenant du *Home Office* étaient considérées comme obligatoires par la plupart des forces [de police] »¹¹⁵⁰. De plus, la jurisprudence considéra que l'autorité locale ne pouvait contester les décisions de politique pénale prises par le *Chief Constable* lorsque celles-ci avaient reçu l'approbation du *Home Office*, même lorsque celles-ci portaient sur des questions d'utilisation des ressources financières¹¹⁵¹. Ensuite, le *Police and Magistrates' Court Act (PMCA)* 1994, amendé par le *Police Act* 1996, vint modifier la composition des *Police Authorities* locales, dorénavant composées de dix-sept membres¹¹⁵². Désormais, neuf membres sont des conseillers élus, trois sont des *magistrates*, les cinq derniers étant nommés à l'issue d'une procédure complexe¹¹⁵³. Les *Police Authorities* se voyaient reconnaître la charge d'édicter un plan annuel – *Annual Policing Plan* – en coopération avec le *Chief Constable* déterminant les objectifs et les performances devant être atteints par la force de police¹¹⁵⁴. Le *Home Secretary* se voyait quant à lui autorisé à édicter des objectifs et performances nationaux devant être pris en compte par les *Police*

¹¹⁴⁸ Sur ce mouvement, voir T. NEWBURN, « Policing since 1945 » in T. NEWBURN (ed.), *Handbook of Policing, op. cit.*, p. 90 et s., spéc. pp. 98-104, qui relève que « le mouvement le plus évident et le plus cohérent dans l'histoire de la police depuis 1829 est la centralisation progressive du contrôle du gouvernement, principalement au travers du *Home Office* ».

¹¹⁴⁹ Section 106 du *PACE* 1984 dans sa version antérieure au *Police Act* 1996.

¹¹⁵⁰ R. REINER, *The Politics of the Police, op. cit.*, pp. 228 et 299.

¹¹⁵¹ *R. v. Secretary of State for the Home Department Ex p. Northumbria Police Authority* [1989] Q.B. 26. La *Home Office Circular* 40/1986 avait établi que, si les *Chiefs Constables* ne se voyaient pas autorisés par les autorités locales à acquérir des grenades lacrymogènes et des balles en caoutchouc pour la formation au contrôle anti-émeute, ils pourraient toutefois en acquérir au magasin central si le *HM Inspector of Constabulary* estimait que cela était nécessaire. L'autorité de police de Northumbrie introduisit un recours en *judicial review* à l'encontre de la circulaire du *Home Office* arguant de l'excès de pouvoir au regard du *Police Act* 1964, dont la section 4 confie à l'autorité locale la responsabilité du « maintien d'une force de police adéquate et efficace ». La *Court of appeal* rejeta l'argument, considérant que le *Home Secretary* dispose du pouvoir, en vertu de la prérogative royale (*Royal Prerogative*) de prendre les mesures qu'il estime nécessaires pour préserver l'ordre public (*Queen's Peace*), indépendamment du *Police Act* 1964. Elle retient également que la possibilité pour le *Home Secretary* de procurer des services communs – consacrée par la section 41 du *Police Act* 1964 – et la possibilité qui lui est reconnue d'user de ses pouvoirs pour promouvoir une politique générale efficace – consacrée par la section 28 du *Police Act* 1964 – permettent au *Home Secretary* de méconnaître les vues de l'autorité locale quant à la nécessité des dépenses et de l'équipement.

¹¹⁵² Section 4 du *Police and Magistrates' Court Act* 1994, dans sa version antérieure au *Police Act* 1996.

¹¹⁵³ Section 3 du *Police and Magistrates' Court Act* 1994.

¹¹⁵⁴ Sections 28 A et 28 B du *Police Act* 1964 insérées par le *Police and Magistrates' Court Act* 1994.

*Authorities*¹¹⁵⁵. En outre, le *Police and Reform Act 2002*¹¹⁵⁶ reconnaissait au *Home Secretary* le pouvoir de « délivrer des conseils » sur la stratégie locale, « conseils » que les *Police Authorities*, comme les *Chief Officers* ont l'obligation de prendre en compte, et d'édicter des *Codes of Practice* et des règlements obligatoires sur les procédures et non plus seulement consultatifs. Le *Home Secretary* se voyait également reconnaître le pouvoir d'obliger une force de police à prendre les mesures nécessaires pour remédier aux déficiences constatées par le *HM Inspectorate of Constabulary* et, tout en renforçant les pouvoirs de la *Police Authority* de suspendre ou de remplacer un *Chief Officer*, donnait au *Home Secretary* des pouvoirs accrus pour contraindre celle-ci à le faire¹¹⁵⁷. Enfin, le *Police and Justice Act 2006* réorganisa à nouveau les *Police Authorities*¹¹⁵⁸. Désormais, les *magistrates* s'en trouvaient exclus, et celles-ci ne se composaient plus que de neuf conseillers élus et de huit membres choisis par un panel local conformément à des directives centrales. Le *Home Secretary* se voyait quant à lui reconnaître le pouvoir d'assigner de nouvelles fonctions aux *Police Authorities*.

431. Vers un « New Localism » ? Les mutations résultant du *Police Reform and Social Responsibility Act 2011*. Sous l'influence du modèle américain de gouvernance policière, le gouvernement a souhaité renforcer la responsabilité de la police devant les citoyens et supprimer les *Police Authorities* pour les remplacer par des organes élus – excepté à Londres¹¹⁵⁹. Aussi, le *Police Reform and Social Responsibility Act 2011* instaure-t-il quarante-et-

¹¹⁵⁵ Sections 37 et 38 du *Police Act 1996*. La jurisprudence a d'ailleurs souligné l'importance du plan national édicté par le *Home Secretary*. Voir ainsi, *R. v. Chief Constable of Sussex Ex p. International Trader's Ferry Ltd* [1998] Q.B. 477, où la Chambre des Lords confirme la légalité de la décision d'un *Chief Constable* restreignant le niveau de protection policière des exportateurs d'animaux contre leurs opposants, s'appuyant, pour ce faire, sur l'obligation légale pesant sur lui de poursuivre les objectifs fixés par le gouvernement. Lord Hoffmann affirma ainsi : « Le *Chief Constable* a le commandement opérationnel de la force (...). Mais il lui est désormais aussi demandé de prendre en compte les objectifs et les cibles fixés par le plan annuel édicté par la *Police Authority* (...). En préparant le plan, l'*Authority* devra prendre en compte ce qu'elle estime être les priorités de l'action policière dans sa zone et aussi les objectifs et cibles de performance fixés par le *Home Secretary* conformément aux sections 37 et 38. Le plan de 1995-1996 précisait que la police devrait concentrer ses efforts sur la prévention et la détection du crime, répondre et prendre soin des demandes du public. Le *Home Secretary* avait également déterminé certains 'objectifs clés' qui devaient être intégrés au plan, comme l'augmentation du nombre de détections des infractions violentes, et ciblé les infractions constituant un problème local comme la criminalité liée à la drogue ».

¹¹⁵⁶ Sur cette réforme, voir D. ORMEROD et A. ROBERTS, « The Police Reform Act 2002 - Increasing Centralisation, Maintaining Confidence and Contracting Out Crime Control », [2003] *Crim LR* 141.

¹¹⁵⁷ En 2004, Blunkett, alors *Home Secretary*, s'efforça d'utiliser ce pouvoir pour contraindre l'autorité de police de Humberside à suspendre le *Chief Constable* à la suite des critiques formulées par le *Bichard Report* dans la gestion des meurtres de Soham. Le *Chief* et l'autorité ne se soumièrent pas et la *High Court* considéra que le *Home Secretary* était dans son droit. Voir ainsi, BICHARD (M.), *The Bichard Enquiry Report*, HMSO, Londres, juin 2004.

¹¹⁵⁸ Sur cette réforme, voir T. NEWBURN, « Police and Justice Act 2006 » in T. NEWBURN et P. NEYROUD (ed.), *Dictionary of Policing*, Willan, Londres, 2008, pp. 199-200.

¹¹⁵⁹ Voir ainsi, HOME OFFICE, *Policing in the 21st Century : Reconnecting Police and the People*, Cm. 7925, HMSO, Londres, juill. 2010, §§ 2.1 et 2.6 : « Nous voulons donner le pouvoir au public, renforcer la responsabilité

un *Police and Crime Commissioners (PCCs)* élus pour quatre ans à la place des traditionnelles *Police Authorities*¹¹⁶⁰. Les *Commissioners* élus doivent ainsi « garantir le maintien de la force de police de [leur] zone » et assurer que celle-ci soit « efficace et efficiente »¹¹⁶¹. Ils se voient reconnaître le pouvoir de nommer, de suspendre et de destituer le *Chief Constable*¹¹⁶², l'obligation de fixer annuellement les priorités locales en édictant le *Police and Crime Plan*¹¹⁶³ et le budget de leur force de police, d'allouer des fonds pour la plupart des services d'aide aux victimes, qui seront gérés localement. Ils sont soutenus dans l'exercice de leurs fonctions et contrôlés par des *Police and Crime Panels*¹¹⁶⁴. Le *Chief Constable* devra rendre

locale et donner au public son mot à dire sur la façon dont les rues sont policées (...). Les *Police and Crime Commissioners* permettront que la police soit responsable démocratiquement, et non bureaucratiquement au travers de *Whitehall* (...). Voir également, T. NEWBURN, « Police and crime commissioners : The Americanization of policing or a very British reform ? », (2012) 40 *I.J.L.C.J.* 31. Sur l'émergence, après des décennies de centralisation de la justice pénale en Angleterre, de ce « *New Localism* », voir J. W. RAINE, « Shifting Power Dependencies in Criminal Justice : the Dual State of Centre and Locality in England and Wales », [2014] *Crim LR* 399. L'auteur conclut que les *PCC* disposent du potentiel, « en particulier en tant que groupe, pour opérer un changement significatif dans l'équilibre du pouvoir dans la justice pénale du centre vers le local (...). Dans le même temps, aussi longtemps que la majeure partie du financement public pour les services publics locaux continuera de provenir du centre, il est évident que la dépendance des ressources est susceptible de rester potentiellement problématique ». Voir déjà, E. MCLAUGHLIN, « Forcing the Issue : New Labour, New Localism and the Democratic Renewal of Police Accountability », (2005) 44(5) *Howard Journal of Criminal Justice* 473 et *The New Policing*, *op. cit.*, pp. 187-194. Voir également, F. SAMPSON, « Hail to the Chief ? - How far does the Introduction of Elected Police Commissioners Herald a US-Style Politicization of Policing for the UK ? », (2012) 1 *Policing* 4, pour qui le retour d'un « '*New Localism*' est sujet à débat », mais qui estime qu'il est clair que l'on assiste à un « *New Electoralism* », c'est-à-dire « la poursuite d'un système fondé sur les urnes pour l'expression d'une préférence quant à la décision ayant trait à la police ».

¹¹⁶⁰ Les élections ont eu lieu en novembre 2012 et ont vu s'opposer les candidats des partis traditionnels, notamment les conservateurs (*Tories*), les travaillistes (*Labour*), les libéraux-démocrates (*Lib-Dem*) et UKIP (*United Kingdom Independence Party*). Sur le processus électoral, voir R.I. MAWBY et K. SMITH, « Accounting for the police : the new Police and Crime Commissioners in England and Wales », (2013) 86(2) *Pol. J.* 143.

¹¹⁶¹ Section 1(6) du *Police Reform and Social Responsibility Act* 2011.

¹¹⁶² Section 38 du *Police Reform and Social Responsibility Act* 2011. Les sections 39 et 40 prévoient, quant à elles, que le *Chief Constable* est compétent pour nommer, suspendre ou destituer les *Deputy Chief Constables* et les *Assistant Chief Constables*. La nomination de ces derniers est toutefois subordonnée à la consultation préalable du *PCC* et à l'approbation du *Police and Crime Panel*.

¹¹⁶³ Sections 5 et 7 du *Police Reform and Social Responsibility Act* 2011. La section 5(5) précisant toutefois qu'il doit, lors de l'élaboration du *Police and Crime Plan*, prendre en compte le *Strategic Policing Requirement* délivré par le *Secretary of State* en application de la section 37A du *Police Act* 1996.

¹¹⁶⁴ Les *Police and Crime Panels* sont composés de membres nommés, soit par les autorités locales (*county council* ou *borough council*), soit par le *Secretary of State*, selon la procédure prévue par la *schedule 6* du *Police Reform and Social Responsibility Act* 2011. Voir ainsi, la section 28 du *Police Reform and Social Responsibility Act* 2011. Les fonctions du *Police and Crime Panel* « doivent être exercées en vue de soutenir l'exercice effectif des fonctions du *Police and Crime Commissioner* pour la zone de police » et consistent à contrôler les décisions prises par le *PCC*, et notamment le projet de *Police and Crime Plan*, le rapport annuel d'activité, et à formuler au *PCC*, le cas échéant, des recommandations. En outre, le *Police and Crime Panel* dispose d'un droit de veto dans la procédure de recrutement du *Chief Constable* et doit être consulté en cas de suspension ou de destitution de celui-ci, conformément à la *schedule 1*. A cette fin, la section 29 reconnaît au *Police and Crime Panel* le pouvoir de requérir du *PCC*, ou de tout membre de son équipe, de se présenter devant lui, accompagné éventuellement du *Chief Constable*, afin de répondre à ses questions ou de répondre par écrit aux questions qu'il aurait formulées. En outre, la section 30 prévoit que le *Police and Crime Panel* peut suspendre le *PCC* lorsque celui-ci se voit accusé d'une infraction passible d'un emprisonnement d'au moins deux années. La suspension sera notamment levée, soit par décision du *Police and Crime Panel*, soit lorsque les charges auront été abandonnées, soit lorsque le *PCC* aura été acquitté.

compte au PCC de l'exercice de ses fonctions et de l'exercice, par les personnes placées sous sa direction et son contrôle, de leurs fonctions¹¹⁶⁵.

Le nouveau système de gouvernance, qualifié par certains auteurs de « quadripartite »¹¹⁶⁶, fut l'objet de nombreuses critiques. Outre la dénonciation d'une concentration trop importante du pouvoir entre les mains du *Police and Crime Commissioner* et le désintérêt du public pour les élections – le taux de participation s'étant élevé, lors des premières élections à 14,7 % –, les auteurs mettent en avant le risque d'une politisation des questions relatives à la police au détriment de l'expertise et de la compétence, voire d'une dérive populiste, en rupture avec la conception traditionnelle de la police anglaise, en vertu de laquelle la police doit être politiquement neutre, et les pouvoirs coercitifs qui lui sont reconnus, exercés conformément au *Rule of Law*, non pour favoriser une quelconque politique¹¹⁶⁷. Ainsi, si la mise en place de *Commissioners* directement élus est en théorie destinée à renforcer la démocratie et à garantir une police plus efficace et plus à l'écoute des besoins et de la volonté des citoyens, Trevor Jones, Tim Newburn et David J. Smith relèvent qu'« il est assez facile de soulever un argument contraire, que les réformes obligeront la police à se

¹¹⁶⁵ Section 1(7) du *Police Reform and Social Responsibility Act* 2011. La section 1(8) précise que le *Chief Constable* devra rendre compte, en particulier, de son obligation de tenir compte du *Police and Crime Plan* édicté par le PCC en application de la section 5 et des *Codes of Practices* édictés par le *Secretary of State*.

¹¹⁶⁶ J. W. RAINE et P. KEASEY, « From Police Authorities to Police and Crime Commissioners : Might Policing Become More Publicly Accountable ? », (2012) 1(2) *International Journal of Emergency Services* 122. Voir également, T. JONES, T. NEWBURN et D. J. SMITH, « Democracy and Police and Crime Commissioners » in T. NEWBURN et J. PEAY, *Policing Politics, Culture and Control, Essays in Honour of Robert Reiner*, Hart Publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2012, p. 234.

¹¹⁶⁷ Voir ainsi, T. NEWBURN et R. REINER, « Policing and the Police » in M. MAGUIRE, R. MORGAN et R. REINER, *The Oxford Handbook of Criminology*, *op. cit.*, p. 818, qui relèvent que, si la loi souhaite que la police soit « davantage responsable devant le peuple », elle « concentre une grande quantité de pouvoir en un seul endroit, uniquement soumis au processus électoral, avec le risque de produire une tyrannie de la majorité locale » et mettant en danger « les anciens piliers pluricentennaires de l'indépendance de la police et des freins et contrepoids tripartites ». Dans le même sens, voir A. SAMUELS, « The police and crime commissioner : a bad idea ? », (2012) 176(43) *C.L. & J.* 621-622. Voir également, l'éditorial de A. EDWARDS, « Police and crime commissioners », [2012] *Crim LR* 821-823, qui relève, parmi les motifs d'inquiétude, « le manque apparent de sensibilisation du public au rôle du PCC élu », « le risque que l'objectif principal consistant à accroître la responsabilité démocratique conduise à une insatisfaction dès le départ en raison d'un faible taux de participation électorale », « l'aptitude de ceux qui ont des opinions politiques extrêmes ou des candidats 'célestres' n'ayant aucune expérience », « le risque que les PCC's ne soient élus après avoir fait campagne que sur une seule question d'actualité et soient incapables de mettre en œuvre une politique cohérente sur toute la gamme des questions de maintien de l'ordre ». Sur l'apathie démocratique, voir C. ROGERS, « The Commissioner cometh : the challenge for democratic policing in England and Wales », (2013) 41 *I.J.L.C.J.* 132. Pour des craintes similaires, malgré le constat de « l'incapacité des autorités de police d'influencer, représenter adéquatement, ou contester la police », voir F. MILLEN et M. STEPHENS, « Police Authorities, Accountability, and Citizenship », (2012) 6(3) *Policing* 261, spéc. 269 ; F. SAMPSON, « Hail to the Chief ? - How far does the Introduction of Elected Police Commissioners Herald a US-Style Politicization of Policing for the UK ? », art. préc., pour qui le risque est que le système mis en place ne soit pas seulement « électoraliste » mais fondé sur le « populisme » et l'« illusion d'une responsabilité démocratique », car des élections ne font pas la démocratie. *Contra*, en réponse, G. BALDI et C. LAFRANCE, « Lessons from the United States Sheriff on the Electoral Selection of Police Commissioners in England and Wales », (2012) 7(2) *Policing* 148, spéc. 155-156.

concentrer sur les priorités du *Sun*, du *Star* et du *Daily Mail*, et que loin de produire une police plus efficace, elles conduiront à une focalisation sur les questions présentant un intérêt médiatique qui n'ont que peu d'importance pour le bien-être de la majorité de la population, et une course vers le bas des standards de maintien de l'ordre public »¹¹⁶⁸. De plus, les auteurs font valoir que la démocratie ne saurait se limiter au suffrage universel, mais implique, plus largement, une adhésion à certaines valeurs et à certains principes exprimés dans un éventail d'institutions complexes, et qu'une modification portant seulement sur l'une des composantes du principe démocratique ne peut être appréciée isolément¹¹⁶⁹. Surtout, les auteurs craignent une remise en cause de la doctrine de la *Constabulary Independence*¹¹⁷⁰, malgré l'engagement du gouvernement¹¹⁷¹. La concentration des fonctions de gouvernance – par l'élaboration du *Police and Crime Plan*, de détermination du budget et donc des priorités – et des fonctions exécutives – la mise en œuvre du *Strategic Policing Requirement* élaboré par le *Home Office* – risquerait en effet de faire du PCC – pour reprendre une formule de Cambacérés – un petit tyran qui ferait trembler, non pas la seule cité, mais jusqu'à plusieurs contés.

¹¹⁶⁸ T. JONES, T. NEWBURN et D. J. SMITH, « Democracy and Police and Crime Commissioners », art. préc., *loc. cit.*, p. 219. Les auteurs ajoutent qu'« [e]n créant les PCC's, le Parlement donne naissance à une multitude de chiens qui n'aboient pas (*dogs that didn't bark*). Où est le *Commissioner* directement élu en charge de l'enseignement primaire ? Des services de santé ? De la protection de l'enfance ? Poser la question c'est montrer que la nouvelle organisation dirige l'attention vers un domaine spécifique du maintien de l'ordre aux dépens des autres. Cela encourage les gens à considérer qu'il y a des problèmes particuliers et exceptionnels de criminalité et de lutte contre celle-ci, qu'il y a une inquiétude du public à propos de la criminalité, un mécontentement de celui-ci à l'égard des réponses que la police y apporte, et des conflits et des controverses sur la politique publique suivie dans ces matières » (p. 232).

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 219 et 232. Parmi les composantes de tout système de police démocratique, les auteurs envisagent la participation aux décisions politiques, la responsabilité devant des représentants élus, l'information permettant aux élus de prendre les décisions, la distribution du pouvoir entre différents acteurs au sein du système, la possibilité d'obtenir réparation et sanction en cas d'abus de pouvoir, la mise en place d'une chaîne pénale efficace (maintien de l'ordre, prévention et poursuite).

¹¹⁷⁰ En ce sens, A. EDWARDS, « Police and crime commissioners », éditorial préc., qui insiste sur la difficulté à « préserver l'indépendance opérationnelle de la police », puisqu'il paraît difficile qu'une promesse de campagne n'ait aucune incidence sur celle-ci. Voir également, S. LISTER, « The New Politics of the Police : Police and Crime Commissioners and the 'Operational Independence' of the Police », (2013) 7(3) *Policing* 239, pour qui les contradictions, les contraintes et les ambiguïtés du cadre « démocratique » de la gouvernance de la police peuvent générer des pressions sur les PCC qui les conduisent à chercher à intervenir dans ce que font les *Chief Constables*.

¹¹⁷¹ HOME OFFICE, *Policing in the 21st Century : Reconnecting Police and the People*, Cm. 7925, préc., § 2.13 : « L'indépendance opérationnelle de la police est un principe fondamental de l'organisation de la police britannique. Nous voulons protéger absolument cette indépendance opérationnelle. Donner aux *Chiefs Constables* une ligne claire de responsabilité à l'égard d'un *Police and Crime Commissioner* élu directement ne remettra pas en cause leur indépendance opérationnelle et leur devoir d'agir sans crainte ni faveur. En réalité, les *Chiefs Constables* disposeront d'une plus grande liberté professionnelle pour prendre les décisions opérationnelles permettant de répondre aux priorités définies pour eux par leur communauté locale – via leur *Commissioner*. Ce qui inclura le pouvoir de nommer la totalité de leur équipe de direction ».

432. Les correctifs mis en place par le gouvernement : le Policing Protocol Order 2011. Dans ces circonstances, le gouvernement adopta, sur le fondement de la section 79 du *Police Reform and Social Responsibility Act 2011*, le *Policing Protocol Order 2011*. Ce *Protocol Order*, qui « ne se substitue pas aux devoirs et charges de l'office de *constable* » rappelle que les « *Chief Constables* demeurent opérationnellement indépendants » et que « l'*Act* de 2011 n'affecte pas l'autorité de l'office de *constable*, tirée du *common law*, ni le devoir des *constables* de maintenir l'ordre public [*the Queen's peace*] sans crainte ni faveur ». Il précise qu'« [i]l est de la volonté du Parlement et du gouvernement que la charge de *constable* ne soit pas soumise à des influences politiques inconvenantes »¹¹⁷². Aussi, le *Protocol* s'efforce-t-il d'identifier une série de décisions « opérationnelles », relevant de la « direction impartiale et du contrôle » du *Chief Constable*, et une série de décisions « stratégiques » relevant du *PCC*. Toutefois, comme le relève Stuart Lister, « l'idée même d'une indépendance opérationnelle, quelle que soit la définition qui puisse lui être donnée, s'oppose, par hypothèse à la responsabilité légale incombant au *PCC* de s'assurer que la force de police est efficace et efficiente. Il est clairement mensonger d'insinuer qu'une évaluation significative de ces indices de performance puisse être faite sans contrôle de l'organisation, des politiques suivies et des activités d'une force »¹¹⁷³. Dès lors, la responsabilité « des décisions concernant la configuration et l'organisation des moyens », qui relèvent par exemple, aux termes du § 33 (c) du *Protocol* de la décision souveraine du *Chief Constable* ne manquera pas d'être éclipsée par les exigences du *PCC* qui feraient suite à l'évaluation à laquelle ce dernier procédera.

433. Les statuts respectifs des forces de police anglaise et française présentent ainsi de profonds antagonismes. Même si les premières ont pu faire l'objet d'une certaine centralisation, elles demeurent fondamentalement détachées de toute influence gouvernementale, à la différence de la police française. Aussi, le constat dressé à propos du procureur se confirme-t-il à propos du policier : des fonctions sensiblement équivalentes

¹¹⁷² *Policing Protocol Order 2011*, §§ 9 et 12.

¹¹⁷³ S. LISTER, « The New Politics of the Police : Police and Crime Commissioners and the 'Operational Independence' of the Police », art. préc., pp. 243-244. L'auteur ajoute que, « [m]algré la tentative du protocole de clarifier la répartition des responsabilités fonctionnelles au sein des nouvelles dispositions constitutionnelles, ses contradictions et sa latitude d'interprétation ne permettent pas de garantir qu'il se révélera être un règlement adapté aux paradoxes de la gouvernance de la police, bien que, d'une part, le protocole vise à affirmer l'idée de 'indépendance opérationnelle', d'autre part, il sape ses propres ambitions par la nature, le cadre et la portée des pouvoirs qu'il confère aux *PCC's*. Cet enchevêtrement se résume dans le protocole par la déclaration incroyablement contradictoire que '[l]e *Chief Constable* est responsable devant le public et responsable devant le *PCC* pour (...) - (j) demeurer politiquement indépendant de son *PCC* (paragraphe 23) ».

peuvent être octroyées à des organes aux statuts profondément antagoniques et la question du statut se révèle assez accessoire dans la résolution de la problématique posée par la concentration des fonctions entre les mains du ministère public. Si la solution ne saurait résider abstraitement dans le statut, peut-être viendrait-elle de la situation juridique du ministère public ?

§ 2nd *LA SITUATION JURIDIQUE DES OFFICIERS DU MINISTÈRE PUBLIC EN FRANCE
ET EN ANGLETERRE*

434. La situation juridique comparée des officiers du ministère public fait, elle aussi, surgir un profond antagonisme. Alors que la situation de l'officier du ministère public français se caractérise traditionnellement par une subordination hiérarchique (A), celle de l'officier du ministère public anglais se caractérise par une traditionnelle autonomie fonctionnelle (B).

A. La subordination hiérarchique traditionnelle en France

435. La tradition française place l'officier du ministère public dans une situation de subordination juridique (1) qu'a tenté de relativiser la réforme issue de la loi du 25 juillet 2013 (2).

1. La subordination juridique traditionnelle des officiers du ministère public

436. *Le droit intermédiaire et le code d'instruction criminelle : surveillance et discipline.* « Au faite de l'institution du ministère public est placé le ministre de la justice, non pour participer à l'exercice de l'action publique, mais pour le surveiller ; non pour prendre part aux actes des poursuites, mais pour les maintenir dans les termes de la loi, et, au besoin, pour les provoquer » écrivait Hélie¹¹⁷⁴. Rompant avec l'indépendance des officiers du ministère public sous l'Ancien Régime¹¹⁷⁵, le droit intermédiaire avait ainsi

¹¹⁷⁴ HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome II, C. Hingray, Paris, 1846, n° 114, p. 302.

¹¹⁷⁵ Sur l'histoire de l'organisation hiérarchique, voir BRUNEAU (G.), « De la hiérarchie du ministère public », *Revue historique de droit français et étranger* 1860, tome VI, p. 171 et s., spéc. p. 176 : « L'ancienne monarchie, la monarchie absolue de Louis XIV elle-même et, plus encore, la monarchie tourmentée et épuisée de ses successeurs furent impuissantes à doter le ministère public de l'esprit de subordination et de discipline qui lui

consacré au profit du ministre de la justice un droit de surveillance et un pouvoir de discipline à l'égard des commissaires du Roi¹¹⁷⁶, nommés par le Roi¹¹⁷⁷. Sous l'empire du code d'instruction criminelle, les officiers du ministère public, se trouvaient également placés sous l'autorité du garde des Sceaux, « armé, à leur égard, d'un droit de surveillance et d'un pouvoir de discipline, auxquels leur amovibilité donne la plus énergique de toutes les sanctions »¹¹⁷⁸. Le garde des Sceaux pouvait ainsi adresser aux membres du ministère public

avait manqué dès le berceau. La multiplicité des juridictions tant ordinaires qu'extraordinaires, l'absence de lien suffisants entre elles, la variété des règlements de ressort à ressort de Parlements, les empiètements continus du corps parlementaire sur les prérogatives que la couronne, avec le concours de ce corps même, avait à la longue arrachées aux résistances féodales, tout cela constitua, jusqu'à la fin du dernier siècle, autant d'obstacles à une fusion complète des éléments du ministère public. Le personnel de ses agents, recruté (...) au commencement dans deux catégories particulières d'hommes d'affaires, se ressentit toujours de cette diversité d'origine ».

¹¹⁷⁶ L'article 5 de la loi des 27 avril-25 mai 1791 disposait ainsi que « les fonctions du ministre de la justice seront (...) 3° d'entretenir une correspondance habituelle avec les tribunaux et les commissaires du roi ; 4° de donner aux juges des tribunaux de district et des tribunaux criminels tous les avertissements nécessaires, de les rappeler à la règle et de veiller à ce que la justice soit bien administrée ». L'article 3 de la loi du 10 vendémiaire an IV avait reproduit cette disposition : « Le ministre de la justice correspond habituellement avec les tribunaux et les commissaires du roi près les tribunaux. Il donne aux juges tous les avertissements nécessaires et veille à ce que la justice soit bien administrée, sans pouvoir connaître du fond des affaires ». L'article 81 du sénatus-consulte organique du 16 thermidor an X ajoutait que « [l]e ministre de la justice a sur les tribunaux et sur les membres qui les composent le droit de surveiller et de les reprendre ».

¹¹⁷⁷ Art. 1^{er} de la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation du pouvoir judiciaire, titre VIII « Du ministère public » : « Les officiers du ministère public sont agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux. Leurs fonctions consistent à faire observer, dans les jugements à rendre, les lois qui intéressent l'ordre général » ; art. 216 de la Constitution du 5 fructidor an III (« Il y a un tribunal civil par département. Chaque tribunal civil est composé de vingt juges au moins, d'un commissaire et d'un substitut nommés et destituables par le Directoire exécutif, et d'un greffier ») et art. 261 de cette même Constitution (« Il y a près du tribunal de cassation un commissaire et des substituts nommés et destituables par le Directoire exécutif »). Garraud relevait ainsi, à propos de la nomination des officiers du ministère public, que « le procédé consistant à leur donner le caractère de fonctionnaires, institués directement par le chef du pouvoir exécutif (...) est tellement conforme à la nature des fonctions [de ceux-ci] que, à l'époque même où les tribunaux se recrutaient par l'élection, le chef de l'État avait conservé la nomination des commissaires du gouvernement et de leurs substituts ». GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome I, *op. cit.*, n° 84, pp. 172-173.

¹¹⁷⁸ GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome II, *op. cit.*, n° 150, p. 331. Ces pouvoirs résultaient de plusieurs dispositions dont certaines ont été codifiées. Ainsi, le code d'instruction criminelle les déclinaient en ses articles 274 (prévoyant que le procureur est tenu, par les ordres du ministre de la justice, de poursuivre les délits qu'il lui signale), 441, 443 et 486 (imposant au procureur général près la Cour de cassation, lorsque le ministre de la justice lui en donne l'ordre, l'obligation de saisir la Cour dans les différents cas prévus). En dehors du code, de nombreuses dispositions déclinaient le pouvoir du garde des Sceaux : l'article 81 du sénatus-consulte organique du 16 thermidor an X (aux termes duquel « [l]e ministre de la justice a sur les tribunaux et sur les membres qui les composent le droit de surveiller et de les reprendre », les articles 60 et 61 de la loi du 20 avril 1810 relative à l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice – l'article 60 prévoyant que « [l]es officiers du ministère public dont la conduite est répréhensible seront rappelés à leur devoir par le procureur général du ressort ; il en sera rendu compte au grand-juge, qui, suivant la gravité des circonstances, leur fera faire par le procureur général les injonctions qu'il jugera nécessaires ou les mandera près de lui », l'article 61 ajoutant que « [l]es cours impériales sont tenues d'instruire le grand-juge ministre de la justice, toutes les fois que les officiers du ministère public s'écartent du devoir de leur état et qu'ils en compromettent l'honneur, la délicatesse et la dignité » – et l'article 17 de la loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire – qui prévoit que « [l]e garde des Sceaux a sur les magistrats de toutes les juridictions civiles et commerciales un droit de surveillance » et qu'il peut leur adresser des réprimandes, par l'intermédiaire du procureur général pour les officiers du ministère public, et les mander afin de recevoir leurs explications.

des injonctions afin qu'ils exercent l'action publique¹¹⁷⁹. En cas de résistance il pouvait provoquer leur révocation ou leur mutation, mais là s'arrêtait ses pouvoirs, puisque le droit d'exercer l'action publique ne lui appartenait pas. C'est en effet aux procureurs généraux et aux procureurs – impériaux, du Roi puis de la République – que la loi délèguait l'action publique et ceux-ci « en disposent en vertu de cette attribution légale ; ils n'ont besoin ni d'ordre ni d'autorisation pour l'exercer, et les actes qu'ils auraient faits pour cet exercice seraient réguliers et auraient tout leur effet, lors même qu'ils seraient contraires aux instructions du ministre »¹¹⁸⁰. La chambre criminelle l'avait rappelé dans un arrêt du 22 décembre 1827¹¹⁸¹.

437. L'organisation hiérarchique du ministère public en droit positif. Selon l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, « les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux ». L'organisation actuelle du ministère public français épouse ainsi les formes classiques de l'édifice pyramidal d'une administration d'Etat en étant dominée par le garde des Sceaux. Partant, celui-ci a autorité sur les procureurs généraux près les cours d'appel. Ces derniers, quant à eux, répondent directement au garde des Sceaux, mais ont autorité sur les procureurs de la République du ressort de leur cour. L'article 45 de la loi n° 1810-04-20 du 20 avril 1810 relative à

¹¹⁷⁹ Bien qu'aucun texte ne le précise, le garde des Sceaux ne pouvait interdire ou empêcher une poursuite. En ce sens, Cass. crim., 28 juill. 1814, *Bull. crim.* n° 79, et Cass. crim., 14 avr. 1815, *Bull. crim.* n° 49 : « (...) les ministres ne peuvent anéantir ni suspendre l'effet des lois ». Sur cette question et les arguments doctrinaux en faveur de l'illégalité de l'ordre de ne pas poursuivre, voir M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n° 126-129, pp. 97-100, qui relève *in fine* que, sur cette question, « le bilan textuel du code d'instruction criminelle » s'avère « mince ».

¹¹⁸⁰ HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome II, *op. cit.*, p. 304.

¹¹⁸¹ Cass. crim., 22 déc. 1827, *S.* 1827, 1, 728, à propos d'une déclaration d'irrecevabilité de l'action publique intentée contre un magistrat alors que le garde des Sceaux n'avait autorisé à l'encontre de celui-ci que l'action disciplinaire. Selon la chambre criminelle, « c'est une erreur manifeste de prétendre que le ministre de la justice a la suprême direction de l'action publique pour la punition des crimes et des délits ; (...) cette direction est expressément confiée aux cours royales par l'article 9 du code d'instruction criminelle ; (...) l'article 11 de la loi du 20 avril 1810 donne à ces cours le droit de mander les procureurs généraux et de leur enjoindre de poursuivre les crimes et les délits ; (...) en conférant ainsi à des corps indépendants la surveillance de l'action publique, (...) en les autorisant à la mettre en mouvement, ces lois ont créé, en faveur de la liberté civile, une de ses plus fortes garanties ; (...) l'arrêt attaqué a formellement violé ces lois en décidant que l'action du ministère public était non recevable, parce que le ministre de la justice ne l'avait autorisé qu'à exercer l'action disciplinaire et non l'action publique ». Dans le même sens, voir la lettre de Bellart, procureur général à Paris sous le ministère de Peyronnet, citée par GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome II, *op. cit.*, n° 150, p. 333 : « Quand le ministère public ne doute pas, quand un délit est évident, le magistrat, chargé du triste devoir de poursuivre, doit-il, avant tout, prendre ou attendre les ordres du gouvernement ? S'il en était ainsi, le ministère public qu'on a accusé d'agir sous l'influence du gouvernement n'aurait plus rien à répondre à cette imputation, quand on jugerait convenable de la reproduire. Le ministère public doit agir spontanément, sans qu'il ait besoin de recevoir l'autorisation de personne. Ce qu'il y aurait de plus alarmant pour la liberté, c'est que le gouvernement s'en mêlât jamais ».

L'organisation de l'ordre judiciaire et à l'administration de la Justice, dispose en effet que « [l]es procureurs généraux exerceront l'action de la justice criminelle dans toute l'étendue de leur ressort ».

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 mars 2004, avait consacré, à l'article 30 du code de procédure pénale, le principe de la conduite par le garde des Sceaux de la politique d'action publique et apporté d'importantes précisions quant à ses modalités de mise en œuvre¹¹⁸².

L'article 30, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale, dans sa version issue de la loi du 9 mars 2004, disposait que « [l]e ministre de la Justice conduit la politique d'action publique déterminée par le gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République ». A l'instar du gouvernement qui, selon l'article 20 de la Constitution du 4 octobre 1958, « conduit la politique de la Nation », le ministre de la Justice assurait donc la conduite de la « politique d'action publique ». Cette expression avait déjà été initiée par la Commission de réflexion sur la justice dite Commission « Truche ». Cette dernière l'avait alors définie comme « la recherche et la définition des conditions dans lesquelles l'application de la loi doit être engagée de manière coordonnée entre plusieurs autorités, compte tenu des circonstances et dans le respect de l'égalité des citoyens »¹¹⁸³.

En outre, pour parvenir à cet objectif, le garde des Sceaux se voyait reconnaître la possibilité d'adresser des instructions générales d'action publique ainsi que des ordres individuels de poursuites. En effet, le principe de la conduite par le garde des Sceaux de la politique d'action publique était susceptible d'être mis en œuvre, non seulement par des instructions générales d'action publique, mais aussi par des ordres individuels de poursuites. L'alinéa 2 de l'article 30 du code de procédure pénale assurait l'effectivité de cette mission en précisant les contours de sa mise en œuvre. Ainsi prévoyait-il que le garde

¹¹⁸² Sur cette réforme, voir B. DE LAMY, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé - Efficacité et diversification de la réponse pénale) », *D.* 2004, p. 1910 et s. ; F. LE GUNEHÉC, « Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Première partie : dispositions de procédure pénale immédiatement applicables : pragmatisme, cohérence, sévérité et simplifications », *JCP G* 2004, act. 177. Voir également, Cons. const., 2 mars 2004, préc., consid. 98. Le Conseil constitutionnel rejette le grief tiré de la méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs, de l'article 2 de la Déclaration de 1789 et de l'article 66 de la Constitution : « (...) en vertu de l'article 20 de la Constitution, le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation, notamment dans le domaine de l'action publique ; (...) l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 susvisée, portant loi organique relative au statut de la magistrature, place les magistrats du parquet sous l'autorité du ministre de la justice ; (...) l'article 30 nouveau du code de procédure pénale, qui définit et limite les conditions dans lesquelles s'exerce cette autorité, ne méconnaît ni la conception française de la séparation des pouvoirs, ni le principe selon lequel l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle ».

¹¹⁸³ COMMISSION DE REFLEXION SUR LA JUSTICE (présidée par P. Truche), Rapport, La documentation française, Paris, 1997, p. 21.

des Sceaux « adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique ». Si la pratique des circulaires générales existait depuis le XIX^{ème} siècle, le législateur en assurait par là la consécration légale à travers cette disposition, en exprimant directement la politique d'action publique qu'entend mener le garde des Sceaux, et en lui permettant d'en fixer avec plus de précision les lignes directrices. A un degré moindre, ce dernier se voyait également reconnaître légalement la possibilité d'adresser des ordres individuels de poursuites. L'article 30 du code de procédure pénale disposait en effet, dans son dernier alinéa, que le garde des Sceaux « peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes ».

En résumé, il était possible au garde des Sceaux de formuler de véritables ordres individuels de poursuite, mais l'interprétation *a contrario* de cette disposition conduisait à la prohibition, non seulement des instructions visant à ne pas poursuivre, mais aussi des instructions orales, quelle que soit leur finalité.

2. L'accroissement contemporain relatif de l'autonomie fonctionnelle des officiers du ministère public

438. La suppression officielle de la possibilité pour le garde des Sceaux de délivrer des instructions individuelles de poursuite par la loi du 25 juillet 2013 : la pyramide rabotée. Le gouvernement a décidé d'entreprendre une réforme partielle du ministère public en faisant adopter 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, qui se donne pour objectif d'empêcher toute ingérence de l'exécutif dans le déroulement des procédures pénales. Cette loi établit « une division entre la politique pénale – qui relève des pouvoirs publics – et l'action publique – qui appartient au ministère public »¹¹⁸⁴. Elle supprime la possibilité jusque-là reconnue au garde des Sceaux de délivrer des instructions de poursuites dans les dossiers individuels¹¹⁸⁵. De

¹¹⁸⁴ E. VERGES, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », *RSC* 2013, p. 605.

¹¹⁸⁵ Pour une critique de cette suppression, voir J. PRADEL, « Faut-il supprimer les instructions pénales individuelles du garde des Sceaux au parquet ? A propos du projet de loi adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 4 juin 2013 », *D.* 2013, p. 1361 et s., qui relève, d'abord, la validation des instructions de poursuite par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 mars 2004 (sur le fondement de l'article 20 de la Constitution selon lequel le gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation, notamment dans le domaine de l'action publique, ainsi que de l'article 5 de l'ordonnance de 1958, de sorte qu'il n'y a pas d'atteinte à la séparation des pouvoirs – Cons. const., 2 mars 2004, préc.), ensuite, la conformité à la

plus, la loi supprime du code de procédure pénale l'expression de « politique de l'action publique », établissant ainsi une distinction entre les instructions générales de politique pénale – qui relèvent du garde des Sceaux – et les instructions individuelles relatives à l'action publique – dont le garde des Sceaux est désormais privé¹¹⁸⁶. Désormais, le garde des Sceaux conduit la politique pénale déterminée par le gouvernement et veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République (art. 30, al. 1^{er}, CPP) et adresse à cette fin, aux magistrats du ministère public, des instructions générales de politique pénale (art. 30, al. 2, CPP).

Le procureur général, quant à lui, veille à « l'application de la loi dans toute l'étendue du ressort de la cour d'appel et au bon fonctionnement des parquets » de son ressort et, à cette fin, « anime et coordonne l'action des procureurs de la République, tant en matière de prévention que de répression des infractions à la loi pénale. Il précise et, le cas échéant, adapte les instructions générales du ministre de la justice au contexte propre au ressort. Il procède à l'évaluation de leur application par les procureurs de la République » selon les deux premiers alinéas de l'article 35 du code de procédure pénale. En outre, les procureurs généraux ont autorité sur les officiers du ministère public du ressort de leur cour d'appel (art. 37 CPP). L'article 36 du code de procédure pénale dispose ainsi qu'il « peut enjoindre aux procureurs de la République, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le procureur général juge opportunes ». Cette possibilité constitue une réplique, à un échelon hiérarchique inférieur, de celle qui était

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, puisque la Cour européenne ne critique la dépendance du parquet à l'égard du garde des Sceaux qu'au regard de ses fonctions dans le cas particulier de la garde à vue (CEDH, 5^{ème} sect., 23 nov. 2010, req. n° 37104/06, *Moulin c/ France*, § 57), enfin, que ces instructions présentent l'immense avantage d'assurer une cohérence de la politique pénale et donc une certaine égalité des citoyens devant la loi pénale. Voir également, J.-H. ROBERT, « L'Etat, privé du droit à l'avocat », *JPC G* 2013, 904 : « Les instructions individuelles du garde des Sceaux aux procureurs généraux sont donc régies, dans le droit positif actuel, par des dispositions propres à prévenir l'arbitraire que redoute, à tort, le gouvernement. Si on devait les supprimer, l'Etat serait, en France, le seul plaideur qui n'aurait pas le droit de donner à son représentant, devant les juridictions judiciaires, les instructions qu'il juge à propos dans une affaire qui l'intéresse. Ces instructions sont particulièrement utiles quand le gouvernement veut donner son avis sur le déroulement et l'issue d'une procédure collective conduite devant le tribunal de commerce à l'égard d'une entreprise qui emploie un grand nombre de personnes. Dans la période de crise que nous traversons, le gouvernement ne doit pas se priver de cet instrument ». Voir enfin, R. BADINTER, « Conclusions et perspectives d'avenir » in Cour de cassation, *Quel avenir pour le ministère public ?*, *op. cit.*, p. 176 : « (...) dans la mesure où, pour certaines affaires, ce qui est en jeu n'est pas l'intérêt particulier du justiciable ou un intérêt partisan – ce qui serait très grave –, mais un intérêt général et quelquefois l'intérêt national, quelqu'un doit assumer la responsabilité (...). Le choix qu'il faut faire, ce n'est pas au procureur de la République ou au procureur général d'en porter la responsabilité devant l'opinion et les citoyens ».

¹¹⁸⁶ Voir ainsi la nouvelle rédaction de l'article 30, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale : « Le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République ».

conférée au garde des Sceaux, prévue par l'article 30 alinéa 3 du code de procédure pénale antérieurement à la loi du 25 juillet 2013, et visant les ordres individuels de poursuites. De plus, l'article 35, alinéa 3, du code de procédure pénale prévoit qu'en plus des rapports particuliers qu'il établit soit d'initiative, soit sur demande du ministre de la justice, « le procureur général adresse à ce dernier un rapport annuel de politique pénale sur l'application de la loi et des instructions générales ainsi qu'un rapport annuel sur l'activité et la gestion des parquets de son ressort ».

De leur côté, les procureurs de la République ont également autorité sur leurs substituts et sur les officiers du ministère public près les tribunaux de police de leur ressort. L'article 39-1 du code de procédure pénale lui reconnaît un pouvoir similaire à celui du procureur général : « En tenant compte du contexte propre à son ressort, le procureur de la République met en œuvre la politique pénale définie par les instructions générales du ministre de la justice précisées et, le cas échéant, adaptées par le procureur général ». Il doit adresser au procureur général, comme le procureur général le doit au garde des Sceaux, des rapports particuliers qu'il établit soit d'initiative, soit sur demande du procureur général, le procureur de la République adresse à ce dernier un rapport annuel de politique pénale sur l'application de la loi et des instructions générales ainsi qu'un rapport annuel sur l'activité et la gestion de son parquet ».

439. *La renaissance officieuse des instructions de poursuite individuelles ?* La réforme, pourtant, pourrait bien être largement symbolique. Son efficacité pourrait ne relever finalement que du bon vouloir du gouvernement car le dispositif législatif contient en germe son obsolescence programmée¹¹⁸⁷.

D'une part, les articles 35 et 39-1 nouveaux du code de procédure pénale font état de « rapports particuliers » établis par le procureur de la République ou le procureur général à leur initiative ou à la demande de l'autorité hiérarchique. Or, comme l'ont fait remarquer des auteurs, « une telle communication peut-elle n'être qu'ascendante ? » Comment qualifier la demande hiérarchique d'un rapport spécial visant une affaire déterminée ? D'un point de vue théorique et pratique, le droit d'information – que manifeste la transmission de ces « dossiers particuliers » – peut-il véritablement être détaché de son corollaire

¹¹⁸⁷ A moins qu'il ne s'agisse de « [b]ricolage – soit dit sans dénigrement », conformément à la nomenclature établie « sous bénéfice d'inventaire » par le Doyen Carbonnier, lequel distinguait, parmi les acteurs de la création législative, entre « les bricoleurs, les promoteurs et les poètes ». Voir ainsi, CARBONNIER (J.), « De quelques actes manqués en législation », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle. Etudes offertes à P. Catala*, *op. cit.*, p. 3 et s., repris in *Ecrits, op. cit.*, p. 746.

traditionnel, le pouvoir de direction ? Quel est l'intérêt d'être informé si l'on ne peut agir ?¹¹⁸⁸. Le risque est donc bel et bien que, sur le fondement de ces dispositions, on puisse assister à une réapparition des instructions individuelles autrement qualifiées et délivrées selon des modalités différentes, notamment à l'oral, sans qu'elles soient jointes au dossier.

D'autre part, la suppression opérée n'a pas résisté à la pratique. Peu de temps après l'adoption de la loi, à la suite de la publication en première page d'un journal d'un dessin raciste visant l'actuelle garde des Sceaux, le gouvernement a trouvé dans l'article 40 du code de procédure pénale les ressources lui permettant de contourner la nouvelle prohibition, sans violer la lettre du nouvel article 30 dudit code. En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 40 du code de procédure pénale, « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire, qui dans l'exercice de ses fonctions acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République ». En conséquence, « le Premier ministre a décidé, en application de l'article 40 du code de procédure pénale, de porter ces faits susceptibles de constituer l'infraction d'injure publique à caractère racial, à la connaissance du procureur de la République de Paris »¹¹⁸⁹. Si, *stricto sensu*, le Premier ministre satisfait à son obligation de dénonciation reconnu à toute autorité publique, l'analogie avec toute autre autorité publique s'arrête cependant là : les autorités publiques visées par l'article 40 du code ne disposent pas d'un pouvoir de sanction à l'égard du parquetier récalcitrant et du pouvoir de déterminer discrétionnairement les fautes qui peuvent en faire l'objet. La différence entre la dénonciation comminatoire d'une infraction et l'instruction de poursuivre pourrait ainsi se révéler ténue. Plus récemment encore, à la suite de l'incendie de deux bâtiments affectés au service public dans une commune de Bretagne, le premier ministre a fait savoir que des « poursuites judiciaires seront engagées contre les auteurs de ces actes », sans toutefois préciser cette fois le fondement juridique sur lequel il comptait agir¹¹⁹⁰.

440. Les silences de la loi du 25 juillet 2013. En outre, la loi laisse sans réponse l'insertion des instructions générales relatives à l'action publique au sein de la distinction

¹¹⁸⁸ E. BONIS-GARÇON et O. DECIMA, « Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques. - À propos de la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique », *JCP G* 2013, 955. Dans le même sens, F. FOURMENT, « Le ministre de la Justice, le ministère public et les affaires individuelles, dix ans après la loi du 9 mars 2004 », *Gaz. Pal.* 2014, n° 233, p. 35 et s., spéc. pp. 36-37.

¹¹⁸⁹ Communiqué de presse du Premier ministre, 12 nov. 2013. Voir ainsi, J.-H. ROBERT, « Les principes en inaction », *Dr. pén.* 2014, repère 1, qui note, à cet égard, que « [l]a vigueur d'un principe se mesure à sa résistance aux passions que son application contraire ».

¹¹⁹⁰ Communiqué de presse du Premier ministre, 20 sept. 2014.

entre les instructions générales de politique pénale – qui relèvent du garde des Sceaux – et les instructions individuelles relatives à l'action publique – dont le garde des Sceaux est officiellement privé. Un auteur a fait remarquer que si l'expression de « politique de l'action publique » n'est plus employée et que la grande distinction opérée par la loi réside désormais entre les instructions générales de politique pénale – qui relèvent du garde des Sceaux – et les instructions individuelles relatives à l'action publique – dont le garde des Sceaux est désormais privé – la question de l'insertion des instructions générales relatives à l'action publique demeurent entière. Or, « que resterait-il d'une politique pénale qui serait privée de la politique de l'action publique ? (...) Dès lors que des directives générales de politique pénale fixent des priorités et des grands choix en matière de lutte contre la délinquance, elles comportent, d'une manière ou d'une autre, des instructions générales relatives aux poursuites ». Aussi, « cette distinction entre la dimension générale de la politique pénale et la dimension individuelle de l'exercice de l'action publique permet surtout de justifier la combinaison intellectuellement déroutante de la nature hiérarchique (politique pénale) et la nature judiciaire (exercice de l'action publique) du statut de parquet, mais ne met pas un terme à l'influence du pouvoir exécutif sur la politique de poursuite »¹¹⁹¹.

Enfin, les partisans de l'indépendance n'ont pas manqué de relever que la suppression des instructions individuelles ne constituait qu'une pierre de l'édifice qu'ils souhaitent voir rebâti. Une complète indépendance impliquerait en effet de renoncer à la nomination des procureurs généraux en conseil des ministres, d'introduire l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature pour toutes les nominations de parquetiers, et à aligner totalement le régime disciplinaire des magistrats du parquet sur celui du siège¹¹⁹².

B. L'autonomie traditionnelle en Angleterre

441. La tradition anglaise, qui émerge au début du XX^{ème} siècle, confère au *Crown Prosecutor* (1) et à la police une large autonomie fonctionnelle (2).

¹¹⁹¹ P. BEAUVAIS, « Politique pénale et séparation des pouvoirs » in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de C. Lazerges, op. cit.*, pp. 94-95. Dans le même sens, E. VERGES, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », art. préc., p. 605, qui relève que « l'ambiguïté entre l'action publique et la politique pénale n'est donc pas levée » puisque le garde des Sceaux continue à définir « des règles de mise en œuvre de l'action publique ».

¹¹⁹² En ce sens, J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 5, *ad notam*.

1. L'autonomie fonctionnelle du Crown Prosecutor

442. Le *Crown Prosecutor*, malgré la direction exercée par le *Director of Public Prosecution*, malgré la surveillance exercée par l'*Attorney General* sur ce dernier, dispose en principe d'une large autonomie.

443. *L'autonomie du Crown Prosecutor sous la direction du Director of Public Prosecution*. Le CPS est organisé de manière centralisée et hiérarchiquement en treize unités régionales et en 42 unités locales, à la tête desquelles se trouvent les *Chief Crown Prosecutors*¹¹⁹³. Les zones de compétence des unités locales du CPS correspondent à celles des forces de police sauf pour la zone du CPS de Londres qui, elle, recouvre les aires de compétence de deux forces de police, la *Metropolitan Police* pour le Grand Londres et la *City of London Police* pour la Cité de Londres.

Les *Chief Crown Prosecutors* sont responsables des poursuites menées localement par leurs subordonnés et sont soumis à la direction du *Director of Public Prosecutions (DPP)*. Conformément à la section 1(6) du *Prosecution of Offences Act 1985*, tout *Crown Prosecutor*

¹¹⁹³ La *Phillips Commission* avait proposé une organisation décentralisée du CPS craignant une bureaucratisation excessive et une déconnexion des réalités locales. Dans cette perspective, les unités de poursuites devaient, chacune, avoir à leur tête, un *Crown Prosecutor* responsable devant une autorité locale commune à la force de police et à l'unité de poursuites, la *Police and Prosecution Authority* pour l'utilisation des ressources que celle-ci leur aurait allouées. Voir ainsi, ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc., part. II, p. 154. Le gouvernement préféra toutefois adopter une organisation centralisée, répartie au niveau local en trente-et-une unités de poursuites (*areas*) qui n'épousaient toutefois pas le découpage administratif habituel et, par conséquent, les zones des forces de police. Afin d'assurer un lien plus étroit entre les unités de poursuites et la direction centrale, un découpage intermédiaire en quatre régions avait été réalisé en 1987. Voir ainsi, CROWN PROSECUTION SERVICE, *Annual Report*, 1986-1987, HMSO, Londres, 1987, pp. 9-11. L'unité du système recherchée n'ayant pas été atteinte et face aux critiques formulées par les membres des unités locales en raison des atteintes à leur indépendance, l'échelon régional intermédiaire fut supprimé en 1990. A la suite d'un rapport interne de 1992, afin de permettre au DPP d'avoir une influence plus directe sur l'organisation des unités locales, les unités furent ramenées à treize à partir d'avril 1993. Voir ainsi, CROWN PROSECUTION SERVICE, *Annual Report*, 1992-1993, HMSO, Londres, 1993, p. 33. A la tête de chacune des *areas*, un *Chief Crown Prosecutor* était assisté d'un *Assistant Chief Crown Prosecutor (Operations)*, responsable de l'organisation et du bon fonctionnement du service, et d'un *Assistant Chief Crown Prosecutor (Casework)*, ayant pour tâche de diriger une équipe de juristes (*Special Casework Lawyers*) chargée des affaires les plus complexes et de contrôler la conformité des décisions avec les standards applicables. La responsabilité administrative de l'unité était dévolue à un *Area Administrator* assisté par une équipe chargée des ressources humaines et du financement. Chaque *area* était elle-même divisée en branches ayant à leur tête un *Branch Crown Prosecutor*, au nombre de cent-onze, et chaque *branches* elle-même subdivisée en *teams* dirigées par un *Principal Crown Prosecutor*. La tendance était d'affilier chacune des *teams* à certaines forces de police des différents *counties* que regroupe l'unité locale et d'ancrer celle-ci auprès d'une même *magistrates' court* ou d'une *Crown court* afin d'améliorer la conduite des affaires. Finalement, le rapport Glidewell, fort du constat d'une désaffection de certains membres du CPS – la suppression de certains postes de *Chiefs Crown Prosecutor* en raison de la diminution du nombre d'*areas* –, a proposé de mettre en place un « service national décentralisé » et de conférer aux *Chiefs Crown Prosecutors*, à la tête des nouvelles unités locales, davantage de responsabilités, tant s'agissant des aspects opérationnels que juridiques. La réforme a finalement entraîné la suppression des treize *areas* antérieurement créées, comme un niveau inutile de *management*, et leur remplacement par quarante-deux nouvelles *areas*, devenues les unités de base responsables devant le DPP à la place des *branches*.

« dispose des mêmes pouvoirs que le *DPP* lorsqu'il s'agit d'instituer et de conduire une procédure, mais doit exercer ces pouvoirs sous la direction du *DPP* ». Dans cette perspective, le texte précise que « tout consentement donné par ou, selon le cas, auquel a pris part ou qui concerne, un *Crown Prosecutor* doit être considéré », comme donné par le *DPP*. Aussi la jurisprudence a-t-elle tranchée par l'affirmative la question de savoir si les agents locaux pouvaient agir de leur propre initiative sans qu'un ordre exprès du *DPP* ne soit nécessaire à la validité de leurs actes¹¹⁹⁴. Le droit anglais, en refusant ainsi en principe toute idée d'un pouvoir propre du *Chief Prosecutor* ou du *DPP* – à l'exception des hypothèses où les poursuites sont subordonnées au consentement de ce dernier –, favorise ainsi l'autonomie du *Crown Prosecutor*.

444. L'autonomie du Director of Public Prosecution sous la surveillance des Law Officers of the Crown. Dans les années 1950 – et donc antérieurement à la création du *CPS* – Sir Theobald Mathew avait relevé que le *DPP* était initialement fort mal nommé puisqu'en pratique « il ne peut diriger personne et il n'y a pas de poursuites publiques au sens ordinaire du terme »¹¹⁹⁵. Le difficile accouchement de la réforme ayant conduit à la création du *DPP* par le *Prosecution of Offences Act 1879* avait en effet abouti à une réforme de compromis¹¹⁹⁶. Nommé par le *Home Secretary* pour une période de dix ans, le *DPP*, dénommé *Solicitor for Public Prosecutions* jusqu'au *Prosecution of Offences Act 1884*, devait « sous la surveillance de l'*Attorney General* mettre en œuvre, entreprendre ou exercer les poursuites pénales ..., et donner des directives ou assistance aux *Chief Officers* de la police, aux *Clerks to*

¹¹⁹⁴ *R. v. Liverpool Crown Court Ex p. Bray* [1987] *Crim LR* 51, comm. L. Knapman. Dans cette affaire, le demandeur soutenait que le *voluntary bill of indictment*, effectué par le *Crown Prosecutor* de Manchester sans déclaration sous serment à l'appui, avait méconnu la règle n° 8 des *Indictment (Procedure) Rules 1971*, qui exige un tel serment sauf lorsque la demande est faite par ou au nom du *DPP*, puisque que le *Crown Prosecutor* ne peut se prévaloir de cette exception que s'il a reçu expressément délégation de la part du *DPP*. La *Divisional Court* rejette la demande, considérant que la section 1(6) du *Prosecution of Offences Act 1985* donne à tout *Crown Prosecutor* un pouvoir équivalent à celui du *DPP* pour intenter des poursuites. En revanche, le service ne peut déléguer à des employés n'ayant pas la qualité d'avocat l'appréciation sur l'opportunité d'exercer des poursuites. Voir ainsi, *R. v. DPP Ex p. Association of First Division Civil Servants* (1988) 138 N.L.J. Rep. 158. En pratique, à l'intérieur d'une même unité, l'affaire ne relève que du *Crown Prosecutor* qui en est chargé, sans que celui-ci n'ait, en principe, à référer des décisions qu'il prend à ses supérieurs ; selon les règles internes du service, seuls les cas sensibles sont communiqués à la hiérarchie.

¹¹⁹⁵ MATHEW (T.), *The Department of the Director of Public Prosecutions ; two lectures delivered at the Law Society's Hall on 30th January and 6th February 1952*, Solicitors' Law Stationery Society, Londres, 1952, p. 3. *Contra*, EDWARDS (J. L. J.), *The Law Officers of the Crown*, Sweet and Maxwell, Londres, 1964, p. 335 : « (...) cette évaluation est une simplification excessive et, en outre, donne une impression trompeuse de la loi et de la pratique en vigueur à l'égard des pouvoirs et fonctions du *Director of Public Prosecutions* ». Toutefois, l'auteur relève qu'en 1960, sur 1.044.833 personnes jugées devant la *magistrates' court*, seules 525 le furent sur les poursuites du *DPP* et, sur les 30.591 affaires jugées aux *Assizes* et aux *Quarter Sessions*, le *DPP* conduisit seulement 1.505 affaires.

¹¹⁹⁶ 42 & 43 Vict. c. 22, *Prosecution of Offences Act 1879*. Sur cet *Act* et l'histoire du *DPP*, voir KURLAND (P. B.) et WATERS (D. W. M.), « Public Prosecution in England, 1854-79 : An Essay in English Legislative History », (1959) 4 *Duke L. J.* 493. Voir également EDWARDS (J. L. J.), *The Law Officers of the Crown*, *op. cit.*, p. 339 et s.

justices, et à toute personne, officier ou non, intéressée dans toute procédure pénale portant sur la conduite de cette procédure, prévues par les règlements pris en vertu du présent *Act* ou délivrée dans une affaire particulière par l'*Attorney General* ». Le texte précisait que « [l]es règlements d'application du présent *Act* doivent prévoir la prise en charge des poursuites par le *Solicitor for Public Prosecutions* dans les affaires pénales qui semblent être d'importance ou soulever une difficulté, ou dans des circonstances spéciales, lorsque le refus ou l'impossibilité pour une personne d'engager des poursuites semblent rendre l'action du *Director* nécessaire pour s'assurer de la poursuite de l'infracteur »¹¹⁹⁷. L'*Act* prévoyait toutefois qu'aucune des dispositions qu'il consacrait « ne peut remettre en cause le droit de toute personne de mettre en œuvre, d'entreprendre ou d'exercer des poursuites pénales »¹¹⁹⁸. Or, comme le relevait Edwards, « depuis la création du nouvel office, il a toujours été exhibé une tendance marquée à lire les pouvoirs légaux de manière restrictive »¹¹⁹⁹. En effet, le dispositif en vigueur en 1879 mettait seulement à la charge des *Clerks to the justices* l'obligation de notifier au *DPP* les affaires susceptibles de justifier une poursuite de sa part. Il faudra attendre le *Prosecution of Offences Act* 1884, pour que la loi fasse obligation aux *Chief Constables* de signaler au *DPP* les affaires où l'intervention du *DPP* paraît nécessaire¹²⁰⁰, sans toutefois que le *DPP* ne puisse empiéter sur la fonction d'investigation, entièrement dévolue à la police. Parallèlement, le législateur britannique multiplia les infractions pour lesquelles la poursuite se trouve subordonnée au consentement du *DPP*. Aussi, à l'information obligatoire du *DPP*, permettant à celui-ci

¹¹⁹⁷ Section 2 du *Prosecution of Offences Act* 1879. En outre, le *Prosecution of Offences Regulations* 1880 prévoyait que le *Director* « peut être requis d'engager une action dans les affaires qui sont conduites par le *Solicitor of the Treasury* par une injonction du *Home Secretary* ».

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, section 7. Avant son abrogation par le *Prosecution of Offences Act* 1908, la partie lésée disposait du droit de former un recours devant un juge de la *High Court* si le *Director* abandonnait ou négligeait de continuer des poursuites.

¹¹⁹⁹ EDWARDS (J. L. J.), *The Law Officers of the Crown*, *op. cit.*, p. 364, ce même si les *Prosecution of Offences Regulations* 1886 s'étaient efforcées de donner plus de certitude sur les sphères d'intervention du *DPP*, en enjoignant à ce dernier de poursuivre, dans tous les cas, les infractions passibles de la peine de mort, les infractions dont la poursuite relève du *Treasury Solicitor*, lorsqu'il en a reçu l'ordre de l'*Attorney General* ou du *Home Secretary* et lorsqu'il lui apparaît que « l'infraction ou les circonstances de sa commission présentent un tel caractère qu'une poursuite semble requise dans l'intérêt du public et que, compte tenu de l'importance ou de la difficulté de l'affaire ou de toute autre circonstance, l'action du *Director of Public Prosecution* est nécessaire pour s'assurer de la poursuite de l'infracteur ».

¹²⁰⁰ Section 3 du *Prosecution of Offences Act* 1884. Il est désormais exigé du *Chief Officer* de toute force de police « de fournir au *DPP*, de temps en temps, des informations concernant les *indictable offences* suspectées d'avoir été commises dans leur district, ainsi que sur les modalités de leur prise en charge (...) ». La règle n° 6 des *Prosecution of Offences Regulations* 1946 vint encore étendre l'obligation d'information pesant sur le *Chief Constable* à « (a) toute infraction passible de la peine de mort ; (b) toute infraction dont la poursuite doit, en vertu de la loi, être prise en charge par le *Director of Public Prosecution* ou dont la poursuite est subordonnée au consentement de ce dernier ; (c) toute *indictable case* pour laquelle les poursuites ont été entièrement abandonnées ou n'ont pas été conduites dans un délai raisonnable ; (d) toute affaire dans laquelle une demande de renseignements a été formulée par le *Director of Public Prosecution* et (e) toute affaire dans laquelle il apparaît au *Chief Officer* qu'une directive ou une assistance du *Director of Public Prosecution* est souhaitable ».

d'entamer des poursuites, se superposa progressivement un conditionnement de certaines poursuites conduites par la police.

Jusqu'à 1946, la nature exacte de la « surveillance » du *DPP* demeurait incertaine, puisque si les *Prosecution of Offences Regulations* 1886 étaient venues préciser que si « l'action du *Director of Public Prosecutions*, en toutes matières, y compris dans le choix des avocats et dans les instructions qui leur sont délivrées, est sujette aux directives de l'*Attorney General* », les mêmes *Regulations* obligeaient le *Director* à poursuivre toute affaire « lorsqu'ordre lui en est donné par le *Secretary of State* ». Or, aucune règle ne viendra délimiter précisément les matières et les hypothèses dans lesquelles il était possible soit au *Home Secretary* soit à l'*Attorney General* d'intervenir pour enjoindre au *DPP* d'engager des poursuites ou pour fixer des limites à l'exercice d'un tel pouvoir. Les *Home Secretaries*, qui se succédèrent par la suite, utilisèrent dès lors largement ce pouvoir d'injonction pour délivrer des ordres de poursuites dans les affaires intéressant la sûreté de l'Etat. Dans un *memorandum* de 1924 à destination du *Cabinet*, Sir Williamson Joynson-Hicks, alors *Home Secretary*, avait considéré que « [d]epuis de nombreuses années il est reconnu par les *Home Secretaries* et les *Attorneys General* successifs que, s'agissant des infractions ne soulevant aucune question relative à la sécurité publique ou à l'intérêt de l'Etat la décision d'instituer ou non des poursuites repose entièrement sur le *Director* et l'*Attorney General*, mais que lorsqu'une poursuite pourrait soulever un problème relatif à la sécurité publique ou à l'intérêt de l'Etat, il est de l'impérieux devoir de l'*Attorney General* ou du *Director*, avant de décider d'une poursuite, de recueillir les vues du département ministériel le plus qualifié pour se prononcer sur l'intérêt public en cause – le département ordinairement compétent dans les affaires « politiques » étant le *Home Office* »¹²⁰¹. Toutefois, l'affaire *Campbell* de 1924 remit en cause le pouvoir d'injonction du *Home Secretary*. A partir de cette date, ce dernier n'utilisa plus ce pouvoir et, en 1946, à la suite de la révision des *Prosecution of Offences Regulations*, ce pouvoir du *Home Secretary* fut supprimé. Désormais, pour toutes les matières, y compris la nomination des avocats, le *DPP* n'est plus soumis qu'aux directives de l'*Attorney General*¹²⁰².

Le *Prosecution of Offences Act* 1985 portant création du *CPS* a assez largement modifié l'office du *DPP*. S'il continue d'exercer ses fonctions depuis Londres¹²⁰³, la loi elle-même

¹²⁰¹ Cité par EDWARDS (J. L. J.), *The Law Officers of the Crown*, *op. cit.*, p. 197, qui tempère cependant ce pouvoir, en relevant que, dans plusieurs affaires, « il n'y a aucune indication que l'*Attorney General* ait seulement 'recueilli les vues' de l'exécutif ».

¹²⁰² Règle n° 5 des *Prosecution of Offences Regulations* 1946.

¹²⁰³ Depuis 1985, la direction centrale du *DPP* comprenait trois services : les *Legal Services*, chargés de la gestion des affaires qui continuaient à être conduites par l'office central, le *Field Management Group*, chargé de la coordination des unités locales, et les *Support Services*, qui avaient en charge les ressources humaines et les

prévoit désormais qu'il soit nommé par l'*Attorney General* et qu'il soit soumis à la surveillance (*superintendance*) de celui-ci qui répond du CPS devant le Parlement¹²⁰⁴. La notion de surveillance (*superintendance*) utilisée par le texte de 1985 se voulait le reflet de l'équilibre recherché par le législateur anglais entre « d'une part, le rattachement au pouvoir exécutif de façon à asseoir la légitimité du service et le contrôle sur les décisions en matière d'action publique par le biais de la responsabilité ministérielle » et, « d'autre part, l'indépendance du service des poursuites par rapport au même pouvoir politique, condition de l'impartialité exigée par le particularisme de ses fonctions »¹²⁰⁵. La surveillance de l'*Attorney General* est originairement définie de manière coutumière, notamment par les titulaires de l'office d'*Attorney General* et n'est pas sans rappeler l'ancienne surveillance du *Home Secretary*. Aussi, Sir Michael Avers considérait-il que « ma responsabilité quant à la façon dont le directeur s'acquitte de ses fonctions ne m'oblige pas à contrôler quotidiennement ni à approuver chacune de ses décisions. Il prend de nombreuses décisions sans me les soumettre, mais je n'en reste pas moins responsable de ses actions, en ce que je dois en rendre compte au Parlement. Mon obligation de surveillance signifie que je dois considérer les grands principes qui orientent ses décisions en matière de poursuites pénales. Vu mes rapports avec lui, j'exige d'être mis au courant au préalable de toutes les questions majeures et délicates, et de celles qui revêtent une importance particulière du point de vue de l'intérêt public, de façon à être en mesure d'exercer mon droit de regard

questions financières. Une série de réaménagements avait conduit à distinguer le *Chief Crown Prosecutor* de Londres et quatre groupes spécialisés : un directeur en charge de la politique pénale (*Policy*), un directeur des opérations (*Operations*) en charge de l'organisation et du fonctionnement des services, un directeur des affaires juridiques (*Casework*) dont la fonction était de formuler des conseils juridiques et de veiller à la qualité du traitement des dossiers, et le *Principal Establishment and Finance Officer* chargé des questions administratives et financières, ainsi que des ressources humaines. A la fin de l'année 1995, la direction fut à nouveau réorganisée et divisée en trois *Directorates* : le *Director of Corporate Affairs* était en charge de l'administration, des finances et des ressources humaines, le *Director of Casework Services* avait repris plus largement les attributions du directeur des opérations, devant s'assurer de l'efficacité du traitement des affaires dans ses aspects tant organisationnels que juridiques, le *Director of Quality* jouait davantage un rôle de surveillance de la qualité des décisions juridiques prises au plan local, étant assisté dans sa tâche par un inspecteur effectuant des visites dans les différentes unités locales afin de s'assurer du respect du *Code for Crown Prosecutors*. Le rapport Glidewell avait préconisé que le DPP n'ait plus essentiellement que des fonctions juridiques. En conséquence, une réorganisation fut opérée confiant l'administration et le contrôle de l'organisation à un *Chief executive*. Désormais le *Chief executive* a, sous sa direction, deux divisions, la direction des finances et la direction du personnel, le DPP étant, quant à lui, assisté d'un directeur (*Central Operations*), ayant lui-même sous sa direction trois divisions, la division de la politique pénale (*Policy*), la division juridique centrale (*Central Casework*) et la direction juridique spécialisée (*Special Casework*).

¹²⁰⁴ Section 3(1) du *Prosecution of Offences Act* 1985. Antoinette Perrodet relève que le *Prosecution of Offences Act* 1985 ne fait plus état du pouvoir de l'*Attorney General* de diriger le DPP lors d'une affaire particulière, comme le prévoyait le *Prosecution of Offences Act* 1879, ni du pouvoir de direction d'ordre général que prévoyaient les textes ultérieurs, « [c]e qui n'a pas pour autant bouleversé la nature de leur relation ». Voir ainsi, A. PERRODET, *Etude pour un ministère public européen*, op. cit., n° 89, p. 81.

¹²⁰⁵ A. PERRODET, *Ibid.*

ultime si le besoin s'en fait sentir »¹²⁰⁶. Rien n'empêche donc, en théorie, l'*Attorney General* de donner au *DPP* des directives dans un dossier particulier¹²⁰⁷. A cette fin, le *DPP* doit rédiger tous les ans un rapport d'activité à l'*Attorney General*. Il doit également, fournir un rapport circonstancié sur toute question que lui poserait ce dernier¹²⁰⁸. Il dispose néanmoins d'une certaine latitude dans le recrutement du personnel du service qu'il désigne seul et dont le nombre est approuvé par le Chancelier de l'échiquier¹²⁰⁹.

445. Les fonctions constitutionnelles de l'*Attorney General*. L'*Attorney General*, *Law Officer of the Crown*, tout comme le *Solicitor General*¹²¹⁰, est ministre sans pour autant être membre du *Cabinet*. Il est le conseiller et l'avocat du gouvernement qu'il représente devant les tribunaux et est officiellement responsable de l'intégrité du procès pénal – notamment en ayant la charge de poursuivre pour *contempt of court* toute personne dont les activités constituent un risque pour le bon fonctionnement de la justice ou une atteinte à la présomption d'innocence. Il lui appartient également d'interjeter appel auprès de la *Court of appeal* d'une décision ayant prononcé une peine trop clémente¹²¹¹. Il est enfin chargé de la surveillance des principales autorités de poursuite du royaume : le *Crown Prosecution Service*, le *Serious Fraud Office*, le *Revenue and Customs Prosecution Office* et le *Director of Public Prosecution* pour l'Irlande du Nord. Il n'exerce cependant pas, par tradition, une surveillance continue sur le *DPP*. Il se veut le gardien du *Rule of Law* et exerce ses fonctions, par convention constitutionnelle, d'une façon politiquement neutre¹²¹².

¹²⁰⁶ Cité par J. L. J. EDWARDS, *The Attorney General. Politics, and the Public Interest*, Sweet and Maxwell, Londres, 1984, pp. 48-49. Plus récemment, Lord Goldsmith, qui fut *Attorney General* de 2001 à 2007, a suggéré que le terme « surveillance (*superintendence*) » désigne « la définition de la stratégie du service ; la responsabilité de l'ensemble des politiques des autorités de poursuite pénale, y compris la politique des poursuites en général ; le fait de s'assurer d'une gestion efficace et efficiente' de l'ensemble de ces autorités ; un droit pour l'*Attorney General* d'être consulté et informé sur les affaires difficiles, sensibles et importantes », mais pas, dans la pratique, « la responsabilité de toutes les décisions de poursuite individuelle, ou pour le fonctionnement quotidien du service ». Voir ainsi, HOUSE OF COMMONS CONSTITUTIONAL AFFAIRS COMMITTEE, *Constitutional Role of the Attorney General, Fifth Report of Session 2006-07*, TSO, Londres, 17 juill. 2007, § 6.

¹²⁰⁷ A. PERRODET, « Le statut du ministère public », art. préc., *loc. cit.*, p. 357, qui relève que « généralement des consultations informelles ont lieu avant toute décision sensible et que les dissensions n'apparaissent généralement pas au grand jour, de sorte qu'on pourrait qualifier leurs rapports d'"autorité concertée" ».

¹²⁰⁸ Section 9 du *Prosecution of Offences Act 1985*.

¹²⁰⁹ Section 1(2) du *Prosecution of Offences Act 1985*.

¹²¹⁰ Conformément à la section 1(1) du *Law Officers Act 1997*, toute fonction de l'*Attorney General* peut être exercée par le *Solicitor General*. Sur l'histoire des *Law Officers*, voir EDWARDS (J. L. J.), *The law Officers of the Crown, op. cit.*, et, sur l'*Attorney General* en particulier, du même auteur, *The Attorney General. Politics, and the Public Interest, op. cit.* Voir également, E. JONES, « The Office of Attorney General », (1969) 27 *Cambridge Law Journal* 43 ; R. A. MELIKAN, « Mr Attorney General and Politicians », (1997) 40 *The Historical Journal* 41.

¹²¹¹ Section 36 du *Criminal Justice Act 1988*.

¹²¹² Edwards relève ainsi que l'*Attorney General* a pu, par le passé, être membre du cabinet, mais que cette pratique cessa à partir de 1928. Lorsque Sir Douglas Hogg fut nommé *Attorney General* en 1924, il lui fut accordé rang de ministre, mais ce mouvement fit l'objet de critiques doctrinales ainsi qu'à la Chambre des

La tradition constitutionnelle anglaise considère en effet que « la question des poursuites pénales n'est pas du ressort de la prise de décision qui incombe au gouvernement »¹²¹³. Cette tradition fut toutefois fixée assez récemment. Jusqu'à l'affaire *Campbell* de 1924, la position constitutionnelle de l'*Attorney General* n'était pas clairement établie dans le sens de l'indépendance et il était plutôt considéré que ce dernier devait s'en remettre à l'avis de l'exécutif relativement aux décisions de nature « politique ». Dans cette affaire, l'*Attorney General* fut suspecté d'avoir cédé à des pressions gouvernementales en décidant de demander à la *Metropolitan magistrates' court* l'autorisation de mettre fin à la poursuite qu'il avait antérieurement autorisée, ce qui entraîna la chute du gouvernement à la suite du vote, au Parlement, d'une motion de censure. Baldwin, le Premier ministre suivant, rendit publique l'existence d'une instruction alors émise par le *Cabinet* aux termes de laquelle aucune poursuite publique à caractère politique ne devait être engagée sans autorisation préalable du *Cabinet* et affirma qu'une telle instruction était « inconstitutionnelle, subversive à l'égard de l'administration de la justice et dérogoratoire à l'office de l'*Attorney General* »¹²¹⁴. Aussi fixa-t-il qu' « il est du devoir de l'*Attorney General*, dans l'accomplissement des fonctions qui lui sont confiées, de s'informer de toutes les circonstances particulières qui pourraient avoir une influence légitime sur la décision : lorsque la poursuite en question est de telle nature que des questions de politique publique sont ou pourraient être concernées, il est du devoir de l'*Attorney General* de s'informer des vues du gouvernement ou du ministre intéressé avant de parvenir à une décision. C'est parce que, selon l'opinion du gouvernement, l'instruction à laquelle il est fait référence dans le cas précis allait au-delà de cette obligation qu'elle fut retirée par le [présent] Cabinet »¹²¹⁵.

Communes. Edwards note que « la levée de boucliers semble avoir eu un certain effet puisque son successeur, Sir Thomas Inskip, nommé en mars 1928, n'a pas été inclus dans la liste des ministres, et cette politique a été suivie depuis sans exception ». Voir ainsi, EDWARDS (J. L. J.), *The Law Officers of the Crown, op. cit.*, pp. 173-174. Dans le même sens, voir S. DE SMITH et R. BRAZIER, *Constitutional and administrative law*, Penguin, 6^{ème} éd., 1989, p. 386 : « On peut dire sans exagération qu'au Royaume-Uni l'indépendance des magistrats et l'impartialité de la justice sont maintenues malgré les pouvoirs légaux appartenant au Parlement et au pouvoir exécutif » ; S. H. BAILEY, J. P. L. CHING et N. W. TAYLOR, *Smith, Bailey and Gunn on The Modern English Legal System, op. cit.*, n° 1-021, p. 26 : « Lorsqu'il prend une décision portant sur une affaire pénale, l'*Attorney General* doit agir en toute indépendance du gouvernement. Lorsque, dans une affaire particulière, il peut adéquatement rechercher les conseils des ministres sur les conséquences d'une poursuite, il ne doit y avoir aucune pression de la part de ceux-ci en faveur ou à l'encontre de celle-là : la décision lui revient en dernier ressort ». Voir cependant, H. BARNETT, *Constitutional and Administrative Law*, Cavendish Publishing, 4^{ème} éd., Londres, 2002, p. 128 : « Ainsi, lorsque son consentement à la poursuite est requis, par convention, l'*Attorney General* doit éviter de prendre en compte des considérations politiques partisans, et ne peut pas requérir d'instructions au gouvernement. C'est une question particulièrement délicate quand des poursuites essentiellement politiques sont en cause ».

¹²¹³ EDWARDS (J. L. J.), *The Attorney General, Politics and the Public Interest, op. cit.*, pp. 322 et 333.

¹²¹⁴ Sur cette affaire, voir EDWARDS (J. L. J.), *The Law Officers of the Crown, op. cit.*, pp. 177-225.

¹²¹⁵ EDWARDS (J. L. J.), *The Attorney General, Politics and the Public Interest, op. cit.*, p. 312.

L'*Attorney General* se voyait ainsi imposer un devoir de consultation préalable du *Cabinet*, sans que l'avis de ce dernier ne constitue un avis conforme. Postérieurement, Sir Hartley Shawcross, *Attorney General* à partir de 1951, considéra que la consultation du Cabinet ne constituait pas une obligation pour l'*Attorney General*, mais qu'il serait parfois stupide de ne pas le faire. Il réaffirma que l'assistance des autres membres du gouvernement se limite à une information et « ne consiste pas, et ne doit pas consister en une indication de ce que la décision doit être. La responsabilité pour la décision éventuelle repose sur l'*Attorney General*, et il ne doit pas subir, et ne subit pas, de pression de la part de ses collègues à ce sujet ».

2. L'autonomie traditionnelle de la police anglaise : la doctrine de la *Constabulary Independence*

446. L'ambiguïté des sources de la doctrine de la *Constabulary Independence*. L'idée que la police ne devait pas, dans l'exercice de ses pouvoirs, se voir influencée par des considérations politiques, idée qui était au cœur de l'organisation des forces de police au début du XIX^{ème} siècle, fut progressivement érigée en principe constitutionnel. Marshall avait toutefois relevé que « [m]algré la place importante qu'a prise la doctrine de l'*Individual Constabulary Independence*, il y a, de façon surprenante, très peu dans les travaux parlementaires ou dans les écrits doctrinaux qui puisse être assimilé à l'indépendance ou à la liberté d'action des *Constables* (...) »¹²¹⁶. A l'inverse, les auteurs antérieurs à l'émergence des forces de police modernes tendaient plutôt à accrédi-ter la thèse d'une soumission du *Constable* au *Justice of the peace*. Lambard, en 1602 considérait ainsi qu'« une part importante de leur devoir (concernant la paix) repose particulièrement dans l'exécution raisonnable des préceptes des officiers supérieurs et spécialement des *Justices of the peace* qui étaient placés immédiatement au-dessus d'eux »¹²¹⁷. Aussi, si le *common law* reconnaissait au *Constable* le pouvoir, en cette qualité, d'agir sans avoir besoin de disposer d'instructions du *Justice*, cela ne signifiait pas qu'il se trouvait détaché de toute supervision dans l'exercice de ces

¹²¹⁶ MARSHALL (G.), *Police and Government*, Methuen and Co, Londres, 1965, p. 21. Dans le même sens, voir L. LUSTGARTEN, *The Governance of Police*, Sweet and Maxwell, Londres, 1986, p. 48 : « (...) la doctrine [de la *Constabulary Independence*] est d'origine récente (...) et ne participe pas de la tradition des 'libertés anglaises' ».

¹²¹⁷ LAMBARD (W.), *The Duties of Constables, Borsholders, Tythingmen and such other Law and Lay Ministers of the Peace*, p. 4, cité par MASHALL (G.), *Police and Government*, *op. cit.*, p. 23. Dans le même sens, voir BACON (F.), « The Answers to Question Pronounced by Sir Alexander Hay Knt. Touching the Office of Constable Ad 1608 » in SPEDDING (J.), ELLIS (R. L.) et HEATH (D. D.) (coll. and ed.), *The Works of Francis Bacon*, vol. 7, Longman and Co, Londres, 1892, p. 749, qui affirme que l'office de *High Constable* « s'est développé pour la réception des commandements et prescriptions émanant des *Justices of the Peace* et la distribution de ceux-ci aux petits *constables* » ; BURN (R.), *The History of the Justice of the Peace, and Parish Officer*, vol. 1, part. 1, H. Lintot, In the Savoy, 1756, p. 237 : « (...) il a toujours été établi que le *constable* est le propre agent du *Justice of the Peace* ». Voir également, SIMPSON (H. B.), « The Office of Constable », [1895] *English Historical Review* 625.

pouvoirs. Dans les questions ayant trait au maintien de la paix, un *Constable* pouvait en réalité exercer son autorité soit sur le fondement des pouvoirs reconnus à son office par le *common law* soit en mettant en œuvre les instructions qui lui étaient régulièrement données, mais il semble qu'il n'y avait aucune cloison entre ces deux fondements : « aucun *Justice* ni aucun Homme ne pouvait donner au *Constable* (ou à un citoyen) des ordres qui auraient impliqué une violation de la loi générale du pays, ou son allégeance à la Couronne, ou en méconnaissance de ses devoirs légaux particuliers. Mais entre le concept d'instructions conformes à la loi et l'exercice de ces pouvoirs de *common law* « originaux », aucune contradiction semble-t-il, ne devait, pensait-on, se produire »¹²¹⁸. De même, la réticence initiale à toute centralisation des forces de police ne signifiait pas que les forces de police devaient être indépendantes. Les textes instaurant la police moderne semblaient bel et bien assumer la compatibilité entre les pouvoirs que le *common law* reconnaissait aux *Constables* et une direction administrative de ceux-ci par les *Police Authorities*. Dans le cas de la *Metropolitan Police*, le *Secretary of State*, en sa qualité de *Police Authority*, pouvait exercer un contrôle et était responsable devant le Parlement. Le préambule du *Metropolitan Act* 1829 disposait en effet que devait être mise en place un nouvel office de police agissant sous l'autorité immédiate du *Secretary of State* qui pourrait le diriger et le contrôler. Les *Constables* qui devaient être contrôlés et dirigés devaient disposer « de tout pouvoir, autorité, privilège et avantage et être responsables au regard des devoirs et des responsabilités comme tout *constable* dûment nommé (...) ». En d'autres termes, la nouvelle police devait, en vertu de la loi, exercer tous les pouvoirs reconnus par le *common law* et, d'après la loi, le pouvoir de contrôle reconnu au *Secretary of State*, comme les directives régulières émanant des *Justices of the peace*, n'étaient pas considérés comme incompatibles. De plus, la section 1 du *Metropolitan Police Act* 1829 prévoyait que le *Commissioner* se voyait, en complément des devoirs qu'il lui conférait lui-même, chargé des devoirs d'un *Justice* et de ceux « qui, de temps en temps, peuvent lui être imposés par l'un des principaux *Secretaries of State* de sa Majesté pour accroître l'efficacité dans l'administration de la police ». Sur ce fondement, les *Secretaries of State* successifs donnèrent régulièrement des directives orales souvent précises sur de larges questions aux *Commissioners*¹²¹⁹. De même, les *statutes* relatifs aux forces de police des *counties* ou des

¹²¹⁸ MARSHALL (G.), *Police and Government*, *op. cit.*, p. 25.

¹²¹⁹ Sur cette question, voir L. LUSTGARTEN, *The Governance of Police*, *op. cit.*, p. 34. Ainsi, en 1833, Lord Melbourne autorisa, et imposa parfois, la pratique de la surveillance des meetings politiques par les policiers en habit civil. Sir Harcourt, en 1881, après une annonce au Parlement, était venu délivrer une directive interdisant le recours à la provocation policière sans autorisation du *Home Office*. Voir également, PELHWE (R.), « Police and Government : The Commissioner of Police for the Metropolis », [1974] *P. L.* 316, qui concluait qu'« [a]u cours des années de mise en place de la *Metropolitan Police Force*, ni le *Home Office*, ni les

boroughs reconnaissaient cette compatibilité. Le *County Police Act* 1839 se référait en effet à un *Chief Constable* sujet aux « ordres réguliers qu'il peut recevoir des *Justices* en général ou délivrés dans le cadre des *Quarter Sessions* ». La section 7 du *County and Borough Police Act* 1856 prévoyait que les *constables* agissant en vertu du *Municipal Corporations Act* 1835 et des *County Police Acts* 1839 et 1840 devaient « exercer leurs fonctions (...) eu égard aux directives et réquisitions que les *Justices of the Peace* en général et les *Quarter Sessions* assemblées, ou les *Watch Committees* ou les *counties* ou *boroughs* respectifs peuvent, de temps en temps, formuler ». Enfin, la section 191 (2) du *Municipal Corporations Act* 1882 rappelait que les *constables* avaient les devoirs et les responsabilités conférés à tout *constable* par le *common law* ou la loi. Et la doctrine avait confirmé ce contrôle. Maitland pouvait ainsi, en 1885, décrire le statut du *constable* en mentionnant le devoir de celui-ci d'arrêter les délinquants et le devoir général d'obéir aux ordres conformes à la loi délivrés par les *Justices*, sans suggérer une quelconque absence de contrôle de l'exercice des pouvoirs que celui-ci tire du *common law*. Au contraire, écrivait-il, si la règle, en Angleterre a été de séparer les questions de police et les questions politiques, « le policier payé, qu'il soit *Chief Constable* ou d'un rang inférieur, est sujet à des désagréments de nature politique »¹²²⁰.

447. La consécration de la Constabulary Independence. Malgré l'absence d'incompatibilité entre les pouvoirs propres tirés du *common law* reconnus à tout *constable* et le pouvoir de direction et de contrôle reconnus par les textes édictés au profit des *Police Authorities* et des *Justices of the peace*, malgré l'absence d'incompatibilité entre le rejet de toute forme de centralisation et la possibilité de conférer aux autorités décentralisées un pouvoir de direction et de contrôle, émerge en doctrine, dans les travaux des commissions royales puis en jurisprudence, au début du XX^{ème} siècle, l'idée de l'indépendance du *constable* : « (...) les sentiments du caractère indésirable d'un centre unique de direction administrative des forces de police a chevauché avec l'idée que les membres de telles forces ne devraient être soumis à aucune forme de direction externe »¹²²¹. En doctrine, Anderson écrivait en 1929 que « le policier n'est le serviteur de personne. Il n'est pas nommé comme agent devant satisfaire la volonté d'une autorité supérieure. Il exerce un office public conformément à la

Commissioners ne semblaient douter de ce que le ministre pouvait délivrer des instructions sur les questions opérationnelles » et qu'« il semble qu'au moins jusqu'à la première guerre mondiale, la pratique du *Home Office* fut conforme avec la vision de Harcourt selon laquelle il appartenait au *Secretary of State* de déterminer jusqu'où il pouvait exercer sa propre autorité ».

¹²²⁰ MAITLAND (F. W.), *Police and Justice*, Macmillan and Co, Londres, 1885, p. 114. Voir également, L. LUSTGARTEN, *The Governance of the Police*, *op. cit.*, p. 39, qui relève qu'« il est difficile de trouver dans tout cela une place pour une quelconque doctrine de l'indépendance ».

¹²²¹ MARSHALL (G.), *Police and Government*, *op. cit.*, p. 25.

loi, et c'est la loi, avec toutes les garanties de la liberté individuelle qu'elle consacre, qui est le maître du policier »¹²²². La même année, la *Royal Commission on Police Powers and Procedure* considéra dans son rapport que les devoirs du *constable* résultent de la loi et « ne peuvent pas être élargis ou restreints par des officiers supérieurs ou une autorité administrative »¹²²³. La commission considérait toutefois qu'il appartient au *Chief Constable* de diriger l'activité des agents de sa force afin de s'assurer que ceux-ci exercent leurs fonctions correctement et ajouta que le *Chief Constable* est responsable devant la *Police Authority* et doit diriger sa force de police avec l'approbation de cette dernière. Un an plus tard, la décision de Mr Justice McCardie dans l'affaire *Fisher v Oldham Corporation*, donna une impulsion fondamentale à la théorie de l'indépendance de la police¹²²⁴. Dans cette affaire, Fisher soutenait qu'il avait été arrêté arbitrairement par les membres de la police de Oldham et assigna la *Oldham Corporation*, en qualité d'employeur, pour obtenir des dommages-intérêts. Le juge rejeta la demande, considérant que, dans le cadre de la responsabilité civile, les relations entre les membres et la corporation ne sont pas celles d'un employeur et de son salarié, mais qu'« ils remplissaient leurs devoirs en qualité de fonctionnaires et d'officiers de la Couronne qui ont juré de « préserver la paix de jour et de nuit et (...) d'appréhender les contrevenants à la paix publique ». Or, « [s]i dans un cas comme celui-ci les autorités locales sont tenues pour responsables des actes de la police ... alors cela soulèverait une question sérieuse et cela leur permettrait d'exiger qu'elles puissent assurer un entier contrôle sur l'arrestation et la poursuite de tous les délinquants. Conférer un tel contrôle impliquerait, à mon avis, un changement constitutionnel grave et des plus dangereux »¹²²⁵. Dans son rapport de 1962, la *Royal Commission on the Police* s'appuya sur cette décision pour considérer que dans le cadre de ses « *quasi-judicial functions* » – l'investigation, l'arrestation et la poursuite – « il est dans

¹²²² Voir ainsi, ANDERSON (J.), « The police », [1929] *Public Administration* 192.

¹²²³ ROYAL COMMISSION ON POLICE POWERS AND PROCEDURE, Cmnd. 3297, rapp. préc., p. 15. Sur ce rapport, voir « The Report of the Royal Commission on Police Powers and Procedure », (1929) 2 (4) *The Howard Journal of Criminal Justice* 336.

¹²²⁴ *Fisher v. Oldham Corporation* [1930] 2 K.B. 364. Sur cette décision, voir les observations critiques de MARSHALL (G.) in *Police and Government, op. cit.*, pp. 33-45.

¹²²⁵ *Ibid.*, pp. 377-378. La solution fut approuvée par le *Judicial Committee of the Privy Council*, dans l'affaire *Attorney General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co Ltd* [1955] A.C. 457, et par la majorité de la doctrine. Voir ainsi, par exemple, HART (W. O.), *Hart's Introduction to the Law of Local Government and Administration*, Butterworths, 6^{ème} éd., Londres, 1957, p. 626 : « (...) le *watch committee* n'a aucun pouvoir de contrôle sur l'action de la police au regard du droit pénal et de la criminalité et ne peut convoquer le *Chief Constable* pour qu'il lui fasse un rapport sur une affaire criminelle en particulier ». Toutefois, la section 48 du *Police Act* 1964 viendra partiellement remettre en cause cette solution, non dans le cadre des relations entre le *Chief Constable* et la *Police Authority*, mais dans celles existant entre les *constables* et le *Chief Constable*. Désormais, les *constables* sont considérés, non pas comme agissant en vertu d'un pouvoir qui leur est propre, mais comme des préposés du *Chief*. Dès lors, la mise en cause de la responsabilité civile d'un agent de police nécessite de mettre en cause la responsabilité, non de l'agent lui-même, mais celle du *Chief Constable* en qualité de commettant.

l'intérêt du public que le *Chief Constable* (...) soit détaché du processus démocratique conventionnel de contrôle et d'influence »¹²²⁶.

Sur cette base, émergea progressivement la doctrine de la « *Constabulary Independence* »¹²²⁷. Personne, en effet, ne peut dire aux organes d'« implémentation » qu'ils doivent entamer ou faire cesser des poursuites ou des investigations. Cette doctrine fut explicitement formulée par Lord Denning dans l'affaire *Metropolitan Police Commissioner ex. p. Blackburn* (n°1)¹²²⁸. Dans cette affaire, un ancien membre du *Labour*, M. Blackburn, exerça un recours afin d'obtenir du juge un *mandamus* pour forcer la police à engager des poursuites à l'encontre de salles de jeu qui surgirent illégalement à Londres dans les années 1960. Devant la *Court of appeal*, Lord Denning affirma le principe de l'indépendance du *Commissioner* de la *Metropolitan Police* : « je n'ai aucune hésitation à conclure que, comme tous les policiers dans le pays, il devrait être, et est, indépendant de l'exécutif. Il n'est pas soumis aux ordres du *Secretary of State*, excepté l'hypothèse prévue par le *Police Act* 1964 qui permet à ce dernier de lui demander un rapport, ou de le révoquer dans l'intérêt de l'efficacité. Je considère qu'il s'agit du devoir du *Commissioner of Police of the Metropolis*, comme de celui de tout *Chief Constable*, de faire respecter la loi du pays. Il doit prendre les mesures afin de poster ses hommes pour que les crimes puissent être détectés ; et que les citoyens honnêtes puissent vaquer en paix à leurs occupations. Il doit décider si les personnes soupçonnées doivent ou non être poursuivies ; et, le cas échéant, soutenir l'accusation ou voir si elle est soutenue. Mais dans toutes ces matières, il n'est le serviteur de personne, excepté de la loi elle-même. Aucun ministre de la Couronne ne peut lui dire de poursuivre ou lui interdire de poursuivre tel individu ou tel autre. Aucune autorité de police ne peut également le faire. La responsabilité de faire respecter la loi repose sur lui. Il est responsable devant la loi et la loi seule »¹²²⁹.

¹²²⁶ ROYAL COMMISSION ON THE POLICE, Cmnd. 1728, rapp. préc., p. 30. Sur ce rapport, voir ROLPH (C. H.), « Report of the Royal Commission on The Police 1962 », (1962) 3(2) *Br J Criminol* 177, et MARSHALL (G.), *Police and Government*, *op. cit.*, pp. 73-83.

¹²²⁷ Sur la *Constabulary Independence*, voir P. STENNING, « The Idea of the Political 'Independence' of the Police : International Interpretations and Experiences » in M. E. BEARE et T. MURRAY (ed.), *Police and Government Relations : Who's Calling the Shots ?*, University of Toronto Press, Toronto, Buffalo, Londres, 2007, p. 183 et s.

¹²²⁸ *R. v. Commissioner of Police of the Metropolis Ex p. Blackburn* (n° 1) [1968] 2 Q.B. 118.

¹²²⁹ *Ibid.* 135-136. Pour une critique de la formulation de la *Constabulary Independence*, voir L. LUSTGARTEN, *The Governance of Police*, *op. cit.*, p. 64, pour qui « rarement autant d'erreurs de droit et de logique ont-elles été comprimées dans un seul paragraphe ». Voir également, P. STENNING, « Constabulary Independence » in T. NEWBURN et P. NEYROUD (ed.), *Dictionary of Policing*, *op. cit.*, p. 48, qui relève la « confusion évidente (dans la dernière phrase) entre l'indépendance (être libre de toute direction et de tout contrôle) et la responsabilité (exigence de répondre de ses décisions) ». Pour une critique de cette unique soumission à la loi au regard des principes démocratiques, voir D. WALSH et V. CONWAY, « Police Governance and Accountability : Overview of Current Issues », (2001) 55(2-3) *Crime, Law and Social Change* 61, spéc. 71, qui observent que « [l]a nature et la portée de cette indépendance sont étonnamment mal définies et incertaines, mais elles sont toutefois

La cour réaffirmera à nouveau le principe dans une autre affaire également initiée par M. Blackburn en 1973, celui-ci s'efforçant cette-fois d'obtenir un *mandamus* obligeant la police à poursuivre les infractions au *Obscene Publications Act* à Soho, quartier londonien réputé pour ses sex-shops : les juridictions n'interviennent pas en principe dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire (*discretion*¹²³⁰) du *Chief Officer*¹²³¹. Le pouvoir d'engager des poursuites ou des investigations relève ainsi seulement de la décision du *Chief Constable*, une telle autonomie étant considérée comme protégeant les organes d'implémentation de toute ingérence des individus, du gouvernement local et du gouvernement central. Toutefois, l'indépendance du *constable* se limite à l'opérationnel à l'exclusion des questions stratégiques et le *Chief Constable* ne pourrait en théorie décider de ne jamais poursuivre certaines infractions¹²³². En effet, plusieurs principes viennent restreindre l'indépendance du *Chief Constable*. D'abord, dans l'affaire *Metropolitan Police Commissioner ex. p. Blackburn (n°1)*, Lord Denning avait réservé, dans un *obiter dictum*, le pouvoir du juge de casser une telle décision. Les juridictions se sont ainsi reconnues la possibilité, dans le cadre de la *judicial review*, de contrôler et de casser les décisions de ne pas poursuivre lorsqu'elles paraissent déraisonnables au sens de la jurisprudence *Wednesbury*, même si, de manière générale, les

suffisamment déterminées pour mesurer que des exemples d'interventions politiques extérieures, dans ce qui pourrait largement être qualifié de politiques opérationnelles de la police, génèrent des motifs d'inquiétude (...). Compte tenu de la nature sensible de certains aspects de la fonction de police, il est facile de comprendre pourquoi il devrait y avoir un souci de protéger la police contre les rigueurs de la gouvernance et de la responsabilité démocratiques telles qu'elles sont appliquées à l'exécutif en général. A défaut, ce serait courir le risque d'une politisation de la sûreté, de la sécurité et de la justice. A l'inverse, isoler la police trop lourdement de toute direction et responsabilité démocratique ne fera que poser les bases des pires excès d'un Etat policier ». Voir également, G. MARSHALL, « Police Accountability Revisited », art. préc., *loc. cit.* ; P. STENNING, « The Idea of the Political 'Independence' of the Police : International Interpretations and Experiences », art. préc., *loc. cit.*

¹²³⁰ Sur cette notion en droit anglais, voir K. HAWKINS, « Discretion » in P. CANE et J. CONAGHAN (ed.), *The New Oxford Companion to Law*, OUP, Oxford, 2008, p. 330 et s.

¹²³¹ *R. v. Commissioner of Police of the Metropolis Ex p. Blackburn (n° 3) (Albert Raymond) (Order of Mandamus)* [1973] Q.B. 241.

¹²³² Sur cette question, voir E. J. HEWITT, « Operational Independence : Mith or Réalité ? » (1991) 64 *Police Journal* 321. Pour le résumé du droit positif, voir *R v. Chief Constable of Sussex, ex parte International Trader's Ferry Ltd* [1999] 2 A.C. 418 : dans cette affaire, une société se livrant à une activité de transport de bétail avait exercé un recours en *judicial review* à l'encontre de la décision du *Chief Constable* de réduire sa protection policière de cinq jours à deux jours par semaine, estimant qu'eu égard aux risques que les manifestants en faveur du droit des animaux faisaient peser sur son activité, la décision du *Chief Constable* était déraisonnable. Lord Hoffmann, pour rejeter la demande de la société, considéra ainsi que « [l]e *Chief Constable* dispose du commandement opérationnel de la force, mais il doit travailler dans les limites du budget de la police. Il dispose du pouvoir discrétionnaire auquel Lord Denning faisait référence dans l'affaire *Reg. v. Commissioner of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn* [1968] 2 Q.B. 118, mais il lui est désormais également nécessaire de prendre en considération les objectifs et les cibles fixés dans un plan annuel délivré par la *Police Authority* (...) ». Et poursuit-il : « (...) il me semble tout à fait impossible de dire que, dans ce contexte, la décision était déraisonnable. [Le *Chief Constable*] ne pouvait pas simplement, dans l'utilisation des ressources placées sous son commandement, prendre en considération le fait que la *Police Authority* – principalement nommée par les institutions démocratiquement élues du gouvernement local – a souhaité que soit donnée priorité aux objectifs énoncés dans le plan, mais il était légalement obligé de le faire » (pp. 442-443).

juridictions se montrent très prudentes dans leur contrôle des décisions prises par les autorités d'« implémentation ». De plus, dans le cadre de l'*abuse of process*, les juridictions peuvent faire cesser les poursuites. De même, des décisions de recourir à une *caution* furent attaquées avec succès lorsque les directives officielles sur le *cautioning* n'avaient pas été suivies¹²³³. Enfin, la poursuite citoyenne peut, comme en France, constituer un palliatif au refus de poursuivre¹²³⁴.

*

448. Conclusion de la Section 1^{ère}. La comparaison de l'organisation des ministères publics français et anglais laisse ainsi apparaître de profonds antagonismes. Et si, à ce stade, elle ne nous autorise à formuler que des conclusions provisoires, elle est déjà riche d'enseignements puisqu'elle vient infirmer la pertinence de certaines critiques émises à l'encontre de l'organisation du parquet français.

Elle confirme d'abord que la question du statut peut se révéler relativement accessoire dans l'appréciation du degré de protection dont bénéficie l'autorité en charge du ministère public. En France, le procureur est un magistrat qui demeure relativement exposé à l'influence du gouvernement puisque sa nomination et sa discipline ne font l'objet que d'un avis simple du Conseil supérieur de la magistrature. En Angleterre, le *Crown Prosecutor* est un fonctionnaire, mais il ne s'en trouve pas moins relativement préservé des influences du gouvernement, en raison du contrôle que ne manquerait pas d'offrir le juge anglais sur l'exercice du pouvoir disciplinaire dont il pourrait être l'objet. Aussi, la garantie véritable, pour tout membre du ministère public, ne semble-t-elle pas résider dans son statut mais, bien davantage, dans la garantie juridictionnelle des décisions prises à son encontre par le pouvoir exécutif.

Elle confirme ensuite ce que nous avait déjà appris Michèle-Laure Rassat au travers de l'étude du droit français : il n'y a aucun lien nécessaire entre la situation statutaire et la situation juridique de l'organe en charge du ministère public. Le procureur français dispose, comme le *Crown Prosecutor* anglais, d'une large autonomie dans l'exercice de ses fonctions.

¹²³³ Voir *supra*, §§ 249 et 250.

¹²³⁴ Cependant, plusieurs obstacles se présentent puisque certaines infractions ne peuvent être poursuivies qu'avec l'assentiment de l'*Attorney General*, et que ce dernier peut faire cesser une poursuite sur *indictment* en délivrant un *nolle prosequi*. En outre, la délivrance d'une *caution* conduira nécessairement à rendre abusive toute poursuite citoyenne en vertu de la décision *Jones v. Whalley*, préc. Voir *supra*, n° 248.

Le premier, comme le second, peut agir valablement, sans avoir besoin d'en référer en principe à son supérieur hiérarchique.

Elle confirme enfin, et surtout, que la question de l'indépendance ou de la dépendance statutaire du ministère public est elle aussi relativement accessoire au regard de la problématique posée par la concentration des pouvoirs entre les mains du ministère public. En Angleterre, les forces de police sont effectivement indépendantes du gouvernement. En France, le ministère public se trouve effectivement soumis, quant à sa nomination et à sa discipline, au gouvernement. Pourtant, ici comme là, le ministère public maîtrise de manière croissante *l'iter processualis* et suscite les mêmes craintes. Aussi, la problématique posée par le ministère public est-elle bien une problématique fonctionnelle et non une problématique statutaire.

Il nous faut toutefois prolonger la comparaison pour parvenir à des conclusions définitives car derrière cet antagonisme de façade, il existe des correctifs importants aux situations respectives des ministères publics français et anglais, correctifs qui manifestent une certaine convergence quant à la portée de l'organisation du ministère public.

Section 2nde **LA PORTEE CONVERGENTE DE L'ORGANISATION DES MINISTERES PUBLICS FRANÇAIS ET ANGLAIS**

449. Si les traditions historiques et les systèmes positifs français et anglais semblent uniment s'opposer dans leur organisation respective du ministère public, plusieurs correctifs techniques viennent toutefois sensiblement relativiser l'antagonisme, de *lege lata* (§ 1^{er}). Bien plus, puisque l'organisation diverge en principe, puisque des correctifs sont apportés à l'antagonisme de principe, la comparaison nous permettra de relativiser largement, de *lege ferenda*, la portée de l'organisation du ministère public dans la résolution du problème soulevé par la concentration des fonctions qui s'opère entre les mains de ce dernier (2nd).

§ 1^{er} LA PORTEE DE L'ORGANISATION DU MINISTERE PUBLIC DE LEGE LATA

450. Système anglais et système français connaissent des correctifs importants à la subordination ou à l'autonomie respective de leur ministère public. Ces correctifs se

manifestent tant dans le déclenchement des poursuites (A), que dans l'exercice des poursuites (B).

A. Les correctifs aux principes respectifs régissant le déclenchement des poursuites

451. Au-delà de leur organisation respective de principe, les ministères publics français et anglais présentent toujours une ambiguïté fondamentale. Dans un colloque organisé par la Faculté de droit de Nancy, Michelle-Laure Rassat pointait ainsi du doigt les ambivalences de l'organisation des officiers du ministère public français : « tenus d'exécuter les ordres (ou au moins certains ordres) du gouvernement représenté par le garde des Sceaux, ils gardent la possibilité de s'y soustraire puisqu'il n'y a pas de pouvoir de substitution »¹²³⁵. Le constat n'a rien perdu de sa pertinence, même si les termes de la problématique ont officiellement changé : tenus d'exécuter les ordres de poursuivre du procureur général, le procureur français conserve la possibilité de s'y soustraire puisque le procureur général ne dispose ni d'un pouvoir de substitution ni d'un pouvoir de réformation. A l'inverse, si les poursuites ne relèvent pas de l'influence du gouvernement, si le *prosecutor* anglais n'est pas tenu d'exécuter un quelconque ordre du gouvernement, ce dernier voit son autonomie fonctionnelle de principe largement diminuée par la subordination de certaines poursuites à l'accord du *DPP* ou de l'*Attorney General*, par le pouvoir de réformation et de neutralisation des poursuites que le *common law* reconnaît à ce dernier en lui permettant de faire cesser toute poursuite sur *indictment* ou de conférer à tout individu une *immunity of prosecution*.

Aussi, alors que le droit français organise l'insubordination fonctionnelle du procureur (1), le droit anglais organise quant à lui la subordination fonctionnelle du *CPS* (2).

¹²³⁵ M.-L. RASSAT, « Le parquet au regard de la législation interne » in *Indépendance du parquet, opportunité des poursuites* [en ligne], Colloque organisé sous l'égide de la Fédération Cohérence Europe et de la Faculté de Droit de Nancy, sous la direction de F. Jacquot, 1997, <http://www.juripole.fr/TableRonde/index.html>. Voir également, M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n° 184, pp. 139-140, qui note que la position de la doctrine, appréhendant le ministère public comme l'agent du pouvoir exécutif auprès des tribunaux, était à la fois illogique et insuffisante. Illogique, puisque, « s'il est vrai que le ministère public exerce une fonction du pouvoir exécutif, c'est à ce dernier que revient le pouvoir de décision et rien ne postule l'indépendance du ministère public, même limitée à la liberté de parole, que tous s'accordent à lui reconnaître ». Insuffisante, parce qu'elle n'explique pas que le procureur général puisse, de sa propre autorité, donner des ordres aux procureurs de la République, justifier pourquoi les officiers du ministère public se recrutent parmi les magistrats et parce qu'elle fonde le pouvoir propre des chefs de parquet sur une délégation directe de la loi au profit de celui-ci, en contradiction avec sa conception que le ministère public est un agent du pouvoir exécutif.

1. *L'insubordination fonctionnelle organisée du procureur français : le pouvoir propre du chef de parquet et l'indivisibilité du ministère public français*

452. *L'insubordination entre parquet et parquet général : la pyramide court-circuitée par le pouvoir propre des chefs de parquet.* Le procureur de la République, est investi directement par la loi d'un pouvoir qui lui est propre. Les articles 40 et 41 du code de procédure pénale lui délèguent en effet, directement, le pouvoir d'exercer en son propre nom la plénitude de l'action publique dans le ressort du tribunal de grande instance. Ce pouvoir propre figure ainsi une limite considérable à la soumission hiérarchique puisque privant le procureur général de tout pouvoir de substitution, il consacre un « droit de résistance » du procureur de la République¹²³⁶. Théoriquement, il n'existe en effet aucun moyen pour le procureur général, d'exercer le pouvoir propre du procureur : il ne dispose ni d'un pouvoir de substitution lui permettant de saisir les juridictions répressives en cas de refus du procureur de la République, ni d'un pouvoir de réformation qui lui permettrait d'éviter qu'elles soient saisies si le procureur décide de le faire contrairement aux ordres qu'il aurait éventuellement donnés¹²³⁷. Le procureur chef de parquet pourrait décider de ne pas déférer à un ordre qui lui est donné et valablement engager des poursuites en dépit d'un ordre – par hypothèse illégal – contraire, ce qui semble tout à fait cohérent. La juridiction sera alors saisie et se verra dans l'obligation de statuer car les actes accomplis par le chef de parquet, en violation des ordres, restent valables, l'action disciplinaire éventuellement suivie contre ce magistrat n'ayant aucune conséquence sur la validité de l'action judiciaire déjà engagée. A l'inverse, face à l'inexécution d'un ordre de poursuivre – désormais illégal, à moins qu'il n'émane du Procureur général et soit destiné au procureur de la République – le donneur d'ordre ne peut se substituer au subordonné récalcitrant dans la mesure où un acte relatif à la poursuite ne peut être fait que par le chef de parquet auquel la loi donne compétence, ce qui relativise très fortement la soumission hiérarchique. Aussi, la soumission hiérarchique du parquet trouve-t-elle son prolongement seulement dans la soumission statutaire du subordonné, non dans la subordination juridique de celui-ci.

¹²³⁶ M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, op. cit., n° 145, p. 113 : « (...) si les officiers du ministère public peuvent agir sans l'ordre de leurs supérieurs hiérarchiques, ils peuvent aussi agir contre cet ordre. Beaucoup plus intéressant, parce que plus exceptionnel, est, en effet, ce droit de résistance des chefs de parquet ».

¹²³⁷ Cass. crim., 12 mai 1992, *Bull. crim.* n° 186.

453. *L'insubordination au sein d'un même parquet : la pyramide court-circuitée par l'indivisibilité du ministère public.* Le principe de l'indivisibilité du ministère public, consacré au sein d'un même parquet par la jurisprudence, signifie que chaque membre d'un parquet le représente entièrement et que chaque acte qu'il réalise engage le parquet dans son entier. En raison de ce principe, l'acte de procédure accompli par le subordonné contre l'ordre du chef de parquet ne serait pas davantage vicié. L'acte du substitut revêt une autorité et une valeur similaires à celles qui lui seraient reconnues s'il émanait du chef de parquet lui-même. Le substitut puise en effet dans sa seule qualité le droit d'accomplir tous les actes entrant dans l'exercice de l'action publique, même en dehors de toute délégation¹²³⁸. Dans ces cas, la juridiction saisie doit statuer après avoir vérifié la légalité de la poursuite et ne peut s'y refuser sous le prétexte de rechercher si le magistrat du parquet a ou non suivi les instructions de sa hiérarchie. Là encore, la subordination hiérarchique se résoudra seulement sur le terrain disciplinaire.

2. La subordination fonctionnelle organisée du Crown Prosecutor : les pouvoirs d'intervention et d'opposition des Law Officers of the Crown

454. L'autonomie fonctionnelle du poursuivant anglais se trouve limitée en raison, d'une part, de la subordination de l'exercice de certaines poursuites à l'autorisation d'un *Law Officer of the Crown* et, d'autre part, de la possibilité reconnue à l'*Attorney General* de faire cesser une poursuite déjà engagée.

455. *La subordination des poursuites à l'autorisation du DPP ou de l'Attorney General.* En 1964, Edwards dénonçait la tendance contemporaine du législateur britannique à multiplier les infractions pour la poursuite desquelles le consentement du DPP ou de l'*Attorney General* devait être préalablement recueilli, relevant qu'il n'y avait « pas grande cohérence dans l'application de la philosophie qui sous-tend cet expédient relativement moderne consistant à garder le contrôle de l'application du droit »¹²³⁹. En effet, parallèlement à l'émergence de la doctrine de la *Constabulary Independence*, le législateur, tout

¹²³⁸ Cass. crim., 29 juin 1917, *Bull. crim.* n° 156.

¹²³⁹ EDWARDS (J. L. J.), *The Law Officers of the Crown*, *op. cit.*, p. 397. Et, à propos de la subordination des poursuites au consentement de l'*Attorney General*, *ibid.*, p. 237 : « (...) l'étude de ces dispositions législatives multiples ne permet pas de révéler un domaine identifiable sous-tendant les limites. En effet, on peut soupçonner que, dans certains cas, les précédents furent suivis plutôt aveuglément ». Sur ce pouvoir, voir B. M. DICKENS, « The Attorney General's Consent to Prosecution », [1979] *MLR* 347.

en définissant de nouvelles infractions, multipliait les hypothèses où leur poursuite se trouvait soumise à l'autorisation du *DPP* ou de l'*Attorney General*.

La subordination de la poursuite au consentement du *DPP* ou de l'*Attorney General* visait initialement à préserver une certaine uniformité dans la politique des poursuites, et résultait de la volonté d'éviter une certaine instrumentalisation de la justice pénale au profit d'intérêts particuliers¹²⁴⁰ ou d'instaurer un contrôle préalable sur l'intérêt public à poursuivre les infractions pouvant mettre en jeu la sécurité de l'Etat¹²⁴¹. Par exemple, la subordination des poursuites des infractions prévues par le *Children and Young Persons (Harmful Publications) Act 1955* et de l'*Obscene Publications Act 1959*, repose sur l'idée que les atteintes à la moralité publique sont par nature susceptibles de provoquer des poursuites judiciaires vexatoires, engagées pour satisfaire un caprice du poursuivant plutôt que pour faire valoir ses droits ou aider à l'administration de la justice pénale. Quant aux nombreuses infractions dont la poursuite est spécifiquement subordonnée au consentement de l'*Attorney General*, elles ont souvent trait à la sûreté de l'Etat et regroupent, notamment les atteintes au secret défense, les infractions terroristes en lien avec l'étranger et, surtout, la corruption¹²⁴².

La section 28 du *Prosecution of Offences Act 1985* maintint ce pouvoir en précisant que cette subordination de la poursuite « n'interdit pas l'arrestation sans mandat, la délivrance ou l'exécution d'un mandat d'arrestation d'une personne pour une infraction, ou la mise en détention provisoire ou sous *caution* d'une personne accusée d'une infraction ».

456. Le pouvoir de faire cesser ou d'interdire des poursuites reconnus à l'*Attorney General*. En outre, l'*Attorney General* dispose du pouvoir de faire cesser ou d'interdire certaines poursuites, sans que les juridictions anglaises ne s'autorisent un quelconque contrôle.

¹²⁴⁰ WILLIAMS (G.), « The Power to Prosecute », [1955] *Crim LR* 668, qui relève que « le Parlement a parfois imposé l'exigence du consentement, car il n'est pas tout à fait certain de la politique pénale à suivre, ou parce qu'il se rend compte que la loi pénale est si largement rédigée qu'elle peut être utilisée de façon vexatoire ».

¹²⁴¹ Toutefois, l'*Attorney General* doit se prononcer sur ces questions, en se détachant de tout esprit partisan. En ce sens, voir JONES (E.), « The Office of Attorney General », art. préc. : « (...) l'exigence fondamentale de notre Constitution est que, tout animal politique qu'il soit lorsqu'il traite de questions politiques, il ne doit pas laisser des considérations politiques affecter ses actions dans ces matières pour lesquelles il doit agir d'une manière impartiale et même d'une façon quasi-judiciaire ».

¹²⁴² La liste des infractions pour la poursuite desquelles le consentement du *DPP* ou de l'*Attorney General* est requis figure dans la première et la troisième parties – « *Schedule of Offences Requiring AG or DPP Consent For Prosecution* » ; « *Matters requiring DPP personal consent* » – de l'annexe I de la directive « *Consent to Prosecute* » figurant sur le site internet du *CPS*. Voir ainsi http://www.cps.gov.uk/legal/a_to_c/consent_to_prosecute/. Pour certaines infractions, les demandes d'autorisation au *DPP* sont transmises à la direction centrale, alors que, pour d'autres, la décision est prise au niveau local pour le compte du *DPP*.

L'*Attorney General* dispose ainsi du pouvoir de faire cesser toute poursuite sur *indictment* par la délivrance d'un *nolle prosequi*¹²⁴³. L'origine exacte du plaidoyer de *nolle prosequi* est incertaine. L'une des plus anciennes mentions de ce pouvoir se trouve dans le *Fourth Institute* de Coke, publié en 1555. La doctrine fonde ce pouvoir sur la souveraineté de la Couronne et la disponibilité des poursuites qui sont entre les mains de celle-ci : puisque les poursuites sont exercées au nom de la Couronne, celle-ci conserve le droit de faire cesser ces mêmes poursuites à volonté¹²⁴⁴. L'exercice de ce pouvoir n'est d'ailleurs aucunement limité aux infractions de nature politique, mais trouve à s'appliquer, plus largement, aux affaires qui soulèvent une question d'ordre politique. Toutefois, il ne peut s'exercer que dans l'hypothèse d'une poursuite sur *indictment*. En outre, l'*Attorney General* peut interdire toute poursuite contre un individu s'engageant à témoigner en faveur de la poursuite en édictant en sa faveur une immunité contre toute poursuite (*immunity from prosecution*)¹²⁴⁵.

Les juridictions anglaises se sont refusées à contrôler, par le biais de la *judicial review*, les décisions de l'*Attorney General*. Ce principe fut posé par la *Court of appeal* dans l'affaire *R. (on the Prosecution of Tomlinson) v. Comptroller General of Patents Designs and Trade Marks* de 1899. Dans son arrêt, A. L. Smith considéra en effet que « [t]out le monde sait qu'il est à la tête du barreau anglais. Nous savons qu'il lui incombe depuis les temps les plus anciens d'exercer de hautes fonctions judiciaires qui sont laissées à sa discrétion »¹²⁴⁶. Il fut rappelé dans l'affaire *Taylor*, à propos d'une poursuite pour *contempt of court*. Dans cette espèce, T. et sa sœur avait formé un recours, par le biais de la *judicial review*, contre la décision du *Solicitor General* – qui remplaçait l'*Attorney General* – refusant de poursuivre certains journaux pour *contempt of court*, à la suite de la couverture médiatique préjudiciable de leur procès pour

¹²⁴³ Un *nolle prosequi* est généralement délivré pour permettre d'éviter que des poursuites soient irrégulièrement engagées par la Couronne ou de faire cesser des procédures régulièrement engagées par un poursuivant privé mais qui se révéleraient être abusives. Sur ce point, voir EDWARDS (J. L. J.), *The Law Officers of the Crown*, *op. cit.*, p. 227 et s.

¹²⁴⁴ *Ibid.*

¹²⁴⁵ Les critères devant être pris en compte avaient été fixés par l'*Attorney General* dans une réponse écrite à la Chambre des communes le 9 novembre 1981. Il est ainsi nécessaire : « a. que, dans l'intérêt de la justice, il apparaisse plus important que la personne soupçonnée figure comme témoin de la Couronne plutôt que comme un défendeur possible ; b. que, dans l'intérêt de la sécurité publique, l'obtention d'informations sur l'ampleur et la nature des activités criminelles soit plus importante que l'éventuelle condamnation d'un individu ; c. qu'il soit très peu probable que des informations puissent être obtenues sans que ne soit offerte l'immunité et qu'il soit très peu probable que des poursuites soient engagées à l'encontre de la personne au profit de laquelle l'immunité est offerte ».

¹²⁴⁶ *R. (on the Prosecution of Tomlinson) v. Comptroller General of Patents Designs and Trade Marks* [1899] 1 Q.B. 913. Dans le même sens, *Turner (George Ernest) v. DPP* (1979) 68 Cr. App. R. 70 : en l'espèce, en échange de son témoignage contre son complice T..., le DPP avait offert l'immunité à S... T... fut condamné pour vol et fit ensuite délivrer une citation à comparaître à S... pour vol. Le DPP intervint pour n'offrir aucune preuve (*offer no evidence*). T... avait exercé un recours en *judicial review* à l'encontre de la décision du DPP. La *Queen's Bench Division* rejeta ce recours, en considérant que le DPP dispose d'un pouvoir discrétionnaire large et sans entrave à intervenir dans des poursuites privées et à n'offrir aucune preuve s'il considère que l'intérêt public l'exige.

assassinat. La *Divisional Court* considéra qu'elle n'avait pas compétence pour examiner la décision de l'*Attorney General* en raison de la « position constitutionnelle unique » de celui-ci. Selon elle, seul le Parlement a le droit d'examiner les décisions ou les prétendues erreurs de jugement par lui commises, et ses décisions n'ont pas à être motivées¹²⁴⁷.

457. Controverses récentes et projets de réformes. Bien que les pouvoirs de l'*Attorney General* puissent apparaître considérables, la doctrine anglaise n'en a, pendant longtemps, jamais véritablement critiqué l'ampleur. Les auteurs se contentaient de relever que ces pouvoirs étaient en réalité limités, en raison du contrôle parlementaire exercé sur l'office de l'*Attorney*. Edwards relevait ainsi que « [m]algré l'impotence annoncée des juridictions sur ces questions, il ne doit pas en être conclu que l'*Attorney General* est un despote effectuant sans discernement de grandes enjambées à travers le vaste territoire couvert par le droit pénal. Il demeure toujours la responsabilité de l'*Attorney General* devant le Parlement, en tant que membre de l'exécutif et *Chief Officer of the Crown*, pour la manière avec laquelle il a exercé ses pouvoirs discrétionnaires (...) »¹²⁴⁸.

L'équilibre statutaire subtil qui résulte des traditions constitutionnelles anglaises, articulée aux pouvoirs considérables de l'*Attorney General* a toutefois été récemment discuté, à propos notamment de la subordination des affaires de corruption à son consentement¹²⁴⁹. Plusieurs scandales récents ont en effet montré les contradictions résultant de la position constitutionnelle de l'*Attorney General* (à la fois conseiller du gouvernement et responsable

¹²⁴⁷ *R. v. Solicitor General Ex p. Taylor and Taylor* [1996] 1 F.C.R. 206.

¹²⁴⁸ Voir ainsi, EDWARDS (J. L. J.), *The Law Officers of the Crown*, *op. cit.*, p. 227. Dans le même sens, voir B. M. DICKENS, « The Attorney General's Consent to Prosecution », art. préc., p. 349 : « L'*Attorney General* est, par la suite, responsable devant le Parlement et est soumis à son contrôle en ce que la loi en question peut être abrogée ou modifiée, et un vote défavorable au Parlement sur sa conduite pourrait rendre sa position intenable. Ce contrôle parlementaire des pouvoirs légaux d'autoriser des poursuites a été utilisé dans le cas Duncan Sandys lorsque la conduite de Sir Donald Somervell, l'*Attorney General*, a fait l'objet d'une enquête par un *Select Committee* ».

¹²⁴⁹ J. D. JACKSON, « Let the director direct », (2007) 157(7254) *N.L.J.* 23, qui suggère que, dans l'hypothèse de la poursuite éventuelle d'un membre du cabinet, la confiance du public dans l'indépendance de l'*Attorney General* serait mieux assurée si se substituait à la surveillance de l'*Attorney* sur le DPP une simple consultation de celui-là auprès de celui-ci, la décision de poursuite revenant en dernier ressort au DPP, sur le modèle nord-irlandais résultant de la section 42 du *Justice (Northern Ireland) Act 2002*. Plus radicalement, voir A. SAMUELS, « Abolish the office of Attorney General », [2014] *Public Law* 609, spéc. 611-612 : « Le DPP devrait être responsable en dernier ressort de toutes les questions relatives à la poursuite. Il devrait être nommé par le ministre de la justice sur la recommandation de la *Public Appointments Commission* [Commission sur les nominations publiques], peut-être pour une durée déterminée, peut-être indéfiniment. Il devrait être inamovible, excepté pour mauvaise conduite à la suite d'un débat au Parlement. Un homme politique, bien qu'avocat, aussi indépendant et éminent soit-il, ne doit pas être impliqué dans la gestion ou le contrôle du système de poursuite. L'indépendance du système de poursuite devrait être un élément fondamental de la primauté du droit. (...). La direction ou l'intervention d'un ministre dans de telles affaires (comme l'affaire *cash for honours*) est une anomalie constitutionnelle. Inévitablement, une implication politique ou l'apparence d'une telle implication dans les poursuites affaiblit le *rule of law* et la confiance du public ».

de la surveillance du CPS) : l'affaire *BAE Systems*¹²⁵⁰, l'avis rendu par l'*Attorney General* concluant à la légalité de l'invasion de l'Irak en 2003 et l'affaire dite « argent contre dignités » (« *Cash for Honours* »)¹²⁵¹. A la suite de ces affaires, en 2007, le *Constitutional Affairs Committee* de la Chambre des Communes considéra qu'« il y a une confusion résultant du chevauchement des fonctions de l'*Attorney General* en tant que conseiller juridique du gouvernement, en tant que directeur des services du ministère public (un rôle indépendant), et en tant qu'assurant des fonctions en matière de politique de justice pénale (un rôle politique partisan). À notre avis, le moment est venu de réformer la base sur laquelle il ou elle exerce ses fonctions et de définir plus clairement la mesure de son rôle »¹²⁵². En conséquence, sans fournir un projet détaillé de réforme, le *Committee* concluait que « [l]a situation actuelle où l'*Attorney General* exerce à la fois des fonctions ministérielles et la responsabilité de la prise de décisions en matière de poursuites conduit à un conflit d'intérêts potentiel (...). Nous recommandons que le gouvernement sépare les fonctions politiques et les fonctions de poursuite de l'*Attorney General*. Les fonctions « ministérielles » seront exercées de façon plus adéquate par un ministre au sein du nouveau ministère de la Justice (...). Nous recommandons qu'indépendamment d'une éventuelle modification des fonctions de l'*Attorney General*, l'ancienne convention constitutionnelle portant sur la présence de l'*Attorney General* aux réunions du Cabinet soit rétablie. L'*Attorney General* ne devrait assister au Conseil des ministres que sur invitation seulement, et uniquement pour l'examen des points spécifiques et pertinents de l'ordre du jour »¹²⁵³.

Par la suite, plusieurs travaux parlementaires et gouvernementaux se saisirent de la question de la réforme des fonctions de l'*Attorney General*¹²⁵⁴. Finalement, le gouvernement

¹²⁵⁰ Des soupçons de pression venant du 10 *Downing Street* furent formulés à la suite de l'abandon d'une enquête diligentée par le *Serious Fraud Office* tendant à démontrer que les autorités saoudiennes avaient été soudoyées par un fabricant d'armes britanniques.

¹²⁵¹ En mars 2006, il est apparu que le parti travailliste avait été le destinataire d'un certain nombre de prêts secrets destinés à financer la course pour l'élection générale de 2005 et que la pairie avait été promise à certains bailleurs de fonds. Angus MacNeil, député, avait alors écrit à la police métropolitaine pour lui demander de vérifier, notamment, si le *Honours (Prevention of Abuses) Act 1925*, qui interdit la vente de dignités, avait été violé. Le dossier fut remis au *Crown Prosecution Service*, qui avait demandé à la police de procéder à de nouvelles enquêtes. La possibilité que ses collègues du gouvernement, leurs adjoints ou des fonctionnaires, puissent faire l'objet de poursuites a soulevé la question d'un conflit d'intérêts potentiel de l'*Attorney General*, s'il avait à décider de la question de savoir s'il convenait ou non d'engager des poursuites.

¹²⁵² HOUSE OF COMMONS CONSTITUTIONAL AFFAIRS COMMITTEE, *Constitutional Role of the Attorney General*, rapp. préc., § 34.

¹²⁵³ *Ibid.*, §§ 83 et 86.

¹²⁵⁴ En juillet 2007, le ministère de la justice indiqua qu'une réforme serait opérée afin que « l'office de l'*Attorney General* conserve la confiance du public ». Voir ainsi, MINISTRY OF JUSTICE, *The Governance of Britain*, Cm. 7170, 7 juill. 2007, p 7. En mars 2008, le *Lord Chancellor* et *Secretary of State for Justice*, Jack Straw, annonça une refonte des relations entre l'*Attorney General* et les autorités de poursuites : « L'*Attorney General* cessera d'avoir le pouvoir de donner des instructions aux *prosecutors* dans des affaires individuelles, sauf dans certains cas exceptionnels qui donnent lieu à des questions de sécurité nationale. L'*Attorney General* devra faire un

considéra qu'il n'y avait pas besoin de recourir à une loi et édicta, en juillet 2009, un protocole entre l'*Attorney General* et les départements en charge des poursuites.

458. *Les clarifications obscures apportées par le protocole 2009 : le rappel de la position constitutionnelle de l'Attorney General.* Le protocole adopté en 2009 entre l'*Attorney General* et les autorités en charge des poursuites proclame que « la décision d'engager poursuites (ou dans le cas du *Serious Fraud Office*, s'il convient d'enquêter et de poursuivre), et, le cas échéant, sous quelle qualification, ainsi que du recours à une *out-of-court disposal*, est une fonction quasi-judiciaire qui nécessite l'évaluation de la valeur des éléments de preuve et un jugement portant sur le point de savoir si une enquête ou des poursuites sont requises par l'intérêt public. Les poursuivants prennent de telles décisions de manière équitable et impartiale, agissant toujours en conformité avec les standards éthiques les plus élevés et dans l'intérêt de la justice. De cette façon, les poursuivants sont des organes primordiaux pour le maintien d'une société juste, démocratique et équitable, fondée sur un respect scrupuleux de la règle de droit »¹²⁵⁵. Il rappelle que l'*Attorney General* n'est pas membre du cabinet, mais qu'il peut cependant assister aux réunions de celui-ci « lorsque son domaine de compétence figure à l'ordre du jour »¹²⁵⁶, et qu'il est responsable de la sauvegarde de « l'indépendance des poursuivants lorsque ceux-ci prennent en charge les poursuites »¹²⁵⁷. Il précise à nouveau que, pour les infractions dont la poursuite requiert le consentement de l'*Attorney General*, qu'il est un principe constitutionnel en vertu duquel « l'*Attorney General* agit en toute indépendance vis-à-vis du gouvernement, appliquant les principes bien établis de la suffisance des éléments de preuve et de l'intérêt public »¹²⁵⁸. Lorsque des preuves suffisantes ont été recueillies et qu'une poursuite paraît conforme à l'intérêt public, le poursuivant doit alors rechercher le consentement de l'*Attorney*. Il doit ensuite informer l'*Attorney* de la progression de l'affaire et le consulter s'il envisage d'abandonner les charges ou de proposer un plaidoyer. Le protocole précise également les infractions pour lesquelles l'*Attorney General* ne doit pas être informé : sauf si la loi impose qu'une décision soit prise par l'*Attorney General*, celui-ci ne doit pas être consulté lorsqu'une

rapport au Parlement dans l'exercice de ce pouvoir ». Voir ainsi, MINISTRY OF JUSTICE, *The Governance of Britain : Constitutional Renewal*, Cm. 7342-I, 25 mars 2008. En avril 2008, le *Lords Constitution Committee* publia lui aussi un rapport sur le rôle de l'*Attorney General*, rappelant les principaux arguments en faveur et à l'encontre d'une réforme. Voir ainsi, HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *Reform of the Office of Attorney General, Seventh Report of Session 2007-08*, TSO, Londres, 2 avr. 2008, HL 93.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, § 4.1.

¹²⁵⁶ *Protocol between the Attorney General and the Prosecuting Departments*, juill. 2009, § 2.1.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, § 2.4.

¹²⁵⁸ *Ibid.*, § 4(a)2.

poursuite concerne un membre du Parlement ou un ministre, un parti politique ou l'organisation des élections, une affaire pour laquelle l'officier estime qu'il a un conflit d'intérêt personnel ou professionnel conformément aux codes professionnels.

Quant à la supervision du traitement des dossiers, le protocole considère que dans l'immense majorité des affaires, l'*Attorney General* n'aura aucune implication et ne sera chargé que de garantir l'indépendance des poursuivants dans les dossiers individuels. Il précise qu'« agissant en faveur de l'intérêt public, [celui-ci] peut occasionnellement attirer l'attention d'un *Director* sur une affaire qui est particulièrement sensible et/ou qui a des implications sur la politique ou les pratiques de poursuite ou de justice pénale et/ou qui révèle certains problèmes systémiques sur la structure de la loi ou pour le cadre de la loi, ou le fonctionnement de la justice pénale »¹²⁵⁹. En toutes circonstances, le *DPP* peut attirer l'attention de l'*Attorney General* sur une affaire, requérir ses conseils ou une information (sauf pour les affaires pour lesquelles il ne peut pas être consulté). Ce dernier peut lui faire part de ses observations. La décision demeure cependant entre les mains du *Director*.

Quant à la politique de poursuites, le protocole rappelle que les *Directors* doivent s'assurer que « les politiques et les directives adoptées dans leur département sont conformes à la politique du gouvernement et permettent de donner à celle-ci son plein effet » sans toutefois « que cela ne remette en cause l'indépendance des poursuivants lorsqu'ils prennent des décisions relatives à la poursuite, qui doivent toujours être libres de toutes considérations politiques partisans ou d'une autre influence impropre »¹²⁶⁰.

459. Finalement, le protocole ne modifie pas véritablement la donne. Il consacre à nouveau l'équilibre instable sur lequel est construit l'organisation du ministère public anglais puisque, si l'*Attorney General* ne doit pas être informé lorsqu'une affaire met en cause un membre du Parlement ou un ministre, il doit malgré tout l'être lorsque l'infraction dont la poursuite est envisagée est l'une de celles pour lesquelles la loi impose de recueillir son consentement, y compris lorsque sont mis en cause un membre du Parlement ou un ministre.

¹²⁵⁹ *Ibid.*, § 4(d)2.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, § 5.3.

B. Les correctifs aux principes respectifs régissant l'exercice des poursuites

460. L'ambiguïté relevée dans le déclenchement des poursuites se prolonge au stade de l'exercice de celles-ci. A propos du ministère public français, Michèle-Laure Rassat avait ainsi pu noter que les « [a]gents de liaison entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire chargés de faire entendre au second le point de vue du premier, ils ont le droit d'exprimer leur opinion personnelle par la liberté de parole qui leur est reconnue »¹²⁶¹. Tenu d'exécuter les ordres de poursuivre du procureur général, le procureur français conserve la possibilité de les méconnaître à l'audience. A l'inverse, le *prosecutor* anglais, autonome en principe, voit son rôle à l'audience largement encadré. Aussi, alors que le droit français organise la liberté du ministère public à l'audience (1), le droit anglais s'efforce d'encadrer celle du *prosecutor* (2).

1. La liberté de parole du magistrat du ministère public en France

461. « *L'honneur du ministère public français* »¹²⁶². « Si la plume est servie, la parole est libre ». Cet adage, qui consacre le principe de liberté de parole de l'officier du ministère public à l'audience, constitue l'un des correctifs majeurs à la soumission des parquetiers français, puisqu'il implique le droit pour le magistrat du ministère public d'apprécier l'opportunité de prononcer des réquisitions orales et celui de déterminer le sens qu'il convient de leur donner. Puisant sa source dans la coutume¹²⁶³, il repose sur l'idée que si

¹²⁶¹ M.-L. RASSAT, « Le parquet au regard de la législation interne », intervention préc.

¹²⁶² ROLLAND (M.), « Le ministère public en droit français », *JCP* 1956, I, 1271. Voir également, J.-L. NADAL, « La liberté de parole du ministère public », *Gaz. Pal.* 2008, n° 355, p. 5 et s., pour qui il n'est pas « contradictoire de distinguer, d'une part, les activités dans lesquelles le ministère public est l'exécutif de politiques publiques décidées par le gouvernement et, d'autre part, les activités strictement judiciaires, quasi juridictionnelles, dans lesquelles seule compte l'application de la loi à laquelle est tenu le magistrat du parquet ».

¹²⁶³ Sur l'histoire de la liberté de parole, voir ROUSSELET (M.), *Histoire de la magistrature française*, tome II, éd. Plon, Paris, 1957, p. 94 ; ROLLAND (M.), « Le ministère public en droit français », art. préc. Certains auteurs expliquent la liberté de parole par la distinction, sous l'Ancien Régime, au sein des parquets, entre les hommes d'audience et les hommes de cabinet. Voir ainsi, BRUNEAU (G.), « De la hiérarchie du ministère public », art. préc., p. 177, qui cite le vieil adage selon lequel « [l]a parole est aux avocats généraux ; la plume appartient au procureur général ». Dans le même sens, voir LABORDE (A.), *Cours élémentaire de droit criminel*, Arthur Rousseau, 2^{ème} éd., Paris, 1898, n° 662. Voir également, GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome II, *op. cit.*, n° 150, p. 331 : les membres du ministère public « ont le droit de conclure à l'audience, suivant leur opinion personnelle, même au rejet de leurs réquisitions ; car les conclusions, qui ne sont que l'opinion du magistrat qui les donne, doivent rester libres, pour être consciencieuses ». Garraud fonde la liberté de parole sur l'article 6 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 sur les conflits de compétence : si le préfet doit présenter à l'autorité judiciaire un déclinatoire de compétence avant d'élever le conflit, « [l]e procureur fait connaître, dans tous les cas, au tribunal, la demande formée par le préfet et requerra le renvoi, si la revendication lui paraît fondée ». Déjà, lors de la discussion de l'article 399 du projet de code

des actes peuvent être imposés au magistrat du ministère public, la hiérarchie « ne peut enchaîner une opinion qui puise ses éléments dans le débat et le contraindre à requérir une peine qu'il trouverait injuste, ou un acquittement injustifié »¹²⁶⁴. Il connut une double

d'instruction criminelle, aux termes duquel « [e]n matière criminelle, correctionnelle et de police, la Cour de cassation peut, sur la réquisition du procureur général près cette Cour, d'après les ordres du grand-juge ministre de la justice, renvoyer la connaissance d'une affaire, d'une cour de justice criminelle à une autre, d'un tribunal correctionnel ou de police à un autre tribunal de même qualité, d'un juge d'instruction à un autre juge d'instruction, pour cause de sûreté publique ou de suspicion légitime », Bonaparte estimait que, « quand le procureur général a reçu des ordres, il doit s'y conformer dans ses conclusions ; cet officier n'est point juge, il n'est que partie, et représente le gouvernement ». De même, son excellence le Grand-juge ministre de la justice considérait-il que « sans doute le procureur général doit exposer toute l'affaire, mais qu'ensuite il doit conclure conformément aux ordres qu'il a reçus, en énonçant, s'il veut, qu'il conclut par exprès commandement ; autrement cet officier n'aurait point de supérieur » et que « ce serait donner au procureur général un pouvoir exorbitant et dangereux, que de le constituer l'arbitre de ce que la sûreté publique peut exiger ». Il leur fut rétorqué par Régnaud de Saint Jean d'Angély que « le procureur général devant tenir également la balance entre l'Etat et l'accusé, il lui est permis de peser les motifs de l'ordre qu'il reçoit et ceux qui s'opposent à son exécution : le procureur doit être le défenseur de la justice et non de l'opinion du ministre ; son devoir l'oblige d'exposer au tribunal, qui seul juge, les raisons pour et contre » et par Treillard que « le procureur général est obligé de se conformer aux ordres qu'il reçoit pour entamer les poursuites ; ensuite il devient l'homme de la justice, et les ordres supérieurs ne règlent plus ses conclusions. Dans les lits de justice, on ne présentait que des affaires d'un intérêt général : le ministère public était obligé de se conformer aux ordres du roi ; et s'ils n'étaient pas conformes à son opinion, il déclarait qu'il concluait d'après l'exprès commandement de Sa Majesté. La question, au surplus est oiseuse ; car jamais le gouvernement ne dictera à un procureur général ses conclusions ». Voir ainsi, LOCRE DE ROISSY (J. G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, tome XXIV, Treuttel et Würtz, Libraires, Paris, 1831, pp. 405-406 ; ORTOLAN (J. L. E.), *Éléments de droit pénal : pénalité - juridictions - procédure, suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence avec les données de nos statistiques criminelles*, tome 2, *op. cit.*, §§ 1701 et 1754, pp. 787 et 824-825 : « (...) le pouvoir hiérarchique de commandement s'arrête toujours là où il s'agit d'avis à donner, d'opinion à émettre, de jugement à rendre : car avis, opinion, jugement par contrainte, c'est dérision » ; les « conclusions, non pas écrites, mais orales, qui ne sont que l'avis, que l'expression de l'opinion du magistrat prenant la parole, on ne saurait, en aucun cas, les imposer par commandement à ce magistrat (...) Les règlements tracent la marche à suivre pour concilier cette indépendance due à l'opinion consciencieuse du magistrat, avec les exigences de la discipline et de la direction donnée par le chef hiérarchique (décret du 6 juillet 1810, art. 48 et 49 ; ordonnance du 15 janvier 1826, art. 49). Le devoir de ce chef, en cas de persistance dans l'avis contraire au sien, est de prendre la parole lui-même, ou de déléguer un autre membre du ministère public partageant son avis, ou de laisser exprimer l'avis contraire » ; ROBINET DE CLERY (G.A.), « Les droits du ministère public et du ministre de la justice en matière de poursuites criminelles », *Revue critique* 1876, p. 424 et s., spéc. p. 438 : « La sphère d'action du magistrat, qui donne, à quelque titre que ce soit, impulsion à la vindicte publique, a des limites dont la libre parole est affranchie. A ses actes sont imposées des conditions pour empêcher tout empiètement sur les attributions de ses supérieurs ou de ses égaux, et conserver à chaque fonction sa part d'autorité. Les mêmes restrictions sont absolument sans objet et n'ont aucune raison d'être lorsqu'il a, au cours d'un débat judiciaire, une opinion à exprimer. Pour l'appréciation d'un fait ou d'un droit il n'a que sa conscience à consulter, en s'éclairant par l'étude des textes et par un examen attentif des questions à résoudre. Cette complète indépendance subsiste aujourd'hui telle que nos devanciers nous l'ont léguée ». *Contra*, M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, p. 123 et s., spéc. n° 161 et 171 : « Dans l'ancien droit, en matière judiciaire, il est faux de dire que, dans l'ordre hiérarchique, la plume est serve ; il est vrai de dire qu'au sein d'un même parquet la parole est libre, mais il n'y a là qu'une affirmation de principe évidente. On voit donc que notre adage, qui n'a d'intérêt que par la réunion chez le même agent de la plume et de la parole, et par l'opposition qu'il marque entre ces deux fonctions, quant à la dépendance et à la subordination hiérarchiques, y était inconnu ». Selon cet auteur, l'adage n'est pas non plus consacré par l'article 6 de l'ordonnance du 12 juin 1828 « pour tout ce qui concerne l'action judiciaire du ministère public, où il était inconnu de l'ancien droit. Son extension à ces matières n'est donc que le résultat d'une coutume inspirée par une généralisation abusive de la doctrine, interprétant aussi mal l'histoire que les travaux préparatoires du code d'instruction criminelle. Mais, s'il y a là une erreur, c'est une erreur qui a fait droit (...) ».

¹²⁶⁴ HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome I, *op. cit.*, n° 472 et 488. Dans le même sens, voir M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n° 176, p. 132 :

consécration textuelle à travers l'article 5, *in fine*, de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, relative au statut de la magistrature, puis par le biais de l'article 33 du code de procédure pénale. « A l'audience, leur parole est libre » précise le premier en visant le magistrat du parquet, alors que le second lui permet de développer « librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice ». Pour autant, les contours de sa mise en œuvre avaient été, au préalable, largement définis par la jurisprudence. Ainsi, si les prémices de son assise jurisprudentielle sont anciennes puisqu'elles datent du 14 pluviôse, an XII (3 février 1803)¹²⁶⁵, la Cour de cassation n'a cessé depuis de proclamer ce principe avec l'idée selon laquelle « la parole du ministère public à l'audience est libre ; qu'il est indépendant dans l'exercice de ses fonctions ; qu'il a le droit de dire tout ce qu'il croit convenable au bien de la justice comme de produire tous les documents et de donner toutes les explications qui lui paraissent utiles »¹²⁶⁶. Doublement consacré, à la fois par le législateur et la jurisprudence interne, ce principe de liberté de parole revêt à l'heure actuelle une dimension européenne : la règle 13(e) de la Recommandation Rec(2000)19 adoptée le 6 octobre 2000 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dispose en effet que : « le ministère public conserve le droit de soumettre à la juridiction tout argument juridique, même dans les cas où, lorsqu'il la saisit par écrit, il est dans l'obligation de le faire dans le sens des instructions qu'il a reçues ».

462. *Les manifestations de la liberté de parole.* Très classiquement, ce principe de la liberté de parole trouve sa pleine mesure quand le parquetier se démarque, durant l'audience, des conclusions écrites figurant dans le réquisitoire afin de faire valoir son

« L'adoption de cette opinion nous amène, logiquement, à corriger le sens de l'adage dans deux directions opposées. En premier lieu, nous admettons que le procureur de la République, après avoir pris des réquisitions écrites conformes aux désirs de ses supérieurs, peut y ajouter, toujours par écrit, sa propre opinion. En second lieu, nous estimons que les supérieurs hiérarchiques du procureur peuvent lui donner l'ordre de requérir oralement dans tel ou tel sens, parce que faire des réquisitions orales est un acte, mais qu'ils ne peuvent ensuite l'empêcher d'exprimer aussi ce qu'il croit personnellement être juste ».

¹²⁶⁵ Cass. crim., 14 pluviôse an XII, cité par CARNOT (J.-F.-C.), *De l'instruction criminelle considérée dans ses rapports généraux et particuliers avec les lois nouvelles et la jurisprudence de la Cour de cassation*, Nève, Paris, 1812, vol. 1, p. 705. Selon la chambre criminelle, « il faut distinguer, dans un officier du ministère public, deux caractères différents : celui d'agent de la société pour la poursuite des délits, et celui d'organe de la loi pour requérir l'application des peines. (...) si les prévenus lui paraissent coupables, ses fonctions d'organe de la loi se trouvant en harmonie avec celles d'agent de la société, il donne, sous le premier rapport, son avis en faveur de l'action qu'il a intentée sous le second. (...) si les prévenus lui paraissent innocents, ou s'il pense qu'aucune disposition du code pénal ne leur est applicable, alors l'organe de la loi, impassible comme elle, doit proposer en cette qualité le rejet de la demande qu'il a formée comme agent de la société ; mais la demande qu'il a formée comme agent de la société n'en subsiste pas moins, et le tribunal qu'il en a constitué juge n'en demeure pas moins saisi ; de sorte que c'est à la conscience des magistrats à décider si c'est à tort ou avec raison que l'organe de la loi opine contre l'agent de la société ».

¹²⁶⁶ Cass. crim., 13 mai 1976, *Bull. crim.*, n° 157.

opinion propre. Il est ainsi un moyen pour le substitut de se délester du poids des conclusions écrites, de s'adapter à la discussion contradictoire qui se développe à l'audience et de corriger une éventuelle erreur d'appréciation ayant pu être commise lors de la rédaction des réquisitions. De plus, le principe de la liberté de parole permet théoriquement à un subordonné de se refuser à faire connaître à l'avance la teneur de ses conclusions éventuelles pour ne les faire valoir qu'à l'audience. Pour autant, en pratique, cet effet correcteur peut perdre de sa consistance car un devoir de loyauté subsiste eu égard à l'organisation hiérarchique du parquet¹²⁶⁷. Enfin, soucieuses d'encadrer cette liberté, les instances disciplinaires internes veillent à ce que la liberté s'exerce avec mesure. Ainsi, l'ancienne commission de discipline du parquet a rappelé que ce principe « ne constitue pas une immunité au profit du magistrat du parquet (...) le représentant du ministère public n'est pas affranchi des obligations liées au devoir de réserve, ni autorisé à toutes les licences »¹²⁶⁸.

2. L'indépendance encadrée des barristers à l'audience

463. La liberté de présentation et de conduite de l'affaire pour le prosecuting counsel mandaté par le CPS. Traditionnellement, en Angleterre, seuls les *barristers* se voyaient reconnaître le droit de plaider les affaires devant la *Crown court*. Le *Courts and Legal Services Act* 1990 avait redéfini et régulé les droits de plaidoiries. Sur la base de ce texte, le *Lord Chancellor* et quatre *Senior Judges* avaient, en 1993, fait partiellement droit à la revendication formulée de longue date par la *Law Society*, représentant des *solicitors*, de permettre au *Lord Chancellor* de conférer à certains *solicitors*, en raison de leur ancienneté et de leur haute réputation, un droit de plaidoirie devant la *Crown court*. La prohibition pour les membres du CPS de représenter l'accusation à l'audience devant la *Crown court* était toutefois maintenue et, en conséquence, le CPS qui souhaitait poursuivre une affaire devant la *Crown court* se voyait obligé de recourir aux services d'un *barrister* de son choix. La section 5(2) du *Prosecution of Offences Act* 1985 prévoyait à cet égard que le *barrister* dispose « de tous

¹²⁶⁷ Cette remarque met en réalité en exergue une question centrale qu'a justement souligné Gilles Straehli : « (...) dans une structure hiérarchisée, la loyauté envers le chef direct et, au-delà, vis-à-vis de l'enchaînement des pouvoirs dont dépend ce dernier, est-elle compatible avec l'audace parfois nécessaire requise dans certaines affaires aux enjeux importants ? ». Voir ainsi, G. STRAEHLI, « Les impératifs d'un système d'instruction préparatoire en matière criminelle et pour les affaires complexes : les différentes réponses actuelles », *Dr. pén.* 2009, chron. 4, p. 8 et s., n° 11.

¹²⁶⁸ CSM, 9 oct. 1987, avis p. 13.

les pouvoirs d'un *Crown Prosecutor* mais doit exercer ces pouvoirs conformément aux instructions données par le *Crown Prosecutor* ».

Dans un souci d'économie et afin d'améliorer la gestion des affaires, l'*Access to Justice Act* 1999 est venu lever cette prohibition¹²⁶⁹. Désormais, le CPS peut confier l'accusation à l'audience aux propres membres de son équipe qui sont soit *solicitors* à condition d'avoir reçu une accréditation soit *barristers* (*Higher Court Advocates*), plutôt que de se faire représenter par des *barristers* qui ne lui seraient pas rattachés. Comme le relève Keith Starmer, « [l']expérience pratique de la conduite des poursuites à l'audience renforce le CPS à tous les niveaux. Cela améliore nos conseils à la police. Cela améliore nos décisions d'engager des poursuites. Cela améliore la prise en charge des témoins. Cela va changer toute la culture de notre organisation pour le mieux »¹²⁷⁰. Pour des raisons logistiques toutefois, le CPS a recours actuellement tant aux avocats du service qu'à des avocats externes, ce qui n'est pas sans soulever des conflits pratiques et déontologiques¹²⁷¹.

Conformément aux recommandations émises par le Comité Farquharson en prévision de l'entrée en vigueur de la réforme instituant le CPS¹²⁷², recommandations reprises dans les *Farquharson Guidelines* publiées en 2002¹²⁷³, le *Prosecution Counsel* est tenu de prendre connaissance des instructions délivrées par le CPS dans les plus brefs délais, afin que, dans l'hypothèse où il surgirait des points de désaccord, ceux-ci puissent être discutés avant le commencement du procès¹²⁷⁴. Avant l'ouverture du procès, en effet, le dossier peut toujours, en dernier ressort, être retiré au *Prosecution Counsel* à l'initiative du CPS. Après l'ouverture du procès toutefois, le Comité Farquharson avait estimé que devait être maintenue la pratique voulant que le *Prosecution Counsel* ait toute latitude pour décider des questions relatives à la conduite de l'accusation mais soit cependant dans l'obligation d'agir en conformité avec les instructions délivrées par le *Crown Prosecutor* pour ce qui touche aux questions de politique dans l'exercice des poursuites. Aussi, les *guidelines* distinguent-elles

¹²⁶⁹ Sur les discussions ayant précédé la réforme, voir A. DARLINGTON, « The CPS and rights of audience », (1997) 147(6809) *N.L.J.* 1395.

¹²⁷⁰ K. STARMER, « A prosecution service for the 21st century », Discours prononcé à la *London Metropolitan University* le 9 janvier 2009, cité par HOUSE OF COMMONS JUSTICE COMMITTEE, *The Crown Prosecution Service : Gatekeeper of the Criminal Justice System, Ninth Report of Session 2008-09*, TSO, Londres, 6 août 2009, p. 27.

¹²⁷¹ Sur ces questions, voir A. SANDERS et R. YOUNG, « The Ethics of Prosecution Lawyers », (2004) 7 *Legal Ethics* 190, spéc. 190-196 ; A. ASHWORTH et M. BLAKE, « Some Ethical Issues in Prosecuting and Defending Criminal Cases », [1998] *Crim LR* 16, spéc. 26 et s.

¹²⁷² FARQUHARSON (D.), *Mr Justice Farquharson's Committee, The Role of Prosecution Counsel, Report*, 1986.

¹²⁷³ FARQUHARSON (D.), *Farquharson Guidelines on the Role and Responsibilities of the Prosecuting Advocate*, 15 févr. 2002. Ces directives furent complétées en novembre 2006 par le CPS/*Bar Framework of Principles for Prosecution Advocates in the Crown Court*.

¹²⁷⁴ FARQUHARSON (D.), *Farquharson Guidelines on the Role and Responsibilities of the Prosecuting Advocate*, *ibid.*, Directive (a).

entre les décisions qui touchent à la présentation et à la conduite générale de l'affaire, qui relèvent du seul *barrister*¹²⁷⁵, et les questions qui ont trait à la politique suivie – notamment l'arrêt des poursuites, l'acceptation d'un plaidoyer de culpabilité ou la présentation d'une poursuite sur des charges moindres – pour lesquelles le *barrister* doit solliciter les instructions du *Crown Prosecutor*¹²⁷⁶. En cas de conflit, il appartient au *barrister* de demander un ajournement s'il en est requis par le *Crown Prosecutor*¹²⁷⁷. Si toutefois le *barrister* prend une décision relevant de la compétence du *Crown Prosecutor* ne rencontrant pas l'assentiment de ce dernier, l'*Attorney General* doit demander au *barrister* de lui rendre un rapport écrit précisant les raisons justifiant son désaccord avec le *Crown Prosecutor*¹²⁷⁸.

464. De *lege lata*, l'approfondissement de la comparaison relativise sensiblement la portée de certains antagonismes dans l'organisation des ministères publics français et anglais. La position subordonnée du parquetier français, tant critiquée, s'efface, en réalité, derrière une très large liberté d'action. A l'inverse, l'autonomie du *Crown Prosecutor* anglais, souvent mise en avant, se voit partiellement contredite par la nécessité dans laquelle celui-ci se trouve de requérir l'autorisation de l'*Attorney General* pour agir, ou en raison du pouvoir de ce dernier de réformer ses décisions par un *nolle prosequi*.

Aussi, à l'issue de la comparaison, la soumission statutaire du parquetier français paraît-elle d'une portée relativement limitée lorsqu'on la compare à la soumission fonctionnelle du *Crown Prosecutor*. Car il semble bien que la véritable soumission résulte d'une subordination juridique de l'action, non d'une soumission statutaire de l'organe. Et cette portée toute relative de la soumission statutaire du ministère public de *lege lata* se manifeste tout autant de *lege ferenda*.

§ 2nd LA PORTEE DE L'ORGANISATION DU MINISTERE PUBLIC DE LEGE FERENDA

465. C'est au regard du renforcement des pouvoirs du ministère public que la pertinence même de l'indépendance du ministère public doit être discutée pour mettre en lumière que celle-ci ne constituerait qu'une solution putative (A) et ambiguë (B).

¹²⁷⁵ *Ibid.*, Directive (c).

¹²⁷⁶ *Ibid.*, Directive (d).

¹²⁷⁷ *Ibid.*, Directives (e) et (g).

¹²⁷⁸ *Ibid.*, Directive (f).

A. L'indépendance du ministère public, une solution putative

466. De nombreuses voix doctrinales avisées ont mis en avant les tensions qui pèsent sur le ministère public français¹²⁷⁹. Nombreux sont les auteurs qui se sont élevés, ces dernières années, contre le système positif, au nom d'un renforcement des garanties d'indépendance du parquet. Ainsi revendiquent-ils un alignement sur le système de nomination et sanction mis en place en faveur des juges du siège, notamment l'exigence d'un avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature¹²⁸⁰.

¹²⁷⁹ Sur les tensions suscitées par le statut du ministère public, voir M. DELMAS-MARTY, « La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres ? », *RSC* 1994, p. 150 et s. L'auteur montre parfaitement que, si l'on considère la politique pénale comme une « politique publique comme une autre, elle relève du gouvernement » puisque, selon l'article 20 de la Constitution, « le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation » (l'art. 20, al. 3 prévoyant sa responsabilité devant le parlement). Mais alors la tension risque d'être forte entre ce principe de légitimité et de responsabilité politique du gouvernement à déterminer la politique de la nation, y compris en matière pénale, et deux autres principes constitutionnels : d'une part, le principe de l'indépendance de la magistrature (art. 64, 'le président de la République est garant de l'indépendance de la magistrature'), d'autre part le principe – dont il est curieux que l'on parle aussi peu – d'égalité devant la loi et devant la justice (cf. art. 1 et 6 Déclar. des droits de l'homme, art. 1^{er} Constitution) ». Voir également, Y. CHARPENEL, D. ROUSSEAU et D. SOULEZ-LARIVIERE, « Le statut du Parquet », *Constitutions* 2011 p. 295 et s.

¹²⁸⁰ J.-L. NADAL, « Quel rôle pour le ministère public ? », *D.* 2007, p. 2296 et s. : « (...) en ne plaçant plus la nomination des magistrats du ministère public sous le contrôle exclusif de l'exécutif, en supprimant la possibilité, en réalité très rarement utilisée mais que le code de procédure pénale n'exclut pas, d'instructions individuelles émanant du garde des Sceaux, il me semble que l'on supprimerait les causes essentielles de la mise en doute de la neutralité des parquets ». Selon cet auteur, en effet, le parquet ne peut « bénéficier d'une complète indépendance par rapport au pouvoir car il est l'organe par lequel sont mises en œuvre, en matière judiciaire, les politiques publiques que le gouvernement détermine et conduit en application de l'article 20 de la Constitution ». Voir également, C. RAYSEGUIER, « Le 'Parquet à la française' : tensions et apaisements », *Constitutions* 2011, p. 281 et s. : « Ces prérogatives, depuis si longtemps discutées, font désormais figure d'anachronismes. Elles peuvent apparaître d'autant plus désuètes qu'il existe, par ailleurs, un attachement assez partagé des magistrats du ministère public au pouvoir de proposition du garde des Sceaux dans les nominations de chefs de parquet, tant il est vrai que beaucoup considèrent comme légitime le pouvoir laissé à ce dernier de choisir les hommes et les femmes appelés à mettre en œuvre sa politique pénale, politique pénale dont il assume seul la responsabilité au sein du gouvernement et devant le Parlement. Contrebalancée par l'exigence d'un avis conforme du CSM, cette prérogative essentielle lui permettrait, avec la distance et la transparence qui conviennent au fonctionnement de l'institution judiciaire, de sélectionner et de proposer les responsables qu'il aurait identifiés, appuyé par ses services dédiés à la gestion des ressources humaines de la magistrature, comme les mieux à même de mettre en œuvre sa politique » ; M. ROBERT, « L'avenir du ministère public français », *AJ pén.* 2011, p. 115 et s. : « L'indépendance 'à l'italienne' ne saurait être une solution, car il faut absolument maintenir cette politique pénale, créée ex-nihilo il y a vingt-cinq ans et avec le concours actif de nombre de responsables du ministère public, convaincus qu'ils étaient de la nécessité d'instaurer des priorités cohérentes au plan national, non seulement à des fins d'équité mais aussi d'efficacité, cette autre exigence qui doit inspirer l'action du parquet (...). En revanche, la fin de l'ère du soupçon commande de séparer le pouvoir d'instruction du pouvoir de nomination, en confiant ce dernier au Conseil supérieur de la magistrature, qui ne saurait être taxé de corporatisme compte tenu de sa composition actuelle, même s'il serait hautement souhaitable qu'à l'avenir la majorité de ses membres, quelles que soient leurs qualités intrinsèques, ne soient plus nommés par une seule majorité politique mais de façon plus consensuelle. Cette application moderne du vieux principe de séparation des pouvoirs tarirait, par là-même, tout risque de partialité de nature politique, sans affaiblir pour autant l'action de l'Etat dans son ensemble et sans amoindrir, d'aucune façon, le droit de l'exécutif à se faire entendre de la justice par le biais de son pouvoir ministériel d'instructions et la loyauté qui a toujours caractérisé l'action des magistrats du ministère public ». Dans le même sens, voir H. MATSOPOULOU, « Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet », *Garç. Pal.* 2010, n° 117, p. 15 et s. : « A cet égard, on pourrait s'inspirer du projet de loi

Les arguments en défaveur de l'indépendance se font également entendre au nom de la cohérence de la politique pénale et de l'égalité des citoyens¹²⁸¹, y compris même, dans la perspective d'une éventuelle suppression du juge d'instruction¹²⁸². Or, il est clair que la

constitutionnelle, issu des travaux de la Commission Truche, qui a été adopté par le Parlement en 1999, mais non soumis au Congrès par le Président de la République. Ce projet prévoyait, pour les nominations des magistrats du parquet, l'avis conforme du Conseil Supérieur de la Magistrature, tout en indiquant que l'exigence d'un tel avis 'est seule de nature à écarter le soupçon d'intervention de l'exécutif dans les affaires particulières' ».

¹²⁸¹ Contre l'indépendance, voir P. MAZEAUD, « L'action publique dans la tradition républicaine », *Justices* 1996, n° 3, p. 65 : « Si la justice est rendue 'au nom du peuple français', si le propre de l'action publique est d'assurer la poursuite des infractions pénales au nom de l'intérêt général, qui mieux que le garde des Sceaux, membre d'un gouvernement responsable devant l'Assemblée nationale et politiquement devant le corps électoral tout entier, pour exercer cette fonction ? ». En outre, l'auteur relève, à propos des instructions individuelles de poursuite, que celles-ci sont « écrites et versées au dossier », et il avance le risque d'inégalité de traitement selon les régions et les communes. Voir également, M. JEOL, « Le parquet entre le glaive et la balance », *Justices* 1996, n° 3, p. 72 : « Le pouvoir hiérarchique du garde des Sceaux est républicain dans son principe, il permet à l'exécutif – dont c'est la mission – de veiller à l'application de la loi, il évite à la justice d'être isolée, sans nuire pour autant à son indépendance. Le seul problème en définitive, est d'empêcher le dévoiement de ce pouvoir ». Pour cela, l'auteur préconise la transparence, d'une part, entre la chancellerie et le parquet (s'agissant des instructions délivrées, des correspondances échangées), d'autre part, dans les nominations des parquets (en interdisant au gouvernement de passer outre l'avis du CSM). Dans le même sens, voir F. TERRE, « Une justice indépendante - De qui ? Comment ? Pour quoi ? Où sont les réponses ? » *JCP G* 2012, 470, pour qui le rapprochement progressif des statuts des juges et des procureurs, dans le sens d'une extension au profit de ceux-ci des garanties reconnues à ceux-là, heurte l'existence d'une division fondamentale des rôles : « Aux termes de l'article 20, alinéa 1^{er}, de la Constitution de 1958, 'Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation', ce qui inclut évidemment la conduite, par le ministre de la justice, de 'la politique d'action publique déterminée par le gouvernement' (CPP, art. 30, al. 1^{er}). 'À cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique' (CPP, art. 30, al. 2). C'est d'ailleurs pourquoi le renforcement des pouvoirs du parquet, observé depuis une vingtaine d'années, suscite des critiques pleinement justifiées, exprimées notamment au sujet des lois Perben. Mais ce n'est pas une raison pour confondre le siège et le parquet. À l'évidence, le problème d'une modernisation de la procédure pénale ne peut trouver de solution dans le mélange des genres et la confusion des rôles (...). C'est dire qu'un alignement des statuts heurte nécessairement la logique inhérente à l'esprit démocratique de nos institutions » ; D. SOULEZ LARIVIERE, « Quelle indépendance pour le Parquet ? Propositions pour une différenciation des corps du Siège et du Parquet », *AJ pén.* 2012, p. 508 et s. : « Croire comme on le fait en France que le pouvoir judiciaire sera plus fort si les parquets ont un statut d'indépendance au même titre que les juges du siège, est une illusion fondée sur un sophisme. Le procureur n'est pas un juge et, depuis 1808, le pouvoir judiciaire ne fait que souffrir de cette unité du corps, illisible aux yeux du public et source perpétuelle de malentendus justement sur l'indépendance des juges par rapport au parquet. Le problème en France est de couper le cordon non pas entre le parquet et le pouvoir politique mais entre les magistrats du siège et ceux du parquet. Non pour amoindrir l'autorité judiciaire, mais au contraire pour la renforcer, voire tout simplement pour constituer un pouvoir judiciaire ». Voir également, P. TRUCHE, « Quelle indépendance pour le parquet ? », *LPA* 2000, n° 213, p. 10 et s., favorable à « un statut rénové pour les nominations, la discipline et les interventions du garde des Sceaux, qui, pour être fondées, doivent être générales et publiques » et plaidant pour une scission des carrières de magistrat du parquet et de juge, suggérant qu'« après une première période de huit, dix ou douze ans les magistrats puissent faire un choix définitif : le siège ou le parquet ».

¹²⁸² A propos du *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale* dit « Rapport Léger » du 1^{er} sept. 2009, voir 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, p. 773 et s., pour qui la question de l'indépendance du ministère public est « un faux débat », et qui considère qu'« [e]n faisant le choix de conserver cette spécificité, le projet de code de procédure pénale ne fait pas un acte incorrect sur le plan européen : il s'engage seulement à ce que l'action du parquet ne procède pas de débordements inadmissibles au regard des principes supérieurs qui accompagnent les poursuites pénales et leur mode de règlement, ce qui suppose, notamment, une bonne répartition des compétences entre le procureur et le juge, et le respect du contradictoire et des droits de la défense ». Dès lors, seul un rééquilibrage au profit du juge des libertés et de la détention « est à même de donner à notre procédure toutes ses chances d'évolution : tout simplement pour placer l'action pénale' au centre d'un

pertinence de l'indépendance du parquet, ne doit pas seulement surgir de la perspective d'une éventuelle suppression du juge d'instruction, puisque le parquet est déjà largement maître des investigations. Aussi, est-ce effectivement au regard de la comparaison que cette pertinence doit être éprouvée (1) et au regard des exigences européennes que sa nécessité doit être évaluée (2).

1. La valeur de l'indépendance du ministère public en droit comparé

467. *Quelles conclusions tirer de la comparaison ?* Il nous semble que trois enseignements principaux peuvent être tirés de la comparaison de l'organisation du ministère public français d'avec celle du ministère public anglais.

La comparaison fait d'abord ressortir la pertinence de la distinction de la situation statutaire et de la situation juridique du ministère public pour appréhender la question de l'indépendance, et l'absence d'influence dans les droits positifs de l'une sur l'autre. En effet, la confusion entre ces deux questions conduit certainement à surestimer les maux de la soumission statutaire du ministère public et sous-estimer les avantages ressortant de sa liberté d'action juridique. Alors qu'en France, le parquetier fait l'objet d'une relative subordination statutaire malgré son appartenance à la magistrature – l'homme peut se voir assez facilement imposer des sanctions – mais d'une grande autonomie juridique – l'homme peut agir sans avoir besoin de recueillir le consentement d'une autre autorité et sans que son supérieur ne dispose d'un pouvoir de substitution ou de réformation de l'acte réalisé –, en Angleterre, le *CPS* bénéficie d'une relative autonomie statutaire malgré sa qualité de fonctionnaire de la Couronne – l'homme peut voir les sanctions qui lui ont été infligées contrôlées et annulées par le juge – mais d'une relativement faible autonomie juridique dans certaines matières – l'homme ne peut ainsi agir sans autorisation en raison de la nécessité dans laquelle il se trouve de recueillir le consentement du *DPP* ou de l'*Attorney General*, ou peut voir son action anéantie en raison de la possibilité pour l'*Attorney General* de faire cesser des poursuites commencées régulièrement. Finalement, le ministère

mouvement plus protecteur des libertés. Dans ce contexte, que le parquet soit présenté comme un rouage de l'exécutif, cela n'a pas d'importance : non seulement, cette situation est juridiquement décente, pour ne pas être condamnée en soi par la Cour européenne, mais encore elle peut se révéler comme un facteur de progrès pour les libertés elles-mêmes. La Cour européenne ne porte pas un jugement négatif sur la dépendance fonctionnelle du parquet, elle ne fait qu'exprimer une réserve sur toutes décisions qui seraient marquées par une telle dépendance. C'est donc une invitation à reconsidérer notre procédure en ce sens. Le projet ne peut que saisir cette invitation, non en renonçant à faire du parquet un pouvoir fort dans la conduite de l'action pénale, mais en l'accompagnant de contre-pouvoirs tout aussi pertinents relevant de la compétence d'un magistrat du siège auréolé d'une autorité particulière ».

public français se révèle bien soumis, mais peut agir librement : il dispose d'une grande liberté d'action juridique dans sa soumission statutaire. Le ministère public anglais se révèle quant à lui autonome, mais doit solliciter dans de nombreuses hypothèses des autorisations : il subit une forte soumission dans son autonomie fonctionnelle de principe. Le ministère public français peut recevoir des ordres mais dispose des moyens juridiques de les méconnaître ; le CPS anglais n'en reçoit pas, mais ne peut juridiquement agir sans obtenir d'autorisation préalablement à son action ou peut voir son action anéantie par les pouvoirs de l'*Attorney General*. Cette différence d'approche n'est pas sans rappeler les deux modalités théoriques d'exercice des libertés publiques, le système répressif et le système d'autorisation préalable. On pourrait ainsi considérer que, s'agissant des fonctions du ministère public, le droit français consacre un système répressif – l'agent peut agir librement, mais répond disciplinairement de son action –, alors que le système anglais développe un système d'autorisation préalable – l'agent ne peut agir, valablement s'entend, sans obtenir l'autorisation d'une autorité supérieure. Or, il en va dans l'organisation du ministère public comme dans l'organisation des libertés publiques : c'est bien le système répressif qui constitue le système le plus libéral¹²⁸³.

La comparaison fait ensuite ressortir que le hiatus entre la situation statutaire et la situation juridique du ministère public français est particulièrement favorable aux officiers du ministère public français. L'*Attorney General* anglais dispose des moyens juridiques de sa fonction de surveillance. S'il estime que des poursuites n'auraient pas dû être engagées, il peut les faire cesser. La sanction est une sanction juridique consistant à anéantir directement l'effet de l'action du *Crown Prosecutor*, et non pas une sanction disciplinaire, alors même que le *Crown Prosecutor* est un fonctionnaire. A l'inverse, en France, l'autorité du chef hiérarchique, dans les relations entre parquets, est privée du seul moyen juridique qui lui permettrait de se déployer efficacement. Le procureur général, qui estime que des poursuites auraient dû être engagées, ne peut ainsi agir à la place du procureur et le procureur général qui estime que des poursuites n'auraient pas dû être engagées, ne peut les faire cesser : la sanction ne pourra être qu'une sanction disciplinaire.

¹²⁸³ Voir ainsi, CARBONNIER (J.), « La nature des règles définissant les cas de déviance et la signification de leur application », *La théorie de la stigmatisation et la réalité criminologique*, XVIII^{ème} congrès français de criminologie, Travaux et mémoires de la Faculté de droit d'Aix-Marseille, PUAMP, 1980, p. 73 et s., repris in *Ecrits, op. cit.*, p. 893 : « Le vrai est que s'il n'y avait pas eu la merveilleuse invention de cette porte battante, la norme d'incrimination, nous nous heurterions partout à des portes closes, à ce que les publicistes appellent le régime de police, un régime où d'avance l'autorité empêche tout, sauf à concéder des autorisations. Antithèse du régime de police, le régime de droit, où d'avance tout est autorisé, sauf à en répondre, n'a été rendu possible que par la flexibilité implicite, trop inaperçue, du système pénal ».

La comparaison fait enfin, et surtout, ressortir que l'indépendance statutaire ne saurait à elle seule pallier les risques résultant du cumul de fonctions entre les mains du ministère public et de l'absence éventuelles de sanction des dysfonctions identifiées dans la première partie de cette étude. La police anglaise, statutairement et fonctionnellement, est indépendante du pouvoir politique. Pourtant, les dérives que nous avons constatées dans la première partie de cette étude se manifestent aussi bien en Angleterre qu'en France.

Aussi, n'est-il pas certain que la soumission statutaire des officiers du ministère public à l'égard du pouvoir exécutif – soumission que l'on a tendance à suspecter et donc à surestimer – soit le problème véritable soulevé par les actuelles recompositions du procès pénal. Poser, en termes d'indépendance, la question de la mutation des fonctions du parquet impliquerait que l'indépendance garantie au ministère public, apporterait aux problèmes posés par l'institution du ministère public – concentration du pouvoir entre les mains de celle-ci et substituabilité de ses qualités processuelles –, une solution satisfaisante. Elle impliquerait par conséquent que l'indépendance puisse rendre compatibles des fonctions qui ont été considérées, historiquement, comme ne pouvant l'être, et que l'argument statutaire résolve la problématique fonctionnelle. Or, l'on constate en la matière une évidente contradiction entre les prémisses et la solution que met en lumière l'étude du statut de la police anglaise : l'indépendance ne réglerait en rien le problème soulevé par un parquet à qui est reconnu, en dehors de tout contrôle juridictionnel digne de ce nom, la maîtrise cumulative du degré de coercition qu'il souhaite employer, du degré de rétribution qu'il souhaite appliquer, et la détermination stratégique de la position procédurale qu'il souhaite adopter.

La valeur relative de l'indépendance au regard du problème posé par le ministère public contemporain se trouve d'ailleurs confirmée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

2. La valeur de l'indépendance du ministère public au regard des exigences européennes

468. Les exigences formulées par la Cour européenne des droits de l'Homme ont fait l'objet d'interprétations divergentes qui pourraient accréditer l'idée que l'indépendance du ministère public se trouverait imposée par Strasbourg.

469. *Les excès d'une lecture statutaire des exigences européennes.* Nombre de discours portant sur la question du statut du ministère public ont cru en effet pouvoir

trouver appui en faveur de l'indépendance dans la jurisprudence de la Cour européenne. Topique est, à cet égard, la réception des décisions récentes de la Cour européenne rendues dans les affaires *Medvedyev c/ France*¹²⁸⁴, *Moulin c/ France*¹²⁸⁵, *Vassis et autres c/ France*¹²⁸⁶ et dernièrement dans les affaires *Ali Samatar et autres c/ France* et *Hassan et autres c/ France*¹²⁸⁷.

¹²⁸⁴ CEDH, Grande chambre, 29 mars 2010, req. n° 3394/03, *Medvedyev c/ France*, RSC 2010, p. 685, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2010, 1386, obs. S. Lavric, note J.-F. Renucci ; *ibid.*, 952, entretien P. Spinosi ; *ibid.*, 970, point de vue D. Rebut ; *ibid.*, 1390, note P. Hennion-Jacquet ; *RFDA* 2011, p. 987, chron. H. Labayle et F. Sudre. En l'espèce, un cargo immatriculé au Cambodge avait été intercepté par la marine française en haute mer, au large des îles du Cap-Vert. Ce navire transportait des quantités importantes de drogue vouées à être distribuées sur les côtes européennes. Les membres d'équipage arrêtés furent consignés à bord sous la surveillance de militaires français jusqu'à l'arrivée à Brest où ils furent placés en garde à vue, avant d'être présentés le jour même à des juges d'instruction. La Cour relève que le magistrat visé par l'article 5 § 3 de la Convention « 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 » (§ 124). Cependant, les membres d'équipage ne pouvaient être traduits devant un juge d'instruction qu'une fois en France ; or, à leur arrivée sur le sol national, ils ont rencontré, le jour même, un juge d'instruction. Dès lors, la Cour estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

¹²⁸⁵ CEDH, 5^{ème} sect., 23 nov. 2010, req. n° 37104/06, *Moulin c/ France*, RSC 2011, p. 208, obs. D. Roets ; *D.* 2011, pp. 277 et 338, note J.-F. Renucci et S. Lavric ; *Gaz. Pal.* 8-9 déc. 2010, p. 6, note O. Bachelet ; *AJDA* 2011, p. 889, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *RFDA* 2011, p. 987, chron. H. Labayle et F. Sudre. En l'espèce, une avocate avait été arrêtée en 2005 sur commission rogatoire délivrée dans le cadre d'une procédure suivie principalement pour trafic de stupéfiants et blanchiment des produits de ce trafic. Dans sa requête, l'avocate alléguait que, détenue durant cinq jours avant d'être présentée à un « juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires », elle n'avait pas été « aussitôt » traduite devant une telle autorité, comme l'exige l'article 5 § 3 de la Convention. La Cour se livre à une analyse détaillée du statut de membre du ministère public : la dépendance vis-à-vis d'un supérieur hiérarchique commun – le garde des Sceaux, membre de l'exécutif –, l'absence d'inamovibilité, l'autorité et le contrôle des chefs hiérarchiques, l'obligation de requérir conformément aux instructions données dans les conditions des articles 36, 37 et 44 du code de procédure pénale (§ 56). Précisant qu'il ne lui appartient pas de prendre position dans le débat interne concernant le lien de dépendance effective entre le ministre de la justice et le ministère public, la Cour considère alors que, du fait de leur statut, les membres du ministère public ne respectent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif (§ 57).

¹²⁸⁶ CEDH, 5^{ème} sect., 27 juin 2013, req. n° 62736/09, *Vassis et autres c/ France*, *D.* 2013, p. 1687, obs. O. Bachelet ; *AJ pén.* 2013 n° p. 549, obs. G. Roussel ; *RPDP* 2013, p. 705, comm. J.-F. Renucci. Au cas d'espèce, le 7 février 2008, alors qu'il naviguait en haute mer, au large de la Guinée, le cargo « Junior » fut intercepté et arraisonné par la marine française sur le fondement de soupçons de trafic de stupéfiants. Déroulé vers la France, le « Junior » accosta dans le port de Brest le 25 février 2008. Les neuf membres d'équipage furent alors placés en garde à vue, mesure qui fit l'objet d'une prolongation de vingt-quatre heures sur décision du procureur de la République. Le 27 février 2008, les suspects furent présentés individuellement à deux juges des libertés et de la détention qui prolongèrent de nouveau leur garde à vue. La Cour européenne des droits de l'Homme refuse qu'à la suite de l'interception d'un navire en haute mer, des suspects privés de liberté pendant dix-huit jours ne soient pas, dès leur arrivée en France, présentés à un magistrat du siège : « (...) la 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 (*Medvedyev et autres*, §§ 73-75). Malgré l'importance de ce délai, les requérants n'ont finalement comparu pour la première fois devant un 'juge ou un autre magistrat', au sens autonome de l'article 5 § 3 de la Convention, en l'espèce un juge des libertés et de la détention, qu'après un délai supplémentaire d'environ quarante-huit heures » (§ 58). Aux yeux de la Cour, « rien ne saurait justifier un tel délai supplémentaire d'environ quarante-huit heures dans les circonstances de l'espèce » (§ 59).

¹²⁸⁷ CEDH, 5^{ème} sect., 4 déc. 2014, req. n° 17110/10 et 17301/10, *Ali Samatar et autres c/ France* ; CEDH, 5^{ème} sect., 4 déc. 2014, req. n° 46695/10 et 54588/10, *Hassan et autres c/ France*, *Dalloz actualité*, 8 déc. 2014, obs. A. Portmann ; *D.* 2014, 2524 ; *JCP G* 2014, 1348, zoom par F. Sudre. Dans ces espèces, deux navires, « Le Ponant » et « Le Carré d'As », avaient été détournés au large de la Somalie par des pirates, de nationalité somalienne, respectivement en avril et septembre 2008. Après l'intervention de l'armée française, les pirates avaient été arrêtés et détenus par l'armée française avant d'être acheminés en avion en France. À leur arrivée sur le territoire français, ils avaient été placés en garde à vue et ne furent présentés à un juge d'instruction et mis en examen pour actes de piraterie que deux jours plus tard. La Cour constate notamment une violation de

Le refus par la Cour européenne des droits de l'Homme de considérer que le procureur de la République puisse constituer le juge ou le magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires devant lequel, aux termes de l'article 5 § 3 de la Convention de sauvegarde, tout individu privé de liberté devrait être aussitôt traduit, a certes pu laisser penser que l'indépendance du ministère public s'avérait nécessaire. Pourtant, les réserves formulées par la Cour européenne des droits de l'Homme à l'égard du ministère public français – sans incidence, on l'a vu, sur la combinatoire mise en place par le droit positif en raison de l'interprétation donnée par cette juridiction de la notion de promptitude figurant à l'article 5 § 3 de la Convention¹²⁸⁸ – ne doivent pas nécessairement faire l'objet d'une lecture statutaire. C'est, au contraire une lecture fonctionnelle qui s'impose : la Cour européenne sanctionne les fonctions du parquet eu égard à son statut, mais également eu égard à sa qualité d'éventuel poursuivant. Comme le relève Yves Mayaud, « la Cour ne condamne pas le statut lui-même, mais ce qu'il représente d'incompatibilité avec certains pouvoirs de décision dévolus au parquet » et « ne fait que souligner que pareilles décisions doivent être prises par un « magistrat » digne de cette qualité, ce que n'est pas le procureur de la République » en raison de sa trop forte dépendance par rapport à l'exécutif¹²⁸⁹. En outre, même si une parfaite indépendance était conférée au ministère public, les réserves européennes n'en seraient pas pour autant levées, car la notion d' « autorité judiciaire » au sens de l'article 5 § 3 n'implique pas seulement l'indépendance, mais également l'impartialité. Dans sa décision *Medvedyev*, la Cour européenne a dénié au ministère public la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3, non seulement parce qu'il lui manque l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif, mais aussi parce qu'il peut toujours devenir

l'article 5 § 3 de la Convention, reprochant à la France de ne pas avoir présenté les requérants à un juge dès leur arrivée sur le territoire après une privation de liberté respectivement de quatre jours et une vingtaine d'heures et de six jours et seize heures, alors qu'aucune circonstance ne justifiait ce délai supplémentaire (§ 59 pour la première espèce, § 104 pour la seconde).

¹²⁸⁸ Voir *supra*, n° 269.

¹²⁸⁹ Y. MAYAUD in S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale. Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation, op. cit.*, p. 142. Dans le même sens, voir J.-F. RENUCCI, *ibid.*, p. 86, qui relève que, dans les décisions de la Cour européenne rendues dans l'affaire *Medvedyev c/ France*, « la Cour européenne ne condamne pas pour autant le parquet et suggère encore moins une réforme de son statut : si le parquet n'est pas cet 'autre magistrat' au sens de l'article 5 de la Convention son intervention reste possible pendant une garde à vue, y compris pour la contrôler, mais cette intervention n'est possible que dans les trois jours, car au-delà l'intervention d'un juge du siège s'impose ». Voir également, D. REBUT, « L'arrêt *Medvedyev* et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010, p. 970 et s. : « Les incidences éventuelles de l'arrêt *Medvedyev* sur le ministère public ont donc moins trait à son statut qu'à ses missions. La Cour réclame que celles-ci ne soient pas de celles qui incombent à un juge. Car leur exercice par une autorité susceptible d'être la partie poursuivante ne peut pas en garantir l'indépendance. La solution ne devrait guère être discutable, laquelle se limite à exiger que l'autorité qui poursuit ne se confonde pas avec celle qui juge ».

partie au procès¹²⁹⁰. La chambre criminelle l'avait d'ailleurs également relevé dans un arrêt du 15 décembre 2010¹²⁹¹.

C'est donc un argumentaire elliptique qui est, sur ce point, adopté par les tenants de l'indépendance du parquet : la conformité à la Convention impliquerait non seulement l'indépendance, mais aussi l'impossibilité pour le parquet ayant contrôlé une mesure privative de liberté avant jugement de se constituer partie. Dans une telle optique, la solution aux problèmes posés par la Cour européenne consisterait logiquement, à conférer d'une part l'indépendance, d'autre part à retirer au ministère public sa qualité de partie.

Les préoccupations statutaires font ainsi figurer de « mauvaise question »¹²⁹² : l'indépendance garantie au ministère public n'apporterait aux problèmes véritables posés par les recompositions du procès pénal une solution satisfaisante. Pire : elle introduirait davantage d'ambiguïté.

B. L'indépendance du ministère public, une solution ambiguë

470. L'analyse de l'organisation anglaise du système de poursuite permet de mettre en lumière les risques de l'octroi de l'indépendance. Ce qui est préoccupant, c'est peut-être davantage la concentration des fonctions entre les autorités traditionnellement en charge des poursuites, le développement de leurs pouvoirs d'investigation combiné au pouvoir discrétionnaire de choisir entre une multitude de solutions de traitement de l'infraction qui leur permet virtuellement de s'affranchir de tout contrôle véritable de la légalité de leur

¹²⁹⁰ En ce sens, E. BONIS-GARÇON et O. DECIMA, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance. - A propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2103 », *JCP G* 2013, 460, qui relèvent que les réformes tendant à garantir l'indépendance du ministère public français « ne permettront pas, en l'état, de masquer l'ambiguïté naturelle – et bienheureuse du ministère public », ni de répondre « aux autres défauts supposés de l'institution, qui la disqualifient au regard de l'article 5 de la Convention EDH », puisque « le parquet restera, sauf à dénaturer l'institution, la partie poursuivante, le demandeur à l'action publique » et qu'il lui manquera, en conséquence, l'impartialité objective qui caractérise l'autorité judiciaire requise par l'article 5 § 3 de la Convention. Dès lors, selon ces auteurs, « il conviendrait davantage de s'interroger sur l'articulation des missions du parquet et des magistrats du siège afin de confier le contrôle des privations de liberté, et plus largement, l'enquête, à un juge indépendant et impartial ».

¹²⁹¹ Cass. crim., 15 déc. 2010, *Bull. crim.* n° 207 ; *RSC* 2011, p. 142, obs. A. Giudicelli : « (...) si c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante, l'arrêt n'encourt pas pour autant la censure, dès lors que le demandeur a été libéré à l'issue d'une privation de liberté d'une durée compatible avec l'exigence de brièveté imposée par ledit texte conventionnel ». Nous soulignons. Sur cette décision, voir également, J. PRADEL, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation », *D.* 2011, p. 338 et s.

¹²⁹² 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 » in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, Paris, 2007, p. 390.

action. En d'autres termes, le risque c'est bien que l'indépendance du ministère public ne transforme la « concurrence des procédures pénales » évoquée par Jean Danet en arbitraire de la procédure pénale¹²⁹³.

471. *Les critiques de l'autonomie formulées par la doctrine anglaise.* La doctrine anglaise insiste d'ailleurs sur les excès de l'autonomie du ministère public. Andrew Sanders et *alii* relèvent ainsi que « l'autonomie conférée aux décisions de mise en application et de poursuite protège des interférences des individus et du gouvernement local ou central, mais ces autorités doivent-elles être virtuellement les seuls juges du caractère adéquat d'une arrestation et d'une poursuite ? Nous ne plaidons pas en faveur d'une intervention de décisions politiques dans des affaires individuelles, mais plus de responsabilité des politiques de poursuite serait pleinement compatible avec l'Etat de droit »¹²⁹⁴. Or, le CPS est « supposé prendre en compte les intérêts de la police, des victimes, des défendeurs, des contribuables et plus largement de la société résumés dans la notion d'intérêt public. Toutes les autorités de poursuites sont obligées de jongler avec des intérêts opposés, et la difficulté de satisfaire toutes les « parties prenantes » apparaît insurmontable »¹²⁹⁵. Dans cette perspective, Jonathan Rogers note que « le principal problème provient du test de « l'intérêt public » où les procureurs doivent prendre en compte toute une variété de facteurs « pro-poursuites » et « anti-poursuites » avec très peu d'indications en dehors de la notion un peu bureaucratique de « gravité » de l'infraction présumée. Au milieu de cette forêt de facteurs contradictoires, il n'y a aucune indication précisant que la tâche principale du poursuivant devrait être de choisir les affaires où il peut obtenir de manière rentable une peine, et que lorsque cette appréciation est effectuée, une autre demeure en attente – celle de l'étendue de la nécessité de rechercher la peine (malgré les coûts) au regard des méfaits des poursuites »¹²⁹⁶. D'autres auteurs, tels Christopher Hood et *alii*, relèvent même que les difficultés du CPS proviennent du déficit de surveillance (*oversight deficit*), puisque personne, au gouvernement, n'est selon eux véritablement en charge de la politique de poursuite¹²⁹⁷.

¹²⁹³ J. DANET, « La concurrence des procédures pénales », art. préc., *loc. cit.*

¹²⁹⁴ A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice, op. cit.*, n° 7.2.2, p. 374.

¹²⁹⁵ *Ibid.*

¹²⁹⁶ J. ROGERS, « Restructuring the Exercise of Prosecutorial Discretion in England », art. préc., p. 802. En conséquence, l'auteur propose de substituer au double critère actuel – l'*evidential test* et le *public interest test* – un triple critère en divisant le *public interest test*. Il y aurait ainsi « d'abord l'appréciation des preuves, suivie par la question coût-efficacité dans la recherche de la sanction et l'appréciation de l'équilibre entre la nécessité de poursuivre cet objectif avec l'anticipation des méfaits de la poursuite ».

¹²⁹⁷ C. HOOD, O. JAMES, G. JONES, C. SCOTT et T. TRAVERS, *Regulation Inside Government. Waste-Watchers, Quality Police, and Sleazebusters*, OUP, Oxford, 1999, p. 220, cité par A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice, op. cit.*, p. 424.

472. *Les excès de l'autonomie constatés par la doctrine française.* Ces difficultés ne sont d'ailleurs pas absentes en France. Elles tendent même à devenir plus criantes à mesure que les pouvoirs du parquet se renforcent. Dans son étude sur l'utilisation des mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale à Bordeaux et à Bobigny, Laura Aubert concluait par exemple que « ce dispositif s'apparente à une « auberge espagnole » : il est d'abord ce que l'on en fait et il traite ce que l'on y met (...). À Bobigny, les alternatives servent à traiter les affaires n'entrant pas dans les priorités répressives de la juridiction. Elles finissent, dans nombre de cas, par se substituer au renvoi devant les tribunaux pour pallier leur sous-capacité chronique de jugement. À Bordeaux, les alternatives permettent de répondre à la masse des petites affaires arrivant au parquet, mais elles sont utilisées principalement pour des faits que l'on aurait antérieurement classés sans suite en raison de leur faible gravité ou de la modicité du préjudice. La place prise par la troisième voie dans le traitement pénal se comprend en grande partie au regard des moyens alloués aux juridictions pour fonctionner au quotidien. Il reste qu'elle rejailit très directement sur le statut des alternatives en leur sein, qu'elle ne donne pas le même poids aux réserves émises à leur rencontre et qu'elle pose la question du rôle de l'Etat pour « préserver une cohésion minimale » et veiller à la cohérence nationale des politiques pénales »¹²⁹⁸.

473. *L'indépendance ou les mirages d'une légitimité de substitution.* Aussi, l'indépendance ne permettrait-elle pas de répondre utilement à la problématique posée par l'évolution des pouvoirs du ministère public. Le procès équitable nécessite la présence d'un juge indépendant et d'un ministère public qui y figure comme le contradicteur de la personne poursuivie. Il ne saurait trouver un substitut satisfaisant dans un ministère public indépendant aux pouvoirs confondus. L'indépendance constituerait de surcroît un alibi commode pour amplifier davantage le phénomène de la concentration, en renforçant davantage les pouvoirs d'investigation et les pouvoirs de rétribution entre les mains du

¹²⁹⁸ L. AUBERT, « Systématisme pénal et alternatives aux poursuites en France : une politique pénale en trompe-l'œil », art. préc., pp. 32-33. Voir également, pour une étude des spécificités locales au sein de six juridictions dans la mise en place de la composition pénale, P. MILBURN, C. MOUHANNA et V. PERROCHEAU, « Controverse et compromis dans la mise en place de la composition pénale », *APC* 2005/1, n° 27, p. 151 et s. Les auteurs relèvent que la procédure est « largement laissée à l'appréciation des tribunaux ». Voir toutefois, A. BUREAU, « Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique : la composition pénale », *ibid.*, p. 131, qui constate « une pratique convergente sur de nombreux points » ; F. DESPREZ, « L'application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à Nîmes et à Béziers au regard du principe de judiciarité », *APC* 2007/1, n° 29, p. 145 et s., spéc. pp. 156, 165 et 166, qui relève que l'accroissement des pouvoirs d'orientation du parquet « s'accompagne d'un risque d'arbitraire », constaté par les magistrats du siège, « puisque certaines infractions sont traitées en CRPC alors qu'avant elles auraient été classées sans suite, d'autres sont traitées en CRPC alors que pour les mêmes faits le parquet privilégie parfois la comparution immédiate ».

ministère public, et le remède prospectif se révélerait probablement pire que le mal positif¹²⁹⁹.

*

474. Conclusion de la Section 2nde. L'approfondissement de la comparaison fait ressortir que derrière l'antagonisme apparent de l'organisation des ministères publics français et anglais, se profile en réalité une certaine convergence.

L'officier de ministère public français, magistrat subordonné statutairement et hiérarchiquement, voit sa liberté d'action effectivement préservée en raison de l'absence de subordination de son action au consentement de son supérieur hiérarchique, de l'absence de pouvoir de substitution ou de réformation reconnu au profit de ce dernier et de la liberté de parole qui lui est reconnue. A l'inverse, le *Crown Prosecutor*, fonctionnaire protégé, voit son autonomie de principe largement diminuée en raison de la subordination de son action au consentement du *DPP* ou de l'*Attorney General*, de la possibilité conférée à ce dernier de réformer ou d'empêcher son action par le biais d'une *immunity* ou d'un *nolle prosequi*, et de l'encadrement de l'action du *barrister* à l'audience. Aussi, au final, la soumission fonctionnelle du *Crown Prosecutor* paraît-elle plus préoccupante que la soumission statutaire et hiérarchique de l'officier du ministère public français : puisque la poursuite de certaines affaires, comme la corruption, impose le consentement de l'*Attorney General*, l'intégrité de l'entier système repose sur le subtil équilibre constitutionnel ayant construit la position de celui-ci, équilibre qui a toutefois montré sa précarité.

Surtout, quelle que soit l'organisation du ministère public, la question de l'indépendance est de peu de portée pour résoudre la problématique fonctionnelle que celui-ci soulève.

¹²⁹⁹ Voir, par exemple, en ce sens, C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, *op. cit.*, n° 107, p. 111, qui considère que, si l'indépendance des magistrats du parquet était renforcée, il serait peut-être envisageable de supprimer le contrôle du juge dans le cadre de la « quasi-délégation » de la fonction de juger – pratiquement, la composition pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité – « en recourant à une distinction binaire entre les situations pour lesquelles le procureur de la République peut prendre seul, sur le modèle de la délégation totale de la fonction de juger, une décision sur la sanction adéquate à la commission de l'infraction et celles pour lesquelles le recours au juge du siège est nécessaire et pour lesquelles la délégation ne serait pas permise ». Pour cet auteur, « [i]l s'agirait dès lors de restaurer la distinction ancienne et plus lisible entre les alternatives aux poursuites et les poursuites, en supprimant les procédures intermédiaires. Seules les premières pourraient être traitées par le biais de la délégation, et non les secondes. Quant aux sanctions, on pourrait distinguer celles qui relèvent exclusivement des unes et celles qui relèvent – les peines privatives de libertés par exemple – exclusivement des autres. Les premières pourraient être proposées par le procureur de la République, les secondes imposées par le juge ».

*

**

475. Conclusion du Chapitre 1^{er} : l'indépendance du ministère public, une « mauvaise question ». La comparaison se révèle véritablement un outil de relativisation, si ce n'est de subversion.

Un fonctionnaire, le *Crown Prosecutor* anglais, peut s'avérer tout autant protégé contre l'arbitraire gouvernemental qu'un magistrat, l'officier du ministère public français, en raison du contrôle juridictionnel existant sur le pouvoir hiérarchique de celui-ci, la nature et la qualification du manquement disciplinaire et la nature et la proportionnalité de la sanction éventuellement infligée à celui-là. Un organe statutairement protégé, ce même *Crown Prosecutor*, peut voir son action largement encadrée, notamment dans les matières où l'on s'attendrait le plus à voir écarté tout encadrement, et un organe statutairement soumis, l'officier du ministère public français, peut disposer d'une liberté d'action considérable. En d'autres termes, la comparaison montre que le statut s'avère relativement secondaire dans l'appréciation de l'indépendance du ministère public et qu'une subordination statutaire n'entame pas la légitimité de son action, pourvu qu'existe un contrôle juridictionnel du pouvoir disciplinaire octroyé à l'autorité exécutive.

Mais la comparaison montre également que l'indépendance du ministère public ainsi comprise, pour essentielle qu'elle soit, se révèle fondamentalement accessoire pour résoudre le problème posé par la concentration des pouvoirs entre les mains de celui-ci. La difficulté se présente en des termes similaires au sein des systèmes français et anglais, malgré l'organisation divergente de leur ministère public respectif. Bien plus, la tentation française de l'indépendance tendrait à éclipser la problématique et à ouvrir la voie à son renforcement : en conférant au parquet une légitimité de substitution, elle pourrait justifier qu'il lui soit octroyé davantage de pouvoirs.

Aussi, véritablement d'ordre fonctionnel, la problématique ne saurait-elle sans artifice se muer en difficulté d'ordre statutaire. Car, c'est bien la maîtrise complète par le ministère public de *l'iter processualis* qui pose problème et il nous faut nous garder de procéder par ellipse.

La solution résiderait-elle alors dans la garantie que le parquet exerce ses fonctions avec impartialité ?

Chapitre 2nd

Garantir l'impartialité du ministère public ?

476. La question de l'impartialité du ministère public n'est assurément pas nouvelle. En France, de nombreux travaux ont déjà formulé des propositions tendant à la consacrer. Michèle-Laure Rassat a ainsi présenté dans sa thèse de doctorat une vision originale d'un ministère public, organe de la loi et non plus du gouvernement, soustrait de l'emprise du pouvoir central, par la création parallèle d'un fonctionnaire chargé de représenter le gouvernement auprès des tribunaux. Dans un tel système, la direction de la police judiciaire aurait été confiée au juge d'instruction et le ministère public, à l'issue de l'enquête de police, se serait prononcé en opportunité sur la poursuite¹³⁰⁰. De même, Eric Mathias a-t-il proposé de consacrer l'impartialité du ministère public en instaurant un contrôle de la régularité des classements en opportunité et en abolissant la séparation de la poursuite et de l'enquête – que symbolise le juge d'instruction et qui établit, selon lui, la partialité du ministère public – au profit d'une inversion de la chronologie des fonctions de justice : la séparation de l'enquête et de la poursuite¹³⁰¹.

¹³⁰⁰ M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, op. cit., n° 339 et s., p. 252 et s., spéc. pp. 254-257, n° 343-345.

¹³⁰¹ E. MATHIAS, *Les Procureurs du droit : de l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, op. cit., p. 247 et s., spéc., pp. 250-251. Ainsi, « à l'issue de l'enquête préliminaire ou de l'enquête de flagrance diligentée par les officiers et agents de police judiciaire, le magistrat du parquet – demeuré jusque-là dans l'ignorance juridique de l'affaire – recevrait communication des pièces de la procédure et déciderait, à bref délai, soit d'un classement sans suite pour une raison de légalité ou bien d'un motif d'opportunité, soit d'une inculpation consistant dans la citation du prévenu devant la juridiction compétente (tribunal de police ou tribunal correctionnel) ou dans le renvoi de l'accusé devant la cour d'assises (...) ». Pareille séparation, note l'auteur, induirait de profondes mutations structurelles, au premier rang desquelles figurerait la disparition de « l'impraticable dualité fonctionnelle du juge d'instruction et la distribution corrélative de ses attributions

Le développement des pouvoirs d'enquête du ministère public, combiné à la consécration des pouvoirs de traitement au profit de celui-ci, renouvelle encore la question¹³⁰² ; et la tentation analogique, qui guidait la réflexion sur l'évolution du statut du ministère public, se prolonge sur la question de l'impartialité. Puisque le ministère public se voit reconnaître des fonctions de juge et que la posture du juge se caractérise par son impartialité, le ministère public devrait, lui-même, satisfaire à cette exigence, nouvelle forme de la légitimité démocratique¹³⁰³.

477. Toutefois, la question de l'impartialité soulève des difficultés théoriques et pratiques considérables. Au-delà de la distinction entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective issue de la jurisprudence de la Cour européenne¹³⁰⁴, l'impartialité se situe en effet véritablement au cœur de la conception que se fait chaque système de la juridictionnalisation de la répression, et du rôle qu'il convient d'assigner aux organes en charge du ministère public.

Dans la perspective continentale, l'impartialité de l'institution du ministère public pourrait apparaître comme une *contradictio in ratio*, parce que la vocation de celle-ci est de se constituer partie afin que soit garantie l'impartialité du juge et que la répression s'en trouve juridictionnalisée. En d'autres termes, la vocation instrumentale du ministère public, en tant qu'il est le contradicteur nécessaire de la personne poursuivie et, par là-même, le vecteur de

entre un magistrat enquêteur et un juge de l'enquête », le premier procédant, soit d'office, soit au vu des procès-verbaux, soit sur plainte ou dénonciation dont il deviendrait le nouveau destinataire, à l'ouverture de l'enquête et dirigerait les investigations, le second, sollicité par le premier, ordonnerait les mesures coercitives indispensables au déroulement de l'enquête.

¹³⁰² En ce sens, J. D. JACKSON, « The Ethical Implications of the Enhanced Role of the Public Prosecutor », (2006) 9 *Legal Ethics* 37 : « Tant que les *prosecutors* étaient structurellement dans une position de faiblesse ne leur permettant pas d'agir d'une manière quasi-judiciaire, un rôle quasi-judiciaire de pure forme pouvait leur être accordé tandis que leur véritable rôle était de présenter le dossier de l'accusation dans les limites éthiques fixées par des organismes professionnels tels le *Bar* et la *Law Society*. Maintenant que les *prosecutors* assument un plus grand rôle dans la soi-disant prise de décision quasi-judiciaire, cependant, le besoin se fait sentir qu'une plus grande attention soit accordée à la question de savoir comment cette fonction devrait être accomplie ».

¹³⁰³ Sur l'émergence de l'impartialité comme nouvelle forme de la légitimité dans une société démocratique, voir P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, éd. du Seuil, coll. « Points essais », Paris, 2008, p. 121 et s., spéc. p. 139 et s.

¹³⁰⁴ Voir ainsi, CEDH, Chambre, 1^{er} oct. 1982, req. n° 8692/79, *Piersack c/ Belgique*, spéc. § 30 : « Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ». Sur ces notions, voir S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 421, p. 372. Voir également, R. KOERING-JOULIN, « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 § 1 », *RSC* 1990, p. 765 et s. et « Le juge impartial », *Justices* 1998, n° 10, p. 1 et s. ; J. PRADEL, « La notion de tribunal indépendant et impartial selon le droit français », *RSC* 1990, p. 692 et s. ; D. REBUT, « Le droit à un tribunal impartial devant la chambre criminelle », *RSC* 1998, p. 449 et s.

l'impartialité du juge, est précisément d'être partial. Aussi comprend-t-on que les rédacteurs du code d'instruction criminelle aient refusé au procureur la possibilité d'effectuer les investigations : le ministère public partie avait vocation à rendre impartiale les investigations confiées au juge d'instruction.

Dans la perspective anglaise, l'impartialité pourrait, à l'inverse, apparaître comme la *ratio* qui a présidé, non à l'émergence d'un ministère public – dont la raison d'être est similaire à celle qui a présidé à la naissance du ministère public en France –, mais à l'institution tardive d'un organe spécifiquement chargé de prendre en charge les poursuites. La création du *CPS* par le *Prosecution of Offences Act 1985*, répondait en effet précisément à la volonté d'instaurer un contrôle impartial de la suffisance des éléments de preuve et de l'intérêt public à poursuivre, impartialité qui faisait défaut dans le système antérieur, puisque la police se voyait tout à la fois reconnaître la fonction d'investigation et la fonction de poursuivre. En d'autres termes, la vocation instrumentale du ministère public, en ce qu'il décide de la poursuite en se trouvant détaché des investigations, est précisément de rendre impartiale la décision de poursuivre. Aussi comprend-t-on les réticences initiales à confier des pouvoirs d'investigation au *Crown Prosecutor* : celui-ci avait vocation à rendre impartiale une décision jusque-là prise par le policier enquêteur.

La question de l'impartialité se trouve donc à la croisée des conceptions et évolutions des combinatoires processuelles nationales. Au stade préparatoire, il s'est agit, en France, de se prémunir de la partialité du procureur en confiant les investigations au juge d'instruction tout en s'appuyant sur ce même procureur pour garantir l'impartialité du juge ; en Angleterre, de se prémunir de la partialité de la police en confiant la décision de poursuivre au *CPS*, organe détaché des investigations donc plus impartial.

478. Cette complexité théorique se traduit, au sein des deux systèmes, par des hésitations, des carences, des flottements. Aussi, alors que les systèmes français et anglais consacrent tous deux la soumission de leur ministère public au principe de l'impartialité appréciée subjectivement, les garanties qui entourent cette consécration peuvent paraître relativement fragmentaires. De même, chacun des systèmes manifeste certaines hésitations lorsqu'il s'agit de garantir l'impartialité appréciée objectivement : comme le juge d'instruction français qui fut critiqué comme ne pouvant réunir entre ses mains et l'investigation, et la juridiction, comme la police anglaise qui ne saurait retenir entre ses mains et l'investigation, et la poursuite, le ministère public français, désormais juge des

mesures attentatoires aux libertés, de l'opportunité de la poursuite ou des mesures de traitement, devrait, lui aussi, selon certaines propositions, abandonner l'investigation.

Aussi, l'étude des insuffisances des consécutions positives (Section 1^{ère}) précèdera l'étude des apories des tentations prospectives (Section 2nde).

Section 1^{ère} **L'INSUFFISANCE DES CONSECRATIONS POSITIVES**

479. Alors qu'elle avait semblé pendant longtemps laisser les législateurs français et anglais relativement indifférents, la question de la soumission du ministère public au principe d'impartialité est aujourd'hui en vogue. Les droits anglais et français proclament ainsi désormais tous deux l'impartialité de leur ministère public et déclinent cette exigence à l'égard de tous les acteurs de la poursuite (§ 1^{er}). Toutefois, ces proclamations répétées ne sauraient masquer que le principe d'impartialité demeure toujours entouré de garanties parcellaires (§ 2nd).

§ 1^{er} *L'AFFIRMATION DE L'IMPARTIALITE DU MINISTERE PUBLIC*

480. Les législateurs déclinent leur proclamation à l'égard de tous les acteurs de la poursuite. Aussi, cette proclamation de la soumission à l'exigence d'impartialité vise-t-elle au sein des deux systèmes tant l'enquêteur (A) que le poursuivant (B).

A. L'affirmation de l'impartialité de l'enquêteur

481. Tant le droit français (1) que le droit anglais (2) soumettent l'enquêteur au principe d'impartialité.

1. La soumission de l'enquêteur au principe d'impartialité en France

482. *Consécration décrétole déontologique et consécration prétorienne processuelle de l'impartialité de l'enquêteur.* Bien que la police judiciaire française se soit depuis

longtemps vu octroyer la fonction d'investigation¹³⁰⁵, sa soumission expresse au principe d'impartialité apparaît relativement récente, sur le plan déontologique, comme sur le plan processuel.

Sur le plan déontologique, les auteurs déduisaient traditionnellement la soumission de l'enquêteur au principe d'impartialité de la présomption d'innocence. André Decocq et *alii* considéraient ainsi que cette présomption « implique au moins que l'officier ou l'agent de police judiciaire enquête à charge et à décharge »¹³⁰⁶. Il fallu attendre le décret n° 86-592 du 18 mars 1986, pour que le code de déontologie de la police nationale, proclame, en son article 7 que « [l]e fonctionnaire de la police nationale [...] est intègre et impartial ». Le code de déontologie étant, depuis le 1^{er} janvier 2014, intégré au code de la sécurité intérieure et étendu aux gendarmes¹³⁰⁷, la soumission de l'enquêteur au principe d'impartialité résulte aujourd'hui de l'article R. 434-11 du code de la sécurité intérieure ce code, aux termes duquel « [l]e policier et le gendarme accomplissent leurs missions en toute impartialité ». Aussi, la sanction d'un manquement de l'enquêteur au devoir d'impartialité peut-elle s'opérer sur le terrain disciplinaire.

Sur le plan processuel, quelques arrêts de chambres de l'instruction avaient assimilé à une cause de nullité de la procédure des hypothèses de partialité manifeste d'enquêteurs, solution qu'avait implicitement acceptée la chambre criminelle de la Cour de cassation à plusieurs reprises, bien que le grief de partialité ait été à chaque fois rejeté¹³⁰⁸. Puis, par un arrêt du 14 mai 2008, la chambre criminelle vint explicitement proclamer l'applicabilité du principe d'impartialité aux enquêteurs. A l'issue d'une enquête menée par les gendarmes de la brigade de recherches départementale de Guyane, une personne avait été convoquée devant le tribunal correctionnel, d'une part, pour répondre de deux infractions au code minier, et, d'autre part, pour avoir outragé le colonel commandant la gendarmerie de

¹³⁰⁵ Voir *supra*, n° 51.

¹³⁰⁶ A. DECOCQ, J. MONTREUIL et J. BUISSON, *Le droit de la police*, *op. cit.*, n° 1376, p. 676. Dans le même sens, voir D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, *op. cit.*, n° 446, p. 263.

¹³⁰⁷ Décret n° 2013-1113 du 4 décembre 2013.

¹³⁰⁸ Cass. crim., 27 sept. 2005, n° 04-85.522 : la chambre de l'instruction avait écarté la demande de nullité fondée sur « la circonstance que l'officier de police judiciaire appartenait au même corps que la victime des faits dénoncés », au motif qu'une telle circonstance n'était pas suffisante « pour laisser penser que cet enquêteur, placé sous l'autorité du ministère public, aurait manqué aux obligations que lui imposait sa mission ». La chambre criminelle approuve cette solution, considérant qu'« en l'état de ces énonciations desquelles il résulte que le grief de partialité allégué n'est pas établi, la chambre de l'instruction a justifié sa décision » ; Cass. crim., 14 juin 2006, n° 05-86.306 : la chambre de l'instruction avait rejeté l'exception de nullité de la procédure, tirée d'un prétendu défaut d'impartialité eu égard aux relations d'amitié qui auraient existé entre l'un des enquêteurs et les parties civiles, au motif que l'attestation faisant état desdites relations doit être écartée en raison, d'une part, de la généralité des termes employés, d'autre part, de l'existence d'un courrier par lequel l'auteur de l'attestation affirme avoir établi celle-ci sous la pression du prévenu. Selon la chambre criminelle, « la cour d'appel, qui a souverainement apprécié la valeur probante de l'attestation produite par le demandeur, a justifié sa décision ».

Guyane ainsi que plusieurs gendarmes de cette même brigade. La cour d'appel avait annulé la seule procédure relative à l'outrage commis au préjudice du colonel et relaxé partiellement le prévenu. Après avoir énoncé que l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme trouve à s'appliquer au stade de l'enquête, elle avait retenu que « le principe d'impartialité, dans sa dimension objective », n'avait pas été respecté au cours de l'enquête « menée par des gendarmes dont le commandant victime était le supérieur hiérarchique ». La chambre criminelle casse certes cette décision, considérant que la cour d'appel n'a pas justifié sa décision puisqu'elle n'a pas recherché « en quoi le défaut d'impartialité des officiers et agents de police judiciaire était en l'espèce établi ni en quoi les actes annulés pour ce motif, qui étaient soumis à la contradiction et à sa libre appréciation, avaient porté atteinte au caractère équitable et contradictoire de la procédure ou compromis l'équilibre des droits des parties ». Mais elle n'en consacre pas moins expressément l'applicabilité du principe d'impartialité aux enquêteurs. Au visa de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et de l'article préliminaire du code de procédure pénale, elle énonce que « si le défaut d'impartialité d'un enquêteur peut constituer une cause de nullité de la procédure, c'est à la condition que ce grief ait pour effet de porter atteinte au caractère équitable de la procédure ou de compromettre l'équilibre des droits des parties »¹³⁰⁹. Aussi, la sanction d'un défaut d'impartialité de l'enquêteur peut-elle s'opérer sur le terrain procédural. Toutefois, la chambre criminelle inscrit la méconnaissance de l'impartialité dans le régime des nullités dont le prononcé est soumis à la démonstration d'un grief.

2. La soumission de l'enquêteur au principe d'impartialité en Angleterre

483. Consécration déontologique et consécration processuelle de l'impartialité de l'enquêteur. La tradition fait reposer sur la police anglaise une obligation d'agir avec impartialité.

Déjà en 1829, le cinquième principe des *Peelian principles* imposait au *constable*, d'une manière générale, de « rechercher et préserver la faveur du public, non pas en flattant l'opinion publique, mais en servant constamment la loi de façon impartiale, en toute indépendance de la politique et sans égard au caractère juste ou injuste de la substance des

¹³⁰⁹ Cass. crim., 14 mai 2008, *Bull. crim.* n° 115 ; RSC 2008, p. 631, obs. A. Giudicelli ; *Dalloz actualité*, 6 juin 2008, obs. M. Léna ; *AJ pén.* 2008, p. 328, obs. G. Roussel. Voir toutefois sur cet arrêt, F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n° 312, p. 209, qui estiment que « c'est moins le principe d'impartialité que l'exigence d'équité qui est alors en cause ».

privilèges (...) »¹³¹⁰. Conformément à cette tradition, le *Home Office* a récemment imposé aux *Police and Crime Commissioners* nouvellement élus de prêter un serment par lequel ils s'engagent à agir en toute impartialité (« *oath of impartiality* »)¹³¹¹.

En dehors de cette consécration déontologique générale, il était toutefois spécifiquement admis qu'en tant qu'enquêteur, le policier n'avait pas à agir avec impartialité en recueillant notamment, au cours de ses investigations, les éléments de preuve éventuellement favorables à la personne soupçonnée. Comme le relèvent Richard Young et *alii*, « dans notre système accusatoire, il était admis que le poursuivant puisse opposer à l'accusé que c'était à lui ou à son conseil qu'il appartenait d'investiguer sur les éléments qui viendraient contredire le dossier construit par la poursuite »¹³¹². Aussi, la responsabilité de se livrer à des investigations à décharge pesait-elle uniquement sur la défense.

L'absence de tout mécanisme procédural permettant d'imposer à la police d'agir impartialement dans le cadre de ses investigations pouvait s'expliquer historiquement par l'égalité des armes qui étaient offertes aux parties, à une époque où le policier était considéré comme un citoyen en uniforme et ne disposait pas de davantage de pouvoirs qu'un citoyen ordinaire. Toutefois, le développement considérable des pouvoirs de la police, combiné à l'impossibilité pour la personne mise en cause de prétendre au bénéfice de tels pouvoirs, fit naître ce que certains auteurs qualifient volontiers d'« *adversarial deficit* »¹³¹³. Aussi, afin de réduire ce déficit d'adversarialité, le paragraphe 3.5 du *Code of*

¹³¹⁰ HOME OFFICE, *Policing by consent*, préc.

¹³¹¹ HOME OFFICE et THE RT HON NICK HERBERT MP, *Police and crime commissioners to swear an oath of impartiality*, 16 août 2012 : « Je (...) promets solennellement et sincèrement que (...) [j]e vais prendre toutes les mesures en mon pouvoir pour assurer la transparence de mes décisions, de sorte que je puisse être correctement tenu responsable par le public. Je ne vais pas chercher à influencer ou empêcher toute enquête ou arrestation légale et raisonnable, ni encourager toute action de la police, sauf ce qui est légal et justifié dans les limites de cet office ».

¹³¹² D. YOUNG, M. SUMMERS et D. CORKER, *Abuse of Process in Criminal Proceedings*, Tottel Publishing, 3^{ème} éd., Haywards Heath, 2009, n° 3.86, p. 102.

¹³¹³ En ce sens, P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, *op. cit.*, p. 15, qui relèvent qu'en procédure pénale, à la différence de la procédure civile, « la présupposition *adversariale* de l'égalité des armes' entre les parties ne peut être difficilement plus qu'une fiction transparente et potentiellement dangereuse (...). Les autorités en charge de faire respecter la loi sont impliquées dans la procédure pénale, non seulement en tant que représentants de l'Etat au procès, mais également en tant qu'inquisiteurs dans l'avant-procès, armés d'une gamme de pouvoirs d'enquête et d'opportunités pour recueillir des preuves, parmi lesquelles, en particulier, des pouvoirs d'arrestation, de détention et d'interrogation des suspects, dans l'espoir de sécuriser une confession (...). Cela ajoute clairement à une situation dans laquelle la partie qui représente l'Etat au procès pénal est bien équipée pour développer – ou 'construire' – une affaire à l'encontre d'un accusé et, en conséquence, influencer fortement l'issue de tout procès ultérieur ». Voir également, M. R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, *op. cit.*, p. 103, qui relève que le problème continu d'un procès fondé uniquement sur la résolution des litiges est d'équilibrer les avantages des plaideurs afin de leur fournir des armes égales. Or, selon l'auteur, « l'équilibre pose des problèmes particuliers lorsque l'une des parties est un organe officiel de l'Etat. Dans ce cas, la pleine vigueur du fondement litigieux ne peut être soutenue que si [cet organe] est traité comme représentant l'intérêt d'un citoyen ou d'un groupe de citoyens et non comme le porte-parole de l'intérêt général de l'Etat. Dans un

Practice, édicté en vertu de la section 23 du *Criminal Procedure and Investigations Act* 1996, s'efforce-t-il d'imposer à la police d'agir avec impartialité et dispose désormais que « [d]ans la conduite des investigations, l'investigateur doit suivre toutes les pistes raisonnables d'enquête [*reasonable lines of inquiry*], qu'elles conduisent ou non vers le suspect ». Le paragraphe précise cependant que « le caractère raisonnable de l'orientation de l'enquête dépendra des circonstances particulières (...) »¹³¹⁴, limitant ainsi strictement l'obligation qui pèse sur la police. La jurisprudence, d'ailleurs, se montre stricte sur la portée de cette obligation. Dans l'affaire *Ebrahim*, Brooke LJ considéra ainsi que l'extension des pistes suivies par les enquêteurs doit être « proportionnelle à la gravité de l'affaire qui fait l'objet des investigations »¹³¹⁵. Ainsi, dans cette espèce qui concernait un *common assault*, le demandeur chercha à faire cesser les poursuites sur le fondement d'un *abuse of process*. La *magistrates' court* ayant rejeté sa demande, il saisit la *Queen's Bench Division*, qui en fit de même, considérant que l'officier de police s'était livré à des investigations raisonnables conformément au paragraphe 3.5, se contentant de récupérer les enregistrements vidéos du magasin où avait eu lieu l'agression, sans rechercher d'éventuels autres enregistrements.

Aussi, l'obligation pour l'enquêteur d'agir avec impartialité s'appuie-t-elle en jurisprudence sur une mécanique désormais habituelle en procédure pénale : une gradation symétrique du degré d'impartialité requis de la police et de la gravité des faits qui implique que, pour les affaires de faible gravité, la poursuite puisse enquêter seulement à charge.

B. L'affirmation de l'impartialité du poursuivant

484. Comme le droit anglais (2), le droit français, quoique de manière fragmentaire, soumet le poursuivant au principe d'impartialité (1).

procès pénal, par exemple, l'image d'un procès considéré comme une lutte ne peut être préservée dans toute sa pureté que si le poursuivant public est considéré comme ne représentant que la victime. Mais dès que le poursuivant se voit reconnaître des pouvoirs lui permettant de délaisser les intérêts de la victime pour s'attacher à des préoccupations plus larges, les prémisses de l'arrangement *adversarial* sont affaiblies : la procédure n'implique plus, dorénavant, le choc de deux intérêts partiels (partisans), mais plutôt un choc entre l'intérêt regroupé de l'Etat et l'intérêt partisan d'un individu ».

¹³¹⁴ Section 3 § 5 du *Criminal Procedure and Investigations Act* 1996 (s. 23(1)) *Code of Practice*.

¹³¹⁵ R. (*on the application of Ebrahim*) v. *Feltham Magistrates' Court* [2001] EWHC Admin 130 ; [2001] *Crim LR* 741, comm. J.C. Smith et D. Tausz.

1. *La soumission fragmentaire du procureur au principe d'impartialité en France*

485. Proclamation contemporaine limitée de l'impartialité du ministère public français. L'impartialité était traditionnellement cantonnée, en France, à la figure du juge. L'article L. 111-5 du code de l'organisation judiciaire dispose ainsi que « [l']impartialité des juridictions judiciaires est garantie par les dispositions du présent code et celles prévues par les dispositions particulières à certaines juridictions ainsi que par les règles d'incompatibilité fixées par le statut de la magistrature ». Ce n'est que très récemment que le respect du principe d'impartialité fut imposé au ministère public français. L'article 3 de la loi du 25 juillet 2013 a en effet modifié l'article 31 du code de procédure pénale et précisé que « [l]e ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu ».

La consécration s'avère toutefois bien limitée. Il faut en effet relever que l'article 31 du code de procédure pénale ne soumet le ministère public français au respect du principe d'impartialité que lorsqu'il exerce l'action publique et lorsqu'il requiert l'application de la loi, c'est-à-dire, finalement, lorsqu'il utilise les prérogatives traditionnelles – le déclenchement et l'exercice de l'action publique – de sa fonction traditionnelle, la poursuite. En d'autres termes, selon le législateur, l'impartialité du ministère public est un principe qui ne doit développer ses exigences que lorsque le parquet exerce son droit d'action. De manière paradoxale, le législateur impose au parquetier français d'être impartial lorsqu'il est partie. Or, c'est dans le cadre de l'utilisation de ces prérogatives que la question de son éventuelle partialité posait certainement le moins de difficultés, puisque, par hypothèse, il n'y figure que comme partie demanderesse et non pas comme un juge décisionnaire de mesures d'investigation éventuellement coercitives ou de mesures de traitement éventuellement rétributives, et que l'office du juge d'instruction ou de jugement, lui-même impartial, peut se déployer. Le législateur emploie en outre une formule en apparence redondante – requérir l'application de la loi, n'est-ce pas exercer l'action publique ? – qui masque mal la volonté d'exclure la phase de déclenchement de l'action publique, mais également, toute la phase antérieure à ce déclenchement, du domaine du principe d'impartialité. Or si la question de l'impartialité du ministère public pouvait sembler poser des difficultés particulières, c'est bien à l'occasion de l'exercice des prérogatives pour lesquelles celui-ci n'a, précisément, plus besoin de se constituer partie.

2. La soumission complète du Crown Prosecutor au principe d'impartialité en Angleterre

486. La doctrine anglaise a depuis longtemps insisté sur le rôle particulier du *prosecutor*, *Minister of Justice* plus que partisan¹³¹⁶. Plusieurs règles rappellent cette conception pour toute décision prise au cours du processus répressif et toute action entreprise au cours de l'audience.

487. *La soumission du Crown Prosecutor au principe d'impartialité lors de la prise de toute décision.* Dans ses « Principes généraux », le *Code for Crown Prosecutors*, dispose ainsi que :

« il est du devoir des procureurs de s'assurer que la bonne personne est poursuivie pour la bonne infraction et de traduire les délinquants en justice lorsque cela est possible. Les décisions sur les affaires, prises de manière équitable, impartiale et en toute intégrité permettent d'obtenir justice pour les victimes, les témoins, les accusés et le public. Les procureurs doivent s'assurer que la loi est appliquée correctement ; que les éléments pertinents sont produits devant le tribunal ; et que les obligations de divulgation sont respectées »¹³¹⁷.

Le paragraphe 2.4 du même code rappelle que les procureurs :

« doivent être justes, indépendants et objectifs. Ils ne doivent pas laisser leurs opinions personnelles sur l'origine ethnique ou nationale, le sexe, le handicap, l'âge, la religion ou la croyance, les opinions politiques, l'orientation sexuelle ou le sexe du suspect, de la

¹³¹⁶ En ce sens, HUMPHREYS (C.), « The Duties of Prosecuting Counsel », [1955] *Crim LR* 739, spéc. 741 ; D. NICOLSON et J.WEBB, *Professional Legal Ethics : Critical Interrogations*, OUP, Oxford, 1999, p. 228 ; J. FIONDA, *Public Prosecutors and Discretion. A Comparative Study*, *op. cit.*, p. 58. Sur la portée de cette conception, voir A. ASHWORTH et M. BLAKE, « Some Ethical Issues in Prosecuting and Defending Criminal Cases », art. préc., spéc. p. 27, qui relève que ce rôle d'officier de la justice pourrait conduire le *prosecutor* à informer la défense « lorsqu'il a des 'motifs raisonnables' de croire que la preuve a été obtenue de manière inéquitable » ou qu'il nourrit un « doute substantiel » sur la recevabilité de celle-ci ». Le paragraphe 4.6 du *Code for Crown Prosecutors* ne prévoit toutefois pas une telle obligation d'avertir la défense, et dispose que la question de l'éventuelle inadmissibilité sera seulement prise en compte au stade de la décision de poursuivre : « Lorsqu'ils décident s'il existe des preuves suffisantes pour des poursuites, les procureurs doivent se poser les questions suivantes : - La preuve peut-elle être utilisée devant un tribunal ? Les procureurs doivent se demander s'il existe des doutes quant à la recevabilité de certaines preuves. Pour ce faire, les procureurs doivent évaluer : a) la probabilité que cette preuve soit considérée comme irrecevable par le tribunal ; et b) l'importance de cette preuve par rapport aux éléments dans leur ensemble ; - Les preuves sont-elles fiables ? Les procureurs doivent se demander s'il existe des raisons de remettre en question l'intégrité de la preuve. - La preuve est-elle crédible ? Les procureurs doivent se demander s'il existe des raisons de douter de la crédibilité de la preuve ».

¹³¹⁷ *Code for Crown Prosecutors*, § 2.2, janv. 2013.

victime ou de tout témoin influencer leurs décisions. Ils ne doivent pas non plus subir de pression indue ou excessive de quelque source que ce soit. Les procureurs doivent toujours agir dans l'intérêt de la justice et non pas uniquement dans le but d'obtenir une condamnation ».

Le code n'omet pas les alternatives aux poursuites puisqu'il précise que, s'agissant des décisions ou conseils relatifs à l'utilisation des *out-of-court disposals*, les *Crown Prosecutors* doivent « suivre toutes les directives pertinentes » et « s'assurer que les critères de preuve appropriés à la résolution extrajudiciaire particulière sont respectés, y compris, le cas échéant, un aveu clair de culpabilité, et que l'intérêt public sera servi correctement par une telle résolution »¹³¹⁸. La précision est d'importance, puisqu'elle implique que le *prosecutor* doit d'abord agir en juge de la suffisance des preuves issues des investigations, et ne saurait, en raison de la faiblesse des preuves, substituer à une poursuite par ailleurs prohibée par le code, une *out-of-court disposal*.

488. La soumission du CPS lawyer au principe d'impartialité. Cette position du *prosecutor* est d'ailleurs garantie, à l'audience, par les règles déontologiques qui s'imposent aux avocats du CPS. Ces derniers sont en effet assujettis au respect du *Code for Crown Prosecutors* mais aussi aux normes établies par le *Bar Council* – s'ils sont *barristers* – et par la *Law Society* – s'ils sont *solicitors* – qui imposent que le *lawyer* ne recherche pas à tout prix la victoire à l'audience.

Les règles du *Bar Council* précisent ainsi que :

« l'avocat poursuivant ne doit pas tenter d'obtenir une condamnation par tous les moyens (...). Il ne doit pas se considérer comme le représentant d'une partie. Il doit présenter devant la [*Crown*] *court*, équitablement et impartialement, l'ensemble des faits qui constituent le dossier de la poursuite et devrait aider celle-ci sur toutes les questions de droit applicables à l'espèce »¹³¹⁹.

Les règles édictées par la *Law Society* imposent, quant à elles, que le *solicitor* qui présente une affaire pénale s'assure « que tout élément de preuve [*material*] est produit au soutien de la poursuite », et que « la preuve [soit] présentée de manière dépassionnée et avec une

¹³¹⁸ *Ibid.*, § 7.2.

¹³¹⁹ Voir ainsi, « Written Standards for the Conduct of Professional Work » in *Bar Council Code*, § 11.1.

équité scrupuleuse »¹³²⁰. Toutefois, comme le relèvent Richard Young et Andrew Sanders, « puisque comme plus de quatre-vingt-dix pour cent des affaires pénales qui pourraient être débattues à l'audience devant les juridictions pénales sont éliminées par un plaidoyer de culpabilité, les questions relatives à la présentation de la preuve dans les procès contentieux se pose relativement peu souvent », et pour éprouver en pratique l'allégation que le ministère public est un *Minister of Justice* « il convient de se placer dans l'avant-procès, au stade de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre »¹³²¹. Aussi, afin de parachever l'impartialité du ministère public, le *Code for Crown Prosecutors* impose-t-il à celui-ci d'agir avec loyauté en disposant que « les procureurs ne doivent jamais retenir plus de chefs d'accusation qu'il n'est nécessaire afin d'encourager un accusé à plaider coupable pour certains d'entre eux » et qu' « ils ne doivent jamais retenir un chef d'accusation plus grave afin d'encourager un accusé à plaider coupable pour un chef d'accusation moins grave »¹³²².

489. La soumission du ministère public au principe d'impartialité se trouve ainsi conjointement affirmée par les deux systèmes et déclinée pour toutes les figures que l'institution est susceptible de revêtir, enquêteur ou poursuivant. Pourtant, l'affirmation demeure fragmentaire en France puisque, à la différence de l'Angleterre, le procureur se voit dispenser d'agir avec impartialité lorsqu'il ne se constitue pas partie. De manière paradoxale, celui-ci se doit d'être impartial, sauf lorsqu'il agit en juge. D'ailleurs, à la différence du juge, il peut agir de manière partial, puisqu'il n'encourt aucune sanction procédurale, les garanties qui entourent l'impartialité étant parcellaires.

§ 2nd LES GARANTIES PARCELLAIRES DE L'IMPARTIALITE DU MINISTERE PUBLIC

490. Systèmes anglais et français se rejoignent négativement pour exclure, comme garantie de l'impartialité du ministère public, toute possibilité de récusation de celui-ci (A). Ils divergent toutefois, positivement, sur les mécanismes tendant à prévenir et sanctionner les décisions partiales du ministère public : alors que le droit anglais s'efforce d'affermir le contrôle du juge sur l'action du ministère public, le droit français s'efforce d'affermir la posture de juge du ministère public (B).

¹³²⁰ Voir ainsi, LAW SOCIETY, *The Guide to the Professional Conduct Solicitors*, § 21.19.

¹³²¹ A. SANDERS et R. YOUNG, « The Ethics of Prosecution Lawyers », art. préc., p. 196.

¹³²² *Code for Crown Prosecutors*, § 6.4, janv. 2013.

A. La convergence négative : le rejet de la récusabilité du ministère public

491. La possibilité de récuser le juge constitue, en droit français, une garantie traditionnelle de l'impartialité de celui-ci¹³²³. Le ministère public se trouve toutefois exclu du champ d'application de ce corollaire par les droits positifs français et anglais. Or, si une telle exclusion peut apparaître tout à fait cohérente en droit anglais (1), elle semble en revanche bien plus discutable en droit français (2).

1. Une absence cohérente en Angleterre

492. *La récusation, un concept inconnu des règles de procédure anglaises.* L'absence de récusabilité du ministère public anglais est tout à fait cohérente. Et pour cause, il n'est pas possible de récuser un juge, puisque le concept même de récusation est étranger au droit anglais. Il n'existe en effet pas d'équivalent exact dans le vocabulaire juridique anglo-saxon de la récusation du droit français. C'est ainsi qu'introduisant la notion dans son ouvrage de 1962 sur la « *World Court* », M. Rosenne, faute de concept équivalent, eut recours au terme français de « récusation »¹³²⁴. La seule institution qui pourrait se rapprocher de la récusation du droit français est le *challenge to jury*, « procédure par laquelle les parties peuvent s'opposer à la composition d'un jury avant que celui-ci n'ait prêté serment »¹³²⁵. Toutefois, la procédure vise à la mise en cause des membres d'un jury¹³²⁶, et n'est jamais employée à propos d'un juge. On ne conçoit pas en effet, en droit anglo-saxon que l'impartialité d'un juge puisse être suspectée et encore moins publiquement mise en doute. Cela tient à l'énorme prestige dont jouit traditionnellement le juge dans les pays de *common law*. En outre, l'existence de la procédure du *contempt of court* n'est pas de nature à favoriser la contestation de l'impartialité des juges. Aussi, les juristes anglais ne comprennent pas bien la nécessité d'une telle procédure de récusation : on ne saurait

¹³²³ Et même déjà en droit romain. Voir ainsi, B. BARNABE, *La récusation des juges. Etude médiévale, moderne et contemporaine*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 514, Paris, 2009, n° 33, qui relève que « [l]a récusation est une technique de procédure vraisemblablement officialisée au VI^{ème} siècle par l'empereur Justinien ».

¹³²⁴ ROSENNE (S.), *The World Court (What it is and how it works)*, A. W. Sythoff, Leyde, 1962, p. 70, note 15, cité par FAVOREU (L.), « Récusation et administration de la preuve devant la Cour internationale de Justice. A propos des affaires du Sud-Ouest Africain (Fond) » in *Annuaire français de droit international*, vol. 11, 1965, p. 237.

¹³²⁵ « Challenge to jury » in J. LAW et E. A. MARTIN (ed.), *A Dictionary of Law, op. cit.*, p. 86.

¹³²⁶ La procédure pourrait ainsi trouver son équivalent en droit français dans la récusation des jurés d'assises prévues aux articles 297 et suivants du code de procédure pénale. Sur cette procédure, voir B. MEYER, « Récusation des jurés : comment vider un droit de sa substance ou la lui rendre... », *AJ pén.* 2006, p. 238 et s.

soupçonner, et donc prévenir, le risque d'une conduite condamnable d'un homme qui se trouve au-dessus de tout soupçon.

493. *La contestation possible, a posteriori, de la validité du jugement.* Si le droit anglais ne connaît pas de mécanisme préventif de la partialité, la partialité avérée du juge ne demeure toutefois pas sans sanction. En effet il demeure possible de mettre en cause, *a posteriori*, la validité du jugement rendu par un juge qui n'aurait pas été impartial. C'est ce que déclarait déjà Lord Phillimore en 1920 : un arrêt « rendu par un juge qui a soit directement, soit par sa femme, un intérêt pécuniaire « dans une affaire est nul »¹³²⁷. Il en va d'ailleurs de même pour les arbitres, pour lesquels le droit anglais admet le grief de partialité pour mettre en cause la validité de la sentence arbitrale devant le juge, mais *a posteriori*.

Ainsi, le défaut d'impartialité d'un juge ne peut être invoqué *a priori*, en droit anglais, parce que la notion de procès préalable fait à un juge ou à un arbitre ne semble pas exister. Comme le relevait Favoreu, « [e]n toute hypothèse, suspecter l'objectivité d'un juge anglais n'est pas concevable, ce qui supprime le problème »¹³²⁸.

2. Une absence discutable en France

494. *L'exclusion paradoxale de la garantie de l'impartialité du ministère public : le maintien de sa traditionnelle irrécusabilité.* Les garanties qui assortissent traditionnellement le principe d'impartialité semblent avoir laissé le législateur de 2013 complètement indifférent.

Le principe d'impartialité permet en effet traditionnellement à la personne mise en examen, au prévenu, à l'accusé et à toute partie à l'instance de récuser un juge d'instruction, un juge de police, un juge du tribunal correctionnel, un conseiller de la cour d'appel ou de la cour d'assises, un membre du jury. A l'inverse, puisque le ministère public est traditionnellement partie nécessaire, il est corrélativement considéré comme irrécusable. Sa qualité de partie justifiait qu'il ne puisse être récusé ou faire l'objet direct d'une demande de renvoi¹³²⁹ : l'on ne saurait, enseigne-t-on classiquement, récuser son adversaire au procès. Michèle-Laure Rassat relève ainsi que, « [p]ar définition même adversaire de la personne poursuivie, son impartialité, bien que souhaitable, serait impossible à apprécier et rend

¹³²⁷ Cité par FAVOREU (L.), « Récusation et administration de la preuve devant la Cour internationale de Justice. A propos des affaires du Sud-Ouest Africain (Fond) », art. préc., *loc. cit.*

¹³²⁸ *Ibid.*

¹³²⁹ Cass. crim., 7 avr. 1976, D. 1976, IR 139 : irrecevabilité d'un renvoi pour cause de suspicion légitime.

donc la méthode impraticable ». Elle relève, en outre, que « le principe de l'indivisibilité du parquet interdit de faire un choix entre les différents hommes qui le composent et dont l'individualité se fonde dans la fonction le ministère public »¹³³⁰. Et l'article 669, alinéa 2, du code de procédure pénale, aux termes duquel « les magistrats du ministère public ne peuvent être récusés », ne fera que transcrire dans le code de procédure pénale une jurisprudence consacrée dès les premiers temps de l'application du code d'instruction criminelle¹³³¹ et plusieurs fois confirmée depuis¹³³².

Cette traditionnelle irrécusabilité du ministère public avait toutefois été sévèrement critiquée. Hélie considérait ainsi que le ministère public « remplit une mission de la loi, et (...) doit être (...) impartial (...) ; il n'est plus impartial dès qu'il trouve dans ses intérêts ou dans ses affections d'autres désirs et d'autres vues que ceux que son ministère exige »¹³³³. Plus récemment, Damien Roets a fait valoir que « si, effectivement, le ministère public n'exerce pas de fonctions juridictionnelles, ses prérogatives sont suffisamment importantes pour influencer sur le cours du processus répressif, parfois de façon déterminante » et que l'argument de l'indivisibilité est des plus discutables : « la récusation a pour objet l'individu. Affirmer qu'en récusant la partie on récusé le tout relève d'une fiction (...) Au contraire, d'un point de vue fonctionnel, l'indivisibilité du parquet tendrait à faciliter le remplacement du magistrat éventuellement récusé »¹³³⁴.

¹³³⁰ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n° 177, p. 182.

¹³³¹ Dans le silence du code d'instruction criminelle, le principe de l'irrécusabilité du parquetier résultait d'un arrêt du 14 février 1811, dans lequel la chambre criminelle censure le jugement d'un tribunal de police qui avait renvoyé les parties devant le tribunal compétent aux fins qu'il soit statué sur la récusation proposée de l'adjoint au maire exerçant les fonctions du ministère public, en énonçant que « nulle loi n'autorise la récusation contre le ministère public agissant d'office ; et (...) ainsi une semblable récusation doit être réputée comme ne pouvant exister ; (...) il s'ensuit que le juge de paix, en refusant de statuer sur la demande tendant au prononcé de la condamnation (...) sous prétexte de la récusation proposée du ministère public a commis excès de pouvoir et déni de justice ». Sur cette question, voir « Récusation » in MERLIN (P.A.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome XIV, Garnery, 5^{ème} éd., Paris, 1828, et S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale, op. cit.*, n° 96 et s., p. 247 et s. Hélie fait même remonter la règle à un arrêt du Parlement de Paris du 29 mars 1561. Voir HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome II, *op. cit.*, n° 121, p. 432.

¹³³² Cass. crim., 6 janv. 1998, *Bull. crim.* n° 1, s'agissant d'un représentant du ministère public, parrain du fils du principal prévenu : « Le ministère public ne décidant pas du bien-fondé de l'accusation en matière pénale, le moyen pris de la partialité éventuelle de ce magistrat est inopérant ». Dans le même sens, Cass. crim., 22 mai 2001, pourvoi n° 00-83.793 ; Cass. crim., 22 janv. 2002, pourvoi n° 00-87.322 ; Cass. crim., 1^{er} sept. 2009, pourvoi n° 08-87.765.

¹³³³ HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome II, *op. cit.*, p. 39.

¹³³⁴ D. ROETS, *Impartialité et justice pénale, op. cit.*, n° 342, p. 210. Voir également, A. Giudicelli, obs. préc. sous Cass. crim., 14 mai 2008 : « Les magistrats du parquet sont en charge de la fonction de poursuite : ils dirigent l'enquête, décident du déclenchement ou non de l'action publique, exercent et soutiennent cette même action devant les juridictions d'instruction et de jugement. Toute cette activité procédurale se manifeste par des choix, des ordres, ou encore des réquisitions dont chaque justiciable est en droit d'attendre qu'ils aient été accomplis en toute impartialité. On ne voit pas pourquoi des considérations personnelles, familiales ou encore amicales ne pourraient jamais être de nature à faire naître un doute objectivement fondé sur l'impartialité d'un magistrat du parquet. On ne voit pas pourquoi le principe et les conditions posées par

Le renforcement des pouvoirs du procureur renouvelle la question et la consécration de la soumission du parquet français aurait du conduire le législateur à tirer les conséquences des obligations qu'il édicte. Pourtant, en venant consacrer – même de manière limitée, dans le cadre de l'exercice de l'action publique – la soumission du ministère public français au principe de l'impartialité, le législateur ne s'est aucunement préoccupé de la question de sa récusabilité. Alors que l'impartialité du juge est garantie par la procédure de récusation prévue par l'article 669, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale, le législateur n'a pas modifié l'article 669, alinéa 2, du code de procédure pénale qui dispose toujours que « les magistrats du ministère public ne peuvent être récusés ». Et rien dans la loi ne modifiera *a priori* la jurisprudence de la chambre criminelle sur ce point. Aussi, ne peut-on que constater l'insuffisance de la réforme, la loi du 25 juillet 2013 ayant consacré un principe de solution dans un domaine qui ne soulevait pas particulièrement de problème et n'ouvrant droit à aucune garantie¹³³⁵. Et l'on ne peut que souscrire aux remarques formulées par Evelyne Bonis-Garçon et Olivier Décima : « De deux choses l'une : ou bien, on entend le terme « impartialité », comme une obligation déontologique des magistrats du parquet et alors, nul n'était besoin de l'inscrire dans ce texte car cette obligation, commune à l'ensemble des magistrats est déjà consacrée dans des dispositions générales tel l'article L. 111-5 du code de l'organisation judiciaire et, de façon plus adaptée, dans l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant la loi organique relative au statut de la magistrature (...) Ou bien, l'impartialité s'entend ici dans un sens juridique, comme une obligation processuelle interdisant de confier à un magistrat du parquet un pouvoir (de contrôle ou de décision)

l'arrêt du 14 mai 2008 ne pourraient pas trouver à s'appliquer à ceux qui, aujourd'hui plus qu'hier, sont au cœur de tout le dispositif pénal ». Dans le même sens, voir S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 104, p. 249 ; J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 2^{ème} éd., Paris, 2012, n° 384, p. 392.

¹³³⁵ Voir en ce sens, J. ALIX, « Les hésitations de la politique criminelle » *RSC* 2013, p. 677 et s. : « (...) la loi du 25 juillet 2013 s'ajoute à la liste des trop nombreuses lois symboliques – celles qui n'agissent pas sur les 'comportements concrets' mais sur les 'représentations psychologiques', et dont on se demande si elles ne sont pas précisément adoptées parce qu'elles seront dénuées d'efficacité réelle ». Voir également, E. VERGES, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens » *art. préc.*, p. 605 et s. : « (...) comme si l'ajout d'une formule incantatoire allait subitement garantir la conformité du droit français aux exigences européennes. Comme cela est souvent le cas, le législateur a poursuivi deux objectifs contradictoires : tenter de se conformer aux exigences posées par la CEDH, tout en conservant quasi-intact un modèle institutionnel ancré dans la tradition française » ; CNCDH, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », 29 avr. 2014, *JORF* n° 0108 du 10 mai 2014, n° 84, § 12 : « Le nouvel article 31 du code de procédure pénale doit être exclusivement compris comme consacrant une obligation déontologique n'ayant pas le sens procédural de l'impartialité, le ministère public n'étant pas 'un juge qui tranche' ».

dans une affaire dont il a déjà eu à connaître et alors, force est d'admettre que cette impartialité est inexistante ! »¹³³⁶.

495. L'entrelacement des logiques que peut représenter le ministère public français semble ainsi toujours aboutir à des réformes qui ne présentent aucune véritable cohérence sauf, peut-être, celle de toujours permettre de renforcer l'institution. La question de l'impartialité est ainsi très caractéristique de cet entrelacement des représentations au bénéfice du parquet, jamais à son détriment car, en l'état du droit positif, le ministère public français peut être partial lorsqu'il exerce des fonctions de juge, doit être impartial lorsqu'il se constitue partie et demeure irrécusable lorsqu'il fait preuve de partialité puisqu'il n'est pas juge mais partie.

Cette capitalisation des ambiguïtés, qui est réalisée en France au profit du renforcement de l'institution, s'éclaire davantage lorsqu'on envisage les garanties de l'impartialité qui sont offertes par le droit anglais.

B. La divergence positive : protection juridictionnelle ou renforcement des droits de la défense

496. L'*appeal* mis à part, deux voies de droit permettent, en Angleterre, de contester le défaut d'impartialité du ministère public, la *judicial review* et l'*abuse of process* (1). En France, dans une perspective préventive de la partialité du ministère public, la loi du 27 mai 2014 s'est efforcée de renforcer les droits de la défense au cours de la procédure du défèrement devant le parquetier (2).

1. L'ouverture, en Angleterre, de la judicial review ou de l'abuse of process

497. Malgré l'absence de récusabilité du ministère public, absence cohérente on l'a vu, le droit anglais connaît deux voies de droit qui permettent de contester les décisions prises par un enquêteur ou un poursuivant qui ne serait pas révélé tout à fait impartial. La première, la *judicial review*, permet d'attaquer la décision de ne pas poursuivre, et, partant, le

¹³³⁶ E. BONIS-GARÇON et O. DECIMA, « Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques. - À propos de la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique », art. préc., p. 955.

recours à une alternative aux poursuites (a). La seconde, l'*abuse of process*, permet de contester la décision d'engager les poursuites, en faisant cesser les poursuites engagées (b).

a. La *judicial review* et la sanction de l'inaction partielle du ministère public

498. *Domaine et procédure de la judicial review.* Selon l'*Oxford Dictionary of Law*, la *judicial review* est « le principal moyen par lequel la *High Court* exerce un contrôle sur les autorités publiques en application de la doctrine de l'*ultra vires* »¹³³⁷. Elle est « la procédure par laquelle la *High Court* (la *Court of Session* en Ecosse) peut réviser les décisions prises par les organismes publics afin de s'assurer que ces organismes ont agi conformément à la loi et n'ont pas excédé leurs pouvoirs »¹³³⁸. Les cas d'ouverture de la *judicial review* ont été définis par la décision rendue dans l'affaire *Council of Civil Service Union v. Minister for the Civil Service* : ce sont l'illégalité et le caractère déraisonnable (*irrationality*) de la décision ou de l'action de l'autorité, ainsi que le vice de procédure¹³³⁹. Depuis le *Human Right Act* 1998, la *judicial review* peut être utilisée pour contester l'action d'une autorité publique qui serait incompatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme, et notamment avec les exigences tenant au procès équitable et spécialement à l'impartialité¹³⁴⁰. Aussi, la *judicial review* « permet de s'assurer que les autorités publiques respectent les procédures légales appropriées, de remettre en cause les décisions particulières et de forcer le gouvernement à repenser son approche et à fournir des directives sur l'application de la loi »¹³⁴¹.

¹³³⁷ « Judicial Review » in J. LAW et E. A. MARTIN (ed.), *A Dictionary of Law*, *op. cit.*, p. 306.

¹³³⁸ M. SUNKIN, « Judicial review » in P. CANE et J. CONAGHAN (ed.), *The New Oxford Companion to Law*, *op. cit.*, p. 653.

¹³³⁹ *Council of Civil Service Union v. Minister for the Civil Service* [1985] A.C. 374. Deux limites encadrent toutefois le pouvoir des juges dans le cadre de la *judicial review*. La première résulte de la nature du contrôle opéré par le juge. Il ne s'agit pas d'un contrôle d'opportunité de l'action ou de la décision publique. Comme le relève Maurice Sunkin, « la *judicial review* est essentiellement concentrée sur le processus par lequel les décisions sont prises plutôt que sur les mérites des décisions elles-mêmes ». *Ibid.*, p. 654. En conséquence, la question soulevée par la *judicial review* est celle de savoir si, en adoptant sa décision, l'autorité en question a correctement appliqué la loi, suivi correctement la procédure, et pris en compte les facteurs pertinents, notamment les droits fondamentaux du demandeur. Le juge ne se demande pas si la décision est vraie ou fausse, bonne ou mauvaise. Il ne peut pas revenir sur une décision qu'il considère comme inopportune et qu'en conséquence il n'aurait pas lui-même prise. Il s'agit d'une différence avec les procédures d'appel établies par les *statutes*, qui permettent, quant à elles, à la juridiction d'appel de réformer les décisions qu'elle considère comme factuellement ou légalement fausses. La seconde vient de la suprématie du Parlement (*Parliamentary Supremacy*). En effet, les décisions des juridictions peuvent être contredites par un *Act* du Parlement, et le juge ne dispose pas du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des *Acts* du Parlement, même s'il peut contrôler leur conformité à la Convention de sauvegarde.

¹³⁴⁰ La Cour européenne des droits de l'Homme considère que les garanties de l'article 6 de la Convention sont applicables dès la phase préparatoire d'un procès pénal, et notamment lors de l'enquête de police. Voir ainsi, CEDH, 1^{ère} sect., 11 juill. 2000, req. n° 20869/92, *Dikme c/ Turquie*, spéc. § 108.

¹³⁴¹ M. SUNKIN, « Judicial review », art. préc., *op. cit.*, p. 654.

La *judicial review* peut être recherchée pour contrôler en principe toute décision d'une juridiction ou d'une autorité publique. La procédure de la *judicial review*, régie traditionnellement par les principes de la *common law*, fut modifiée par le *Supreme Court Act* 1981, complétée par la partie 54 des *Civil Procedure Rules*¹³⁴². Elle permet ainsi d'obtenir du juge des *remedies*. La doctrine administrativiste britannique distingue à cet égard les *ordinary remedies* – une *action for damages*, une *injunction*¹³⁴³, une *declaration*¹³⁴⁴ –, *remedies* de droit privé qui s'appliquent en droit public, et les *prerogative remedies*¹³⁴⁵ – *quashing orders* ou *certiorari* et *prohibiting orders* ou *prohibition*¹³⁴⁶, *mandatory order* ou *mandamus*¹³⁴⁷ – *remedies* spécifiquement de droit public.

¹³⁴² La procédure pour rechercher la *judicial review* consiste à formuler une demande en application de la partie 54 des *Civil Procedure Rules* : la demande doit comporter les noms et adresses des parties (du demandeur, du défendeur et de toutes les parties intéressées), la décision devant être soumise à la *judicial review*, un exposé détaillé des éléments qui entacheraient la légalité de la décision et des mesures nécessaires pour remédier à l'illégalité. Un rappel des faits doit être effectué et l'authenticité de ceux-ci doit être certifiée. Les documents pertinents doivent être listés et joints à la demande. Une fois complète, la demande doit être déposée auprès de la Cour via l'*Administrative Court Office*. La poursuite de la procédure nécessite ensuite l'obtention de l'autorisation de la Cour. Une audience préliminaire a lieu, les parties étant entendues.

¹³⁴³ L'*injunction* constitue le remède standard de droit privé pour empêcher la commission d'un acte illégal, tel une faute civile (*a tort*) ou la rupture d'un contrat (*a breach of contract*). Un exemple d'utilisation des *injunctions* résulte de la protection de pièces confidentielles. Ainsi, une autorité publique qui obtient des documents ou des informations par l'utilisation de pouvoirs coercitifs ne peut utiliser ces documents ou informations que dans le but pour lequel ces pouvoirs coercitifs ont été octroyés.

¹³⁴⁴ Un jugement déclaratoire, au sens du droit administratif anglais, est une décision de justice indiquant les droits ou la position légale des parties, sans rien modifier. Voir ainsi, « *Declaratory judgment* » in J. LAW et E. A. MARTIN (ed.), *A Dictionary of Law*, *op. cit.*, p. 157.

¹³⁴⁵ Ces derniers sont qualifiés de « *prerogative* » car ils ne pouvaient, à l'origine, être utilisés que par la Couronne et non par les sujets. En obtenant de la cour un *mandamus*, un *certiorari* ou une *prohibition*, la Couronne pouvait s'assurer que les autorités publiques remplissaient leurs devoirs, et que les tribunaux inférieurs demeuraient dans leurs attributions.

¹³⁴⁶ Ce sont des remèdes complémentaires. Un *quashing order* tend à casser une décision qui est *ultra vires* (c'est-à-dire qui excède les pouvoirs de l'autorité qui l'a prise). Un *prohibiting order* tend à interdire un acte ou une décision qui pourrait être *ultra vires*, et sa méconnaissance est punissable en tant que *contempt of Court*. Le premier constitue un remède rétrospectif, le second un remède prospectif. Ces deux *remedies*, comme les *ordinary remedies*, peuvent être recherchés séparément. A la différence des *ordinary remedies* toutefois, ils ne nécessitent pas que le requérant démontre la violation d'un droit personnel spécifique. Ce sont des *remedies* discrétionnaires, ce qui signifie que la cour peut les refuser si elle estime qu'ils ne sont pas adaptés. En d'autres termes, la cour peut reconnaître qu'un acte est illégal et néanmoins refuser d'intervenir. Voir ainsi, H. W. R. WADE et C. F. FORSYTH, *Administrative Law*, OUP, 10^{ème} éd., Oxford, 2009, p. 509.

¹³⁴⁷ Le *mandatory order* constitue le moyen normal de s'assurer que les autorités publiques remplissent leurs devoirs en demandant au juge qu'il ordonne à l'autorité d'effectuer tel acte en rapport avec sa mission. Comme les autres *prerogative remedies*, il est mis en œuvre par la plainte d'un citoyen, mais il peut aussi être obtenu par une autorité publique à l'encontre d'une autre autorité publique. C'est l'arme par laquelle le citoyen oblige l'autorité publique à faire son devoir. Voir ainsi, H. W. R. WADE et C. F. FORSYTH, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 521, pour qui « le *quashing order* et le *prohibiting order* remédient aux actions illégales, un *mandatory order* remédie aux inactions illégales ».

499. *Admission du principe de l'application de la judicial review à la décision de ne pas poursuivre ou de recourir à une caution*¹³⁴⁸. La *High Court* a, depuis 1968, reconnu que la décision de ne pas poursuivre pouvait faire l'objet de la procédure de la *judicial review*. Dans l'affaire *R v. Metropolitan Police Commissioner ex p. Blackburn (n°1)*, si Lord Denning, consacrant la *Constabulary Independence*, avait reconnu que la police est « responsable devant la loi et la loi seule », et qu' « il y a de nombreux domaines dans lesquels les *Chiefs officers* ont une discrétion avec laquelle la loi ne pas interférer »¹³⁴⁹, il ajoutait que l'officier « peut aussi prendre des décisions générales et leur donner effet, comme c'est souvent le cas par exemple des décisions de ne pas poursuivre les tentatives de suicide, mais il y a également des décisions dont, je pense, les juridictions peuvent, dans une affaire, si nécessaire, se mêler » et citait ainsi l'exemple d'un *Chief Constable* donnant comme directive à ses agents de ne pas poursuivre les vols d'un montant inférieur à 100 livres, concluant que « le juge pourrait annuler cette directive » car « [i]l manquerait à son devoir de faire respecter la loi »¹³⁵⁰. Plusieurs décisions viendront ainsi admettre la *judicial review* à l'encontre des décisions de ne pas poursuivre, limitant ainsi la discrétion de la police et sanctionnant les décisions partiales de celle-ci. Dans l'affaire *R v. DPP Ex p. C* de 1995 par exemple, la *Divisional Court* autorisa l'application de la *judicial review* à une décision du *CPS* de ne pas poursuivre, pour sodomie sur sa femme, un mari en raison du fait que le poursuivant n'avait pas voulu prendre en compte certaines considérations pertinentes¹³⁵¹. Plusieurs affaires impliquaient d'ailleurs des plaintes de familles concernant des décisions du *CPS* de ne pas poursuivre des officiers de police soupçonnés d'être impliqués dans le décès de

¹³⁴⁸ Sur cette question, voir M. BURTON, « Reviewing CPS Decision not to Prosecute » [2001] *Crim LR* 374. Voir également, Y. DOTAN, « Should Prosecutorial Discretion Enjoy Special Treatment in Judicial Review ? A Comparative Analysis of the Law in England and Israel », [1997] *Public Law* 513.

¹³⁴⁹ Lord Denning cite l'exemple de la décision, dans une affaire particulière « de savoir si les investigations doivent être poursuivies, ou si une arrestation doit être effectuée ou une poursuite intentée ».

¹³⁵⁰ *R. v. Commissioner of Police of the Metropolis Ex p. Blackburn (n° 1)*, préc. Une telle admission de la *judicial review* des décisions ayant refusé de poursuivre sera confirmée dans les affaires *R. v. Commissioner of Police of the Metropolis Ex p. Blackburn (n° 3)* de 1973, préc., et *R. v. Chief Constable of Devon and Cornwall Ex p. Central Electricity Generating Board* de 1981, préc., dans lesquelles la *High Court* refusa de contredire la décision prise par la police. Dans la première espèce, la Cour refuse de délivrer un *mandamus* pour faire appliquer la législation relative à la pornographie, celle-ci considérant que la police faisait de son mieux pour appliquer cette législation. Michael Zander note avec acidité que la circonstance que des poursuites aient par la suite été intentées contre les membres de l'*Obscene Publications Squad* pour corruption démontre que ce ne fut pas le cas. Voir M. ZANDER, *Cases and Materials on the English Legal System, op. cit.*, p. 261, *ad notam*. Dans la seconde espèce, la Cour refuse de délivrer un *mandamus* consistant à requérir que la police vienne en aide à l'*Electricity Board* afin de déloger des squatteurs obstruant l'entrée d'une centrale nucléaire. La Cour considère qu'il appartient à la police qui était sur place, et non à elle-même, de décider quand et comment exercer ses pouvoirs.

¹³⁵¹ *R. v. DPP Ex p. Chaudhary* (1995) 1 Cr. App. R. 136.

personnes détenues dans des commissariats¹³⁵². En outre, les juridictions ont récemment manifesté leur volonté de permettre un contrôle des décisions de la police d'administrer une *caution*, notamment du contrôle du caractère approprié du recours à une telle mesure au regard des preuves recueillies¹³⁵³.

500. Exclusion de principe de la *judicial review* à l'encontre de la décision de poursuivre au profit de l'*abuse of process*. La *High Court* avait initialement admis que la *judicial review* pouvait être utilisée pour contrôler les décisions de poursuivre¹³⁵⁴. Elle a cependant ultérieurement considéré qu'en l'absence de malhonnêteté, de mauvaise foi (*mala fides*) ou de circonstances exceptionnelles, une décision de poursuite ne pouvait pas être contrôlée par la *judicial review*¹³⁵⁵. La Chambre des Lords avait quant à elle précisé que les décisions de poursuivre ne sont pas susceptibles de faire l'objet de la *judicial review* lorsque la plainte peut également être formulée au cours du procès, car des procédures parallèles rallongeraient les délais d'une façon inacceptable¹³⁵⁶. Les arguments qui tendent à assimiler la poursuite à un *abuse of process* doivent ainsi être soulevés au cours du procès lui-même¹³⁵⁷.

b. L'*abuse of process* et la sanction de l'action partielle du ministère public

501. La complexité de la doctrine de l'*abuse of process* en droit anglais. Envisageant la procédure civile, Neil Andrews relevait que l'*abuse of process* « offre un matériel inépuisable pour le processualiste. Plus il secoue l'arbre, plus il reste sur celui-ci de fruits pour de plus amples recherches. De façon plus importante, la notion doit être prise au sérieux afin de préserver le bien être du système de procédure civile »¹³⁵⁸. L'*abuse of process* permet, en matière criminelle, de sanctionner « toute conduite par la police ou les poursuivants publics qui menace ou qui porte atteinte à l'intégrité de la justice ou à l'Etat de droit »¹³⁵⁹. Elle

¹³⁵² Voir l'affaire *R. v. DPP Ex p. Manning* (2001) Q.B. 330, dans laquelle la *Divisional Court* cassa la décision de ne pas poursuivre des policiers après la mort d'une personne en détention. Sur cette décision, voir M. BURTON, « Reviewing CPS Decision not to Prosecute », art. préc.

¹³⁵³ Voir ainsi, l'affaire *R. (on the application of Guest) v. DPP*, préc., § 249.

¹³⁵⁴ *R. v. Chief Constable of Kent Ex p. L* (1991) 93 Cr. App. R. 416 ; *R. v. Croydon Justices Ex p. Dean* [1993] Q.B. 769. Voir également, *R. v. Inland Revenue Commissioners Ex p. Mead* (1993) 1 All E.R. 772.

¹³⁵⁵ *R. v. DPP Ex p. Kebilen* (2000) 2 A.C. 326.

¹³⁵⁶ *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court Ex p. Bennett* (n° 1), préc.

¹³⁵⁷ *R. (on the application of Pepushi) v. CPS* (2004), [2004] I.N.L.R. 638.

¹³⁵⁸ N. ANDREWS, « Abuse of Process in English Civil Litigation » in M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Rights : Comparative Standards of Procedural Fairness*, Kluwer Law International, La Haye, 1999, p. 98.

¹³⁵⁹ J. FITZPATRICK, « Abuse of court process » in P. CANE et J. CONAGHAN (ed.), *The New Oxford Companion to Law*, op. cit., p. 5. L'*abuse of process* est plus précisément défini par l'*Oxford Dictionary of Law* comme un « délit civil dans lequel un dommage est causé en utilisant une voie de droit à des fins autres que celles pour laquelle

constitue un pouvoir extraordinaire de la juridiction, inhérent au pouvoir juridictionnel lui-même (*inherent jurisdiction*)¹³⁶⁰, permettant à celle-ci de réguler l'accès au prétoire y compris lorsque les poursuites sont intentées par la police ou le CPS. Utilisée depuis plus d'un siècle en matière civile, la doctrine de l'*abuse of process* a connu un véritable développement en matière répressive depuis la décision *Connelly v. DPP* de 1964, où la Chambre des Lords y eut recours pour faire cesser des poursuites entamées en méconnaissance de la règle de la *double jeopardy*¹³⁶¹. Elle permet aujourd'hui aux juridictions de décider d'arrêter les poursuites lorsque la procédure apparaît abusive en raison, notamment, de la tardiveté des poursuites, de la méconnaissance de l'exigence de communication des pièces, de la perte des preuves, de la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée¹³⁶².

502. Fondement et portée de l'*abuse of process*. Comme le relève Andrew Choo, si la doctrine de l'*abuse of process* peut trouver son fondement, en partie, sur la nécessité de condamner le coupable et de protéger l'innocent, elle vise avant tout à préserver l'intégrité morale du système de justice répressif et sa capacité à véhiculer au public en général un message crédible¹³⁶³. L'intérêt public ne requiert pas seulement la conviction du coupable, quel qu'en soit le prix. Il exige plutôt que les délinquants soient conduits vers la culpabilité d'une manière civilisée et publiquement acceptable. Ainsi, le public a un intérêt non

cette voie a été instituée (...). Les actions qui sont manifestement frivoles, vexatoires, ou exercées de mauvaise foi peuvent être suspendues ou déclarées irrecevables par le juge comme un abus de procédure ». Voir ainsi, « *Abuse of Process* » in J. LAW et E. A. MARTIN (ed.), *A Dictionary of Law*, *op. cit.*, p. 5.

¹³⁶⁰ L'*abuse of process* participe, avec le pouvoir de sanctionner le *contempt of court*, – c'est-à-dire le mépris affiché envers la juridiction –, de ce que la doctrine britannique qualifie d'« *inherent jurisdiction* ». Voir sur cette question, I. H. JACOB, « The Inherent Jurisdiction of the Court », (1970) 23 *Current Legal Problems* 25, pour qui ce pouvoir est inhérent à la fonction juridictionnelle en ce sens qu'il ne trouve sa source dans aucun *statute* mais résulte « de la véritable nature d'une juridiction en tant que cour supérieure de justice » et, qu'en l'absence d'un tel pouvoir, « la juridiction disposerait de la forme mais manquerait de substance (...). Le fondement juridique de cette juridiction réside dans la nécessité de conférer au pouvoir judiciaire l'autorité lui permettant de faire respecter, de protéger et de remplir sa fonction de rendre la justice conformément à la loi d'une manière régulière, ordonnée et effective ».

¹³⁶¹ *Connelly v. DPP* [1964] A.C. 1254, affaire dans laquelle Lord Devlin considère que « les juridictions ne peuvent contempler un instant le transfert au pouvoir exécutif de la responsabilité de vérifier qu'il n'est pas abusé du processus de réalisation du droit » (A.C. 1354).

¹³⁶² Sur la doctrine de l'*abuse of process*, voir A. L.-T. CHOO, *Abuse of process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, OUP, coll. « Oxford Monographs on Criminal Law and Justice », 2^{ème} éd., Oxford, 2008 ; du même auteur, « Halting Criminal Prosecutions : the Abuse of Process Doctrine Revisited », [1995] *Crim LR* 864. Voir également, D. YOUNG, M. SUMMERS et D. CORKER, *Abuse of Process in Criminal Proceedings*, *op. cit.* ; R. PATTENDEN, « The Power of the Courts to Stay a Criminal Prosecution », [1985] *Journal of Criminal Law Review* 175. Du même auteur, « Abuse of Process in Criminal Litigation », (1980) 53 *Journal of Criminal Law* 341 et *Judicial Discretion and Criminal Litigation*, Clarendon Press, 2^{ème} éd., Oxford, 1990, n° 32 et s.

¹³⁶³ A. L.-T. CHOO, *ibid.*, pp. 13 et 15. Voir également, H. GROSS, *A Theory of Criminal Justice*, OUP, New-York, 1979, p. 33 : « (...) les problèmes moraux (...) sont de la plus haute importance lorsqu'il s'agit de rendre la justice pénale, même si celle-ci n'est pas rendue au nom de problématiques morales. Et l'on peut inclure parmi les multiples ironies de la justice pénale qu'elle sera moins à même d'être entendue lorsqu'elle est rendue le plus moralement possible ».

seulement dans la condamnation du coupable et dans l'acquiescement de l'innocent, mais également dans l'intégrité morale, ou plus simplement, dans la « qualité » de la procédure répressive¹³⁶⁴.

La doctrine de l'*abuse of process* présente une certaine affinité avec le pouvoir reconnu au juge, par la section 78 du *PACE*, d'exclure les preuves. En effet, dans l'affaire *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court Ex p. Bennett* de 1994, Lord Lowry a ainsi résumé les cas dans lesquels la juridiction peut arrêter les poursuites :

« Une juridiction dispose du pouvoir discrétionnaire d'arrêter une procédure criminelle sur le fondement de ce que mettre à l'épreuve cette procédure équivaudrait à un abus de sa propre procédure soit

(1) parce qu'il serait impossible de donner à l'accusé un procès équitable ou

(2) parce cela violerait le sens de la justice et les convenances de la juridiction d'être appelée à juger l'accusé dans les circonstances d'une affaire particulière »¹³⁶⁵.

Dans l'affaire *Beckford* de 1994¹³⁶⁶, la *Court of appeal* a repris ces deux hypothèses, considérant que deux types d'affaires permettent à la juridiction de faire cesser les poursuites :

« (a) les affaires dans lesquelles la cour conclut que le défendeur ne peut recevoir un procès équitable ;

(b) les affaires dans lesquelles la cour conclut qu'il serait inéquitable pour le défendeur d'être jugé »¹³⁶⁷.

Ces deux motifs reflètent chacun le fondement de l'*abuse of process*. Le premier s'intéresse à la capacité du système judiciaire à offrir au défendeur un procès équitable – *fair trial* – et repose sur ce que des irrégularités internes au procès viendrait empêcher la juridiction de donner à l'accusé un tel procès. Le second se préoccupe quant à lui de l'équité à juger -

¹³⁶⁴ I. H. DENNIS, « Reconstructing the Law of Criminal Evidence » (1989) 42(1) *Current legal Problems* 21 ; A. DUFF, L. FARMER, S. MARSHALL et V. TADROS, « Introduction : Towards a Normative Theory of the Criminal Trial », art. préc., *loc. cit.*, p. 25 : « Ce qui compte désormais (...) ce n'est pas seulement que la vérité soit établie, mais que celle-ci soit établie par un processus adéquat demandant au défendeur de répondre à une accusation – par un processus qui s'adresse au défendeur en tant que citoyen responsable ».

¹³⁶⁵ *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court Ex p. Bennett* (n° 1), préc.

¹³⁶⁶ *R. v. Beckford (Ian Anthony)* [1996] 1 Cr. App. R. 94.

¹³⁶⁷ *Ibid.*, [1996] 1 Cr. App. R. 101.

fairness to try - et repose sur ce que des circonstances extérieures au procès lui-même conduirait à ce qu'il soit inéquitable de juger l'accusé.

503. *L'abuse of process et la sanction de la partialité du ministère public.* Le second motif qui fonde l'*abuse of process* permet ainsi de venir sanctionner procéduralement les comportements déloyaux et le manque d'impartialité des organes d'investigation, en entraînant la cessation des poursuites¹³⁶⁸. Il en va ainsi pour certaines affaires où la police utilisa des procédés pour contourner les règles relatives à l'extradition¹³⁶⁹. Il en va également ainsi, bien qu'exceptionnellement, même lorsque des preuves obtenues illégalement auraient déjà été exclues et lorsque la poursuite se fonde sur d'autres preuves obtenues légalement. Elle peut même être utilisée lorsque le procédé illégal utilisé par la police n'a pourtant pas permis de recueillir une preuve. Ainsi, dans l'affaire *Grant* de 2005¹³⁷⁰, la police avait placé un dispositif de captation des conversations entre un individu et son avocat dans la cour du commissariat. Bien que l'enregistrement des conversations n'eut pas permis pas de recueillir des éléments de preuve, la *Court of appeal* cassa la décision de condamnation pour *conspiracy to murder*, considérant que le juge aurait dû faire cesser les poursuites. Comme l'indique Laws L.J., « des actes illégaux tels ceux réalisés dans cette affaire, s'apparentant à une violation délibérée du droit de la personne suspecte à un entretien confidentiel avec son avocat, constituent un tel affront à l'intégrité du système de justice, et, partant, à l'état de droit, que les poursuites qui leurs sont associées en deviennent abusives et ne devraient pas être tolérées par la cour »¹³⁷¹. Ce qui est remarquable dans cette décision, selon Andrew Choo, c'est que la poursuite « fut considérée comme ayant été suffisamment « contaminée » pour pouvoir justifier un arrêt [des poursuites] même s'il l'on ne pouvait pas dire que le procès n'aurait pas dû se tenir, en raison des abus commis par la police dans l'avant-procès »¹³⁷². Malgré cela, il est clair que cette décision est fondée sur la spécificité des faits

¹³⁶⁸ Voir l'étude de J. ROGERS, « The Boundaries of Abuse of Process in Criminal Trials », (2008) 61 *Current Legal Problems* 289, pour qui ce second motif requiert que l'on identifie une impropriété commise par une autorité en lien avec les investigations et la poursuite d'une infraction, et que cette impropriété conduise à ce que le procès ne puisse avoir lieu. Selon cet auteur, soit l'Etat perd son statut lui permettant d'appeler un citoyen à répondre dans un procès pénal, soit la juridiction dispose d'un pouvoir d'arrêter la perpétration d'un abus du pouvoir exécutif qui ne manquerait pas de survenir si le procès intenté devait se poursuivre.

¹³⁶⁹ Comme ce fut le cas dans l'affaire *R. v Horseferry Road Magistrates' Court Ex p. Bennett* (n° 1), préc.

¹³⁷⁰ *R. v. Grant (Edward)* [2005] 2 Cr. App. R. 28 ; (2005) 6 *Arch. News* 1 ; [2005] *Crim LR* 955, comm. D. C. Ormerod. Sur cette décision, voir également le commentaire critique de R. BRAY, « Beckford and Beyond. Some Developments in the Doctrine of Abuse of Process », (2007) 69 *Denning Law Journal* 78.

¹³⁷¹ *R. v. Grant (Edward)*, préc., *loc. cit.*, p. 428.

¹³⁷² A. L.-T. CHOO, *Abuse of process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, *op. cit.*, p. 128.

de l'espèce et que l'*abuse of process* ne permettra de sanctionner procéduralement que les abus particulièrement graves commis par la police dans l'avant-procès¹³⁷³.

2. L'amélioration, en France, des droits de la défense lors du déferement devant le procureur

504. Comparée à son homologue anglais, le ministère public voit ses décisions relativement protégées de toute ingérence des juridictions lorsque son action ne s'inscrit pas dans le déclenchement de l'action publique (a), même si le législateur a récemment introduit l'avocat dans le cabinet du procureur (b).

a. L'immunité traditionnelle de l'action et de l'inaction du parquet : l'absence de contrôle de l'excès de pouvoir et de la recevabilité de l'action par les juges administratif et judiciaire

505. *La double immunité de l'action et de l'inaction du parquet.* Le ministère public anglais voit la recevabilité de son action contrôlée par le juge répressif et la légalité de son inaction – qu'elle résulte d'un refus de poursuivre ou du recours à une *out-of-court disposal* – contrôlée par le juge administratif. L'inscription principalement judiciaire des fonctions du ministère public ne fait pas, en effet, disparaître sa qualité d'autorité publique soumise au *Rule of Law*. Or, comparée à son homologue anglais, la situation du parquet français apparaît bien meilleure.

L'inscription traditionnellement judiciaire des fonctions du parquet justifiait, et justifie encore que ses décisions soient exclues du contrôle de l'excès de pouvoir effectué par le juge administratif. Le Conseil d'Etat refuse en effet catégoriquement de contrôler l'éventuel excès de pouvoir commis par le parquet dans l'exercice ou le refus d'exercer l'action publique¹³⁷⁴. Ainsi, en France, la nature judiciaire des fonctions du ministère public efface le caractère public de l'institution¹³⁷⁵. Et l'inaction du parquet – qu'elle résulte d'un refus de

¹³⁷³ En ce sens, D. C. Ormerod, comm. préc.

¹³⁷⁴ Voir par exemple, CE, 5^{ème} et 3^{ème} ss-sect., 27 mai 1991, req. n° 113.159, *Altiparmakian, Lebon* p. 213 : la décision du procureur de la République de Dijon de ne pas engager de poursuites pénales à l'encontre de M. A, qui avait transféré la licence de 4^{ème} catégorie détenue par un restaurant à un bar qui lui appartenait, a été prise par le procureur dans le cadre de ses attributions judiciaires. Dès lors, la juridiction administrative n'était pas compétente pour en connaître.

¹³⁷⁵ En ce sens, EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, tome II, *op. cit.*, p. 53 : « Aucun acte d'une procédure judiciaire n'a la qualité d'acte administratif quelle que soit la qualité de son auteur, aussi bien s'il est accompli par un agent à statut administratif que s'il est l'œuvre d'un agent à statut judiciaire. La formule est

poursuivre ou du recours à une alternative aux poursuites – bénéficie d'une immunité que vient seule corriger la plainte avec constitution de partie civile ou la possibilité reconnue à celle-ci de citer l'intéressé devant le tribunal correctionnel.

A l'inverse, l'inscription jusque-là nécessairement juridictionnelle de la réalisation du droit de punir justifiait que le juge répressif ne puisse contrôler l'intérêt à agir du ministère public. Puisqu'en effet, celui-ci ne pouvait obtenir une réponse pénale qu'en se constituant demandeur, celui-ci avait toujours intérêt à agir, en dehors des hypothèses d'extinction de l'action publique prévues par l'article 6 du code de procédure pénale. Aussi, même si des réponses pénales peuvent désormais être apportées par le ministère public sans qu'il ait besoin de se constituer partie, la chambre criminelle ne semble pas vouloir instaurer un contrôle de la recevabilité de l'action publique¹³⁷⁶. Et l'action du ministère public, détachée de l'exercice de l'action publique, bénéficie ainsi d'une certaine immunité que seul vient atténuer le consentement de la personne mise en cause.

b. Le palliatif : le renforcement des droits de la défense

506. *Le défèrement, temps fort de la procédure.* En raison du renforcement et de la diversification des pouvoirs d'investigation et de traitement du procureur français, le défèrement est devenu un temps fort de la procédure parce qu'il est celui du choix d'orientation effectué par le parquetier. Avant 2011, personne ne se souciait véritablement de ce moment où la défense était absente, puisque devait s'ensuivre une véritable audience contradictoire devant le juge du fond, audience où pouvaient se déployer les droits de la défense. Or, depuis 2011, l'avocat peut assister son client durant la garde à vue et, comme le relèvent Jean Danet, Sylvie Grunvald et Claire Saas, « du coup, entre la garde à vue et la procédure qui suivra, le temps du défèrement, pour la défense, apparaît comme un angle mort »¹³⁷⁷. Pour remédier à cette carence, des avocats avaient soulevé une question prioritaire de constitutionnalité que la chambre criminelle avait transmise au Conseil constitutionnel¹³⁷⁸. Dans sa décision du 6 mai 2011, le Conseil constitutionnel, a considéré, d'une part, que « le respect des droits de la défense n'impose pas que la personne

entendue de façon extrêmement large ». Voir également, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 15^{ème} éd., Paris, 2001, n° 1169, p. 975.

¹³⁷⁶ Cass. crim., 21 juin 2011, préc., où la chambre criminelle admet des poursuites malgré la réussite préalable d'une mesure de l'article 41-1 du code de procédure pénale.

¹³⁷⁷ J. DANET, S. GRUNVALD et C. SAAS, « Traiter versus juger ? Quel rituel ? » in J. DANET (coord.), *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, op. cit., p. 347.

¹³⁷⁸ Cass. crim., 1^{er} mars 2011, pourvoi n° 10-90.125.

poursuivie ait accès au dossier avant de recevoir cette notification et qu'elle soit, à ce stade de la procédure, assistée d'un avocat » et, d'autre part, que si l'article 393 du code de procédure pénale permet au magistrat du parquet de recueillir les déclarations de la personne déférée, cet article ne saurait, sans méconnaître les droits de la défense, autoriser le procureur de la République à consigner dans le procès-verbal les déclarations de la personne sur les faits qui font l'objet de la poursuite¹³⁷⁹. Pourtant, plusieurs auteurs et des procureurs avaient estimé que le bon traitement du dossier pouvait justifier la présence d'un avocat lors du défèrement¹³⁸⁰. Certains parquets organisaient d'ailleurs, avec les barreaux, des permanences de défèrement.

507. La consécration limitée d'une quasi-audience de défèrement. Dans cette perspective, la loi du 27 mai 2014 est venue renforcer les droits de la défense dans la procédure de défèrement¹³⁸¹. Désormais, lorsque le procureur de la République décide d'une convocation par procès-verbal ou d'une comparution immédiate, l'article 393, alinéa 4, du code de procédure pénale impose qu'il avertisse alors la personne de son droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire. Après avoir, le cas échéant, recueilli les observations de la personne ou procédé à son interrogatoire, le procureur de la République entend, s'il y a lieu, les observations de l'avocat, portant notamment sur la régularité de la procédure, sur la qualification retenue, sur le caractère éventuellement insuffisant de l'enquête et sur la nécessité de procéder à de nouveaux actes. Au vu de ces observations, le procureur de la République soit procède

¹³⁷⁹ Cons. const., 6 mai 2011, décision n° 2011-125 QPC, *M. Abderrabmane L. [Défèrement devant le procureur de la République]* ; RSC 2011, p. 415, obs. J. Danet ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 144, p. 18, comm. S. Detraz.

¹³⁸⁰ En ce sens, H. MATSOPOULOU, « Le contradictoire dans l'enquête pénale », art. préc., *loc. cit.*, p. 82 : « (...) la présence de l'avocat se révèle, en pareil cas, nécessaire, notamment, pour discuter la décision du magistrat du parquet et lui proposer une ou d'autres mesures que celles retenues par lui, telles que les alternatives aux poursuites ou la composition pénale » ; C. RIBEYRE, « Réforme de l'enquête pénale. Observations sur les questions soulevées par le groupe de travail chargé d'une mission relative à l'amélioration de la procédure pénale d'enquête », Annexe 18 in J. BEAUME, *Annexes. Rapport sur la procédure pénale*, juill. 2014, p. 10 : « (...) cette décision de poursuite est l'une des plus graves en démocratie, celle de la mise en accusation » ; COMMISSION DE MODERNISATION DE L'ACTION PUBLIQUE (présidée par J.-L. Nadal), *Refonder le ministère public*, rapp. préc., pp. 82-84, propositions 47 et 48, qui souhaite généraliser l'assistance du mis en cause par un avocat lors du défèrement ; F. DESPORTES, « Mission relative à l'amélioration de l'enquête pénale », Annexe 21, *Ibid.*, p. 17.

¹³⁸¹ Sur cette réforme, voir E. VERGES, « Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale. A propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2010, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales », art. préc., spéc. n° 5 ; G. TAUPIAC-NOUVEL et A. BOTTON, « La réforme du droit à l'information en procédure pénale », art. préc. ; 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, p. 1508 et s. ; N. LE CROZ, « L'audition des personnes soupçonnées dans les enquêtes pénales. Retour sur certaines modifications du code de procédure pénale issues de la loi du 27 mai 2014 », *AJ pén.* 2014, p. 320 et s.

comme il est dit aux articles 394 à 396, soit requiert l'ouverture d'une information, soit ordonne la poursuite de l'enquête, soit prend toute autre décision sur l'action publique en application de l'article 40-1. S'il ordonne la poursuite de l'enquête et que la personne est à nouveau entendue, elle a le droit d'être assistée, lors de son audition, par son avocat, en application de l'article 63-4-3. Cette loi a d'ailleurs modifié l'article 63-1, alinéa 4, du code de procédure pénale et prescrit désormais au procureur de la République de prendre en compte les observations qui seraient faites par le gardé à vue, avant qu'il ne décide d'une éventuelle prolongation de la mesure, ces informations pouvant être également transmises au juge des libertés et de la détention dans l'hypothèse où le procureur demanderait une prolongation de la garde à vue au-delà de la quarante-huitième heure.

Ainsi, l'impartialité du ministère public français se voit-elle mieux assurée désormais lors du défèrement, la présence, de l'avocat devant-elle lui permettre de se détacher de l'enquête réalisée par la police.

*

508. Conclusion de la Section 1^{re} : la capitalisation des ambiguïtés par le ministère public français. Les systèmes français et anglais manifestent une profonde divergence dans les garanties qui assortissent leur commune soumission du ministère public au principe d'impartialité. Et, il nous faut reconnaître que le système britannique présente une nette supériorité théorique sur le système français. D'une part, parce que si les deux systèmes rejettent la récusabilité du ministère public, un tel rejet n'apparaît justifiable qu'en droit anglais seulement, puisque celui-ci ne connaît pas la possibilité de récuser le juge. Sur ce point donc, l'analogie avec la posture du juge est parfaite. A l'inverse, puisque que le législateur français considère que l'impartialité implique la récusabilité, il apparaît discutable qu'il méconnaisse cette garantie lorsque le soupçon de partialité pèse sur le parquet. Aussi sur ce point, l'analogie avec la posture du juge n'est-elle que fragmentaire. D'autre part, et surtout, parce que le système anglais s'efforce de sanctionner les décisions partiales du ministère public en offrant au justiciable une garantie juridictionnelle. Aussi, si le droit anglais aime recourir aux fictions – que l'on songe notamment à la fiction du policier citoyen – il ne rechigne pas non plus devant la nécessité de les écarter lorsqu'il s'agit de limiter les excès du ministère public. Aussi, considère-t-il que la dimension judiciaire du ministère public ne masque pas le caractère public de l'institution et permet en conséquence que ces décisions puissent faire l'objet d'une *judicial review*. De même

considère-t-il que le caractère public de l'institution ne masque pas le plaideur et permet de contrôler la recevabilité des poursuites intentées par le biais de la doctrine de *l'abuse of process*.

Or, ce qui ressort avec le plus d'éclat de la comparaison, c'est que le ministère public français bénéficie toujours de l'enchevêtrement des multiples représentations que l'on se fait de lui. L'institution capitalise toutes les ambiguïtés, les traditions et les innovations. D'abord, sa figure traditionnelle de partie qui lui permet tout à la fois de ne pas être assujéti au respect du principe d'impartialité dans l'avant-procès, alors qu'il s'y conduit en juge, et d'éluder les conséquences de son éventuelle partialité une fois l'action publique déclenchée. Ensuite, sa figure traditionnelle de partie nécessaire lui permet de ne jamais voir le juge contrôler la recevabilité de l'action publique qu'il déclenche. En outre, sa figure d'autorité judiciaire, combinée à la conception française de la séparation des pouvoirs constitutionnels – et bien sûr à la séparation des autorités administratives et judiciaires – lui permet de soustraire ses décisions au contrôle du juge administratif. A la différence du système anglais, où l'autorité publique transparait toujours derrière l'autorité judiciaire, le parquet exerce toujours des fonctions judiciaires même lorsqu'elles se trouvent détachées de toute saisine du juge. De même, nous aurons à y revenir, sa figure de juge de l'opportunité des poursuites lui permet d'être désormais le destinataire, non plus le vecteur du contradictoire. Enfin, parce que sa figure de partie l'autorise à recueillir les preuves et à exercer tous les pouvoirs de police judiciaire, en complément de sa fonction de poursuivant.

Afin de garantir l'impartialité du ministère public français, il conviendrait donc que le parquet français ne puisse plus apparaître comme le rentier de ses multiples figures. Aussi, pourrait-il apparaître opportun de prendre exemple sur le système anglais. Dans cette perspective, l'une des pistes évoquées récemment consisterait à retrancher l'investigation de sa compétence. Toutefois, l'expérience anglaise vient assez clairement contredire la pertinence d'une telle suggestion.

Section 2^{nde} **LES CONTRADICTIONS DES HESITATIONS PROSPECTIVES**

509. L'une des oppositions majeures des combinatoires processuelles française et anglaise semble résider dans ce que le procureur de la République français dirige la police

judiciaire tout en se voyant conférer l'ensemble des pouvoirs de police judiciaire, aux termes des articles 12 et 41, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale, alors que le *CPS* ne dirige pas la police et ne dispose légalement d'aucun pouvoir d'investigation. Aussi, alors que le premier système opère une distribution des fonctions d'investigation et de poursuite entre la police et le ministère public qui peut conduire ce dernier à devoir apprécier les investigations diligentées sous son contrôle lorsqu'il doit décider d'entamer des poursuites, le second instaure une séparation des fonctions d'investigation et de poursuite entre la police et le *CPS*.

On serait tenté, de prime abord, de considérer qu'au regard de l'exigence d'impartialité, envisagée dans sa dimension objective, le système anglais manifeste une nette supériorité sur son homologue français. Le *CPS* se trouve en effet, objectivement, détaché de tout préjugé que pourrait faire naître la direction ou la réalisation d'une enquête, lorsqu'il décide s'il y a lieu d'engager des poursuites, alors que le procureur de la République français voit son appréciation des poursuites nécessairement contaminée par son rôle dans l'investigation puisqu'il peut avoir à se prononcer sur les résultats d'une enquête qu'il aurait dirigée ou qu'il aurait lui-même diligentée. En d'autres termes, le cumul fonctionnel qui s'opère entre les mains de ce dernier pourrait être considéré comme une cause nécessaire du défaut d'impartialité objective du ministère public français. Cette combinatoire serait d'autant plus problématique que le ministère public ne décide plus seulement, on l'a vu, d'initier des poursuites, mais peut aussi prescrire des mesures de traitement, ce qui le rapproche encore davantage de la figure d'un juge. Eu égard à l'évolution de ses fonctions, il pourrait paraître séduisant de supprimer les pouvoirs d'investigation du procureur afin de restaurer son impartialité objective lorsqu'il décide d'une réponse pénale. Cette tentation n'est pas sans rappeler les discussions traditionnelles sur la compatibilité entre les fonctions d'investigation et les fonctions juridictionnelles reconnues au juge d'instruction. Toutefois, fort du contre-exemple anglais, nous verrons que la tentation séparatiste (§ 1^{er}) pourrait se révéler illusoire (§ 2nd).

§ 1^{er} LA TENTATION SEPARATISTE : LE RETRANCHEMENT DE L'ENQUETE DES FONCTIONS DU MINISTERE PUBLIC FRANÇAIS

510. Le système français semble se laisser progressivement entraîner vers la contestation du cumul des fonctions d'enquête et de poursuite entre les mains d'un même organe (A), comme cela s'était produit initialement au sein du système anglais (B).

A. La contestation contemporaine en France du cumul des fonctions d'enquête et de poursuite entre les mains du procureur

511. La combinatoire française fait l'objet d'une lecture contradictoire : si certains auteurs mettent en avant l'existence d'une séparation *de facto* de l'enquête et de la poursuite, d'autres au contraire insistent sur ce renforcement, *de facto*, de la concentration de l'enquête et de la poursuite entre les mains du parquet.

512. *La combinatoire française en pratique : la séparation de facto de l'enquête et de la poursuite.* Théoriquement les systèmes anglais et français s'opposent dans la mesure où en Angleterre la maîtrise des investigations relève de la police alors qu'en France, cette maîtrise est aussi dévolue au ministère public. Pratiquement cependant, les situations sont relativement comparables et le constat est similaire, de part et d'autre de la Manche : les investigations sont le plus souvent réalisées par la police, le parquet se trouvant confronté à une certaine relégation, au mieux bureaucratique, au pire téléphonique¹³⁸². Sur la base du dossier qui lui est transmis ou du compte-rendu qui lui est fourni téléphoniquement par l'enquêteur, le parquetier se contente d'apprécier la suite qu'il convient de donner à l'affaire. Un auteur britannique note ainsi que le rôle du procureur de la République français se limite à « une sorte d'examen bureaucratique (nécessairement rétrospectif) des investigations conduites par la police avec une confiance considérable dans les preuves écrites et dans l'authenticité de la forme »¹³⁸³. Le procureur de la République adopte dès lors

¹³⁸² En France, avec la mise en place du TTR, en Angleterre, avec l'utilisation du *CPS Direct*. Sur le TTR, voir B. BASTARD et C. MOUHANA, « L'urgence comme politique pénale ? Le traitement en temps réel des affaires pénales », *APC* 2006/1, n° 28, p. 153 et s. ; B. BRUNET, « L'acte de juger dans le traitement en temps réel à partir du regard de l'anthropologue sur le service en temps direct d'une grande juridiction », *Gaz. Pal.* 2001, n° 9, p. 2 et s., et « Le traitement en temps réel : la justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale », *Droit et société*, 1998, n° 38, p. 91 et s. ; F. DEBOVE, « La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages », *Dr. pén.* 2006, étude 19 ; C. MANSIONI, « La nature juridique du traitement en temps réel des procédures pénales (TTR) », *AJ pén.* 2012, p. 152, pour qui « le compte rendu téléphonique fait par les enquêteurs est la forme habituelle de ce dialogue quotidien entre le parquet et les services d'enquête. Loin de constituer le symbole d'une prise de pouvoir des enquêteurs au détriment du parquet et donc de l'autorité judiciaire, le TTR favorise plutôt le rapprochement des deux pôles avec une exigence de confiance réciproque. Ce rapprochement institutionnel est au quotidien largement constructif au-delà des tempéraments et des caractères des acteurs qui y participent. En effet, l'enquêteur qui rend compte au parquet de l'évolution de son enquête a un intérêt majeur : faire en sorte que le fruit de son investissement professionnel puisse déboucher sur un résultat judiciaire positif. Le parquetier, quant à lui, veut s'assurer à la fois de la régularité de la procédure et de la réalité factuelle et juridique du dossier. Le TTR est donc un lieu de convergence d'intérêts dans lequel la finalité ultime reste la pertinence de la décision judiciaire attendue ».

¹³⁸³ J. HODGSON « The Police, the Prosecutor and the Judge d'Instruction », (2001) 41(2) *Brit. J. Crim.* 349. Pour un constat identique, voir A. GOLDSTEIN et M. MARCUS, « The Myth of Judicial Supervision in Three 'Inquisitorial' Systems : France, Italy and Germany », (1977) 87(2) *Yale L. J.* 240. Voir également, G.

« bien plus un rôle de juge du dossier soumis par la police qu'un rôle actif d'enquêteur sur les faits »¹³⁸⁴. Cette pratique serait ainsi la marque d'une séparation de fait entre les fonctions d'investigation et de la poursuite.

513. La combinatoire française en pratique : la concentration de facto de l'enquête et de la poursuite. A l'inverse, la Commission Beaume estime que la pratique du traitement en temps réel, à l'origine conçu pour contracter le temps séparant la clôture d'une enquête de la décision finale sur l'action publique et ainsi accélérer le cours de la justice, s'est progressivement transformée en une mainmise permanente du parquet sur le déroulement opérationnel des enquêtes. Outre la démotivation des enquêteurs qui se sont peu à peu estimés être de simples exécutants soumis aux instructions opérationnelles du parquet et le désengagement des cadres policiers de la direction de l'enquête, le traitement en temps réel (TTR) aurait conduit à la création d'une forme de connivence involontaire ou inconsciente entre magistrat et enquêteur, qui aurait fait reculer l'indépendance judiciaire, peu à peu attirée à la fonction policière. Il aurait ainsi favorisé la mutation du substitut en « super-officier de police judiciaire »¹³⁸⁵. Or, selon la commission, « le rôle du parquet n'est pas – et n'aurait pas dû être – de diriger le déroulement quotidien de toutes les enquêtes, mais bien d'assurer le contrôle de la légalité des moyens mis en œuvre par la police judiciaire, de la proportionnalité des actes d'investigations à la nature des faits et aux personnes concernées, de l'opportunité de conduire l'enquête dans telle ou telle direction, enfin de la qualité de son contenu, avant de prendre une décision d'action publique sur la suite pénale à lui donner ». Il y a en effet une « incompatibilité certaine à prétendre contrôler l'acte auquel on a personnellement participé ». Elle relève avec insistance que, même si, par nature, le ministère public – qui exerce l'action publique – ne pourra jamais être conventionnellement « impartial » au point de contrôler seul les atteintes à la liberté individuelle ou à la vie privée induites par une enquête, comme un « juge ou un magistrat habilité par la loi » au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde, plus forte sera la confusion, ou même la simple immixtion dans l'opérationnel, entre la fonction d'enquêteur et celle de magistrat du parquet, plus prégnant sera ce reproche de « partialité ». En d'autres termes, l'espace juridique revendiqué par le parquet pour constituer le « premier niveau » de garantie des libertés publiques, avant la nécessaire intervention graduée d'un juge, sera

GIUDICELLI-DELAGE, « La juste distance... Réflexions autour de mauvaises (?) questions. A propos de la réforme de l'instruction et de la procédure pénale française », art. préc., *loc. cit.*, p. 397.

¹³⁸⁴ J. D. JACKSON, « The Effect of Legal Culture and Proof in Decisions to Prosecute », art. préc., 121.

¹³⁸⁵ J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, préc., pp. 28-29.

proportionnel à la restauration de son rôle de magistrat, indépendant par rapport à la police judiciaire. Plus le parquet sera enquêteur, moins la procédure pourra lui confier de pouvoirs de contrôle sur les atteintes et restrictions induites par les investigations, et plus la procédure devra les confier au juge. En conséquence, la Commission propose de valider une distinction parquet-enquêteur, en complétant l'article 31 du code de procédure pénale¹³⁸⁶, en supprimant l'article 68 du code de procédure pénale¹³⁸⁷ et en modifiant l'alinéa 1^{er} de l'article 41 du même code pour retirer au parquet la possibilité d'effectuer lui-même les investigations¹³⁸⁸

B. La contestation traditionnelle en Angleterre du cumul des fonctions d'enquête et de poursuite entre les mains de la police

514. L'impartialité du poursuivant public, lors de la décision de poursuite et au procès lui-même, fut l'un des enjeux de la réforme ayant conduit à la création du *CPS*. La séparation organique de l'investigation – confiée à la police – et de la poursuite – confiée au *CPS* – avait pour objectif de conférer à la poursuite une certaine impartialité. En tant qu'organe extérieur aux investigations, le *CPS* devait objectivement évaluer les preuves recueillies par la police, et apprécier la suite à donner à l'affaire comme un *Minister of justice*, désintéressé de l'obtention d'une condamnation à tout prix, alors que la police, une fois les investigations terminées, était considérée comme souhaitant sécuriser ses investigations, sans égard pour la complétude ou la suffisance de l'enquête et l'intérêt public de poursuivre. Toutefois, c'est à l'aune de l'expérience du séparatisme (2) que doit être appréciée la pertinence des appels théoriques à la réforme (1).

1. La théorie du séparatisme en Angleterre

515. Les critiques du cumul fonctionnel avait mis à jour différentes modalités théoriques d'une réforme (a) que n'a qu'imparfaitement suivies le législateur anglais (b).

¹³⁸⁶ Qu'elle propose de rédiger comme suit : « Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu ».

¹³⁸⁷ Aux termes duquel : « L'arrivée du procureur de la République sur les lieux dessaisit l'officier de police judiciaire. Le procureur de la République accomplit tous les actes de police judiciaire prévus par le présent chapitre . Il peut aussi prescrire à tous officiers de police judiciaire de poursuivre les opérations ».

¹³⁸⁸ Art. 41 CPP : « 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 ». Nous soulignons.

a. Les modalités théoriques de la suppression du cumul fonctionnel entre les mains de la police : séparation ou distribution des fonctions d'enquête et de poursuite

516. Montée des contestations et tentatives de réforme. La concentration des fonctions de poursuite et d'enquête qui se manifeste au XIX^{ème} siècle, imposée par la faiblesse de la *private prosecution*, et qui consacrait la souveraineté de la police dans l'avant-procès pénal, ne fut pas sans troubler les commentateurs. Tout au long du XIX^{ème} siècle, des voies s'élevèrent pour critiquer le mélange des genres auquel aboutissait le pragmatisme processuel anglais. Les discussions qui eurent lieu notamment devant le Parlement aboutirent au constat de l'impossibilité pour la police de concentrer et la fonction de poursuivre les infractions et celle d'enquêter sur celles-ci : la fonction de poursuivre les infractions nécessite en effet un certain détachement dans l'appréciation des éléments de preuve recueillis, détachement dont la police ne saurait faire montre alors qu'elle a la charge de se livrer aux investigations¹³⁸⁹. Il apparut ainsi nécessaire de créer une autorité publique chargée des poursuites. De nombreuses résistances¹³⁹⁰ ne permirent cependant que l'adoption d'une réforme de compromis, la création en 1879 du *Director of Public Prosecutions (DPP)*, autorité de poursuite aux pouvoirs limités se superposant au système en place.

Les critiques se sont maintenues tout au long du XX^{ème} siècle, au travers notamment du rapport du *Criminal Justice Committee* et du rapport de Sir Henry Fisher¹³⁹¹. Le rapport du *Criminal Justice Committee* relevait ainsi, en 1970, que le système britannique comportait deux vices majeurs. Le premier est qu'« il confond deux fonctions et deux responsabilités distinctes et disparates, à savoir l'énergique investigation des infractions et l'évaluation calme, attentive et objective de l'intégralité des preuves et de toutes les chances requises pour qu'une décision correcte soit rendue, afin de savoir si une poursuite doit être intentée et, le cas échéant, continuée ». Le second est qu'« il heurte le principe selon lequel la poursuite devrait être – et devrait pleinement apparaître – indépendante, impartiale et équitable ; préoccupée uniquement par la recherche de la vérité et non par la victoire ou la

¹³⁸⁹ Cinq propositions de lois furent ainsi déposées avant que le Parlement ne vote le *Prosecution of Offences Act 1879* créant le DPP : en 1854, 1855, 1870, 1871 et 1879. Sur l'étude des discussions parlementaires ayant abouti à la création d'une autorité chargée des poursuites, voir KURLAND (P. B.) et WATERS (D. W. M.), « Public Prosecution in England, 1854-79 : An Essay in English Legislative History », art. préc.

¹³⁹⁰ Kurland et Waters rapportent ainsi les propos tenus par Sir William Harcourt lors de la discussion du *bill* de 1879 : la seule raison pour laquelle la création d'une autorité publique chargée des poursuites ne fut pas soutenue par le Parlement est, selon lui, qu'une telle création « rencontra l'opposition du plus redoutable des corps, excepté les patrons de pubs, du pays... Je veux dire les avocats ». Voir KURLAND (P. B.) et WATERS (D. W. M.), *ibid.*, p. 505.

¹³⁹¹ SIR HENRY FISHER, *Report of an Inquiry by the Honourable Sir Henry Fisher into the circumstances leading to the trial of three persons on charges arising out of the death of Maxwell Confait and the fire at 27 Doggett Road, London SE6*, 1977.

défaite ». Selon le comité, « l'officier de police honnête, zélé et consciencieux, qui s'est convaincu que le suspect est coupable, devient psychologiquement engagé dans la poursuite et par là-même dans la réussite de celle-ci. Il souhaite poursuivre et veut gagner. Comme Sir Alexander Cockburn, qui fut ensuite *Attorney General* (devant le *Select Committee on Public Prosecutors* en 1856), le releva : lorsque la police « s'implique dans la conduite de la poursuite... elle acquiert un penchant plus fort que celui qui en toutes circonstances s'attache naturellement à ses preuves. En conséquence, un *Senior Officer* peut être empêché de délivrer un refus de poursuivre afin de ne pas entamer le moral de ses hommes – alors qu'un poursuivant indépendant ne serait pas influencé par de telles considérations »¹³⁹². Les critiques s'appuyaient ainsi sur le constat que le cumul favorisait la poursuite de dossiers faibles, ayant peu de chances de se conclure par une condamnation¹³⁹³. De plus, si l'on contestait le cumul des fonctions d'enquête et de poursuite entre les mains de la police, on critiquait parallèlement le manque de pouvoirs de la police dans la seule fonction qui devrait être la sienne, l'enquête. « (...) la loi donnait à la police des pouvoirs qui aurait dû être confiés à une autre autorité ; mais le problème qui se posait à propos des enquêtes était que la police manquait de pouvoirs adéquats pour exercer sa propre fonction sans contestation possible »¹³⁹⁴.

Il fallut néanmoins attendre les conclusions de la *Royal Commission of Criminal Justice* mise en place en 1978 à la suite de l'affaire Maxwell Confait – où trois adolescents furent condamnés par erreur pour le meurtre de Maxwell Confait – pour voir le législateur adopter une réforme d'ensemble tendant à séparer les autorités chargées de l'enquête de celles chargées de la poursuite. Le *Police And Criminal Evidence Act 1984* vint ainsi définir et renforcer les pouvoirs de la police dans les investigations, le *Prosecution Of Offences Act 1985* venant quant à lui parfaire le dispositif législatif en réorganisant la poursuite des infractions.

517. Séparation ou distribution des fonctions d'enquête et de poursuite ? Si le constat, tant de l'incompatibilité de la réunion des fonctions d'enquête et de poursuite entre les mains d'une même autorité, que de la nécessité de créer une autorité chargée des poursuites publiques était largement partagé lorsque fut créé le CPS, le contenu de la

¹³⁹² CRIMINAL JUSTICE COMMITTEE, *Report*, « The Prosecution Process in England and Wales », [1970] *Crim LR* 668.

¹³⁹³ Sur ce phénomène, voir A. SANDERS et G. F. COLE, « The Prosecution of 'weak' Cases in England and Wales, (1982) *Crim. Just. Rev.* 23, spéc. 31, où les auteurs concluent que « la recherche menée suggère qu'en Angleterre, la décision de poursuivre tend à être fondée sur un critère qui provient des préoccupations de la police plus que de celles des avocats de la poursuite ».

¹³⁹⁴ J. R. SPENCER, *Jackson's Machinery of Justice*, *op. cit.*, p. 216.

réforme, c'est-à-dire la portée de la séparation devant être introduite et les pouvoirs devant être reconnus à une telle autorité, fut l'objet d'un vif débat. L'ensemble des commentateurs considérait qu'un cloisonnement total des fonctions attribuées à l'autorité d'enquête et à l'autorité de poursuite était pratiquement irréalisable, et la discussion se cristallisa autour de la question de la spécialisation et de l'indépendance de ces autorités. Ainsi, les *magistrates* souhaitaient que soit introduite en Angleterre une autorité publique chargée des poursuites calquée sur le modèle existant en Ecosse, c'est-à-dire une autorité disposant seule du pouvoir de décider de l'exercice des poursuites et bénéficiant de pouvoirs de direction de la police. Dans cette optique, l'autorité en charge des poursuites devait bénéficier, à titre principal, d'un monopole de la décision de poursuite et, à titre accessoire, de pouvoirs d'investigation résultant notamment d'un pouvoir de direction des investigations effectuées par la police¹³⁹⁵. Serait ainsi mise en place une séparation combinant la spécialisation de la police dans la fonction d'enquête et une subordination de celle-ci à l'égard d'une autorité de poursuite qui ne serait pas uniquement spécialisée dans la fonction de poursuite. A l'inverse, et partant du même constat de l'impossibilité d'une séparation rigide des fonctions¹³⁹⁶, la *Royal Commission* considéra qu'il n'existait, au sein des pays de *common law*, aucun système dans lequel « l'autorité chargée de la décision initiale, l'officier dans la rue, voit son pouvoir discrétionnaire de débiter le processus de la poursuite circonscrit par autre chose que sa formation et les contraintes de la loi ». Il serait selon elle impossible, et même indésirable, « que ce pouvoir discrétionnaire soit davantage limité. Ainsi, la théorie pure de la séparation ne fonctionnerait pas en pratique »¹³⁹⁷. Elle souhaitait par conséquent que la police conserve la décision d'initier des poursuites et que le *prosecutor* ne se voie pas reconnaître de pouvoirs de direction sur les investigations menées par celle-ci. Dans cette perspective, la police devrait exercer, à titre principal, les fonctions d'investigation, de manière autonome, et, à titre accessoire, prendre la décision initiale d'intenter des poursuites, cumulant ainsi les pouvoirs d'enquête et le pouvoir de décider d'entamer des poursuites. L'autorité chargée des poursuites, spécialisée dans sa fonction de poursuite,

¹³⁹⁵ Voir ainsi CRIMINAL JUSTICE COMMITTEE, rapp. préc., *loc. cit.*, 679.

¹³⁹⁶ ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, Cmnd. 8092, rapp. préc., § 6.30, p. 133. Selon la commission, « en pratique, il est difficile de parvenir à une séparation totale. Les deux fonctions se chevauchent et sont entrelacées. Cela est dû en partie au fait que la décision de poursuivre n'est pas un acte intellectuel isolé d'une personne seule, à un moment identifiable dans l'avant-procès, mais le résultat d'une série de décisions très différentes prises par de nombreuses personnes à diverses étapes du processus ». Sur les travaux de la *Philips Commission*, voir S. UGLOW, « Independent Prosecutions », (1984) 11(2) *J. L. & Soc.* 233, et les critiques de A. SANDERS et G. F. COLE, « Criminal Prosecution in England: Evolution and Change », (1981-1982) *Conn. L. Rev.* 23, spéc. 39 : « A moins que le système créé ne donne un pouvoir discrétionnaire clair au poursuivant, il n'y aura eu que peu de modifications ».

¹³⁹⁷ *Ibid.*, § 6.31, p. 133.

porterait ainsi un second regard sur les preuves recueillies en toute indépendance par la police, se contentant d'infirmer ou de confirmer la décision prise par cette dernière, et soutiendrait l'accusation à l'audience.

b. Le contenu de la réforme : distribution des fonctions et spécialisation du poursuivant

518. *L'organisation et les fonctions initiales du CPS.* Ce fut cette dernière solution qui fut adoptée par le *Prosecution of Offences Act 1985*, créant le *Crown Prosecution Service*. Le CPS s'est vu en effet conférer la fonction de prendre en charge les poursuites intentées par la police. Aux termes de la Section 3 (1) du *Prosecution of Offences Act 1985*, le DPP (et donc le CPS sur lequel celui-ci a autorité) a l'obligation :

- « a) de prendre en charge la conduite de toutes les poursuites pénales, autres que les poursuites particulières, intentées au nom d'une autorité de police (ou par un membre de cette autorité ou toute autre personne) ;
- b) d'intenter et de conduire les poursuites pénales chaque fois qu'il lui apparaît que : l'importance ou la difficulté de l'affaire rend adéquat que les poursuites soient par lui intentées ; ou qu'en d'autres hypothèses, il apparaît approprié que les poursuites soient par lui intentées (...) ».

Il fut également reconnu au CPS le pouvoir de prendre en charge, discrétionnairement, les poursuites intentées par une personne privée, citoyen ou victime¹³⁹⁸. Une fois ces poursuites prises en charge, le CPS pouvait alors décider, soit de les continuer en les soutenant devant la juridiction de jugement, soit, au contraire, de les arrêter¹³⁹⁹.

¹³⁹⁸ Selon la section 6 (2) du *Prosecution of Offences Act 1985*, le DPP, « lorsque des poursuites ont été intentées dans les cas où le directeur n'a pas l'obligation de prendre en charge leur conduite, peut néanmoins le faire à tout moment ». Le dispositif est complété par le *Code for Crown Prosecutor*, édicté conformément à la section 10 du *Prosecution of Offences Act*. Le *Code for Crown Prosecutor* prévoit ainsi que la continuation de la poursuite nécessite que le dossier ait réussi le *Threshold Test*, lequel comporte deux épreuves : l'*evidential test*, qui signifie que le CPS doit être convaincu qu'il existe des preuves suffisantes permettant une perspective réaliste de condamnation (*realistic prospect of conviction*) ; le *public interest test*, qui implique que des poursuites soient commandées par l'intérêt public.

¹³⁹⁹ Le déclenchement des poursuites par une personne privée peut apparaître comme contraire à l'intérêt public. A l'inverse, la poursuite peut apparaître comme relevant d'un intérêt public et nécessiter, en conséquence, une prise en charge par l'Etat plutôt que d'être laissée entre les mains d'une personne privée. Lorsque le CPS souhaite arrêter les poursuites intentées par la police, la section 23 (3) du *Prosecution of Offences Act 1985* dispose que la notification de cessation des poursuites doit intervenir, dans le cas d'un *summary trial*, avant que le poursuivant ne commence à présenter ses preuves. Dans le cas d'une *indictable offence* renvoyée en jugement devant la *Crown court*, la notification peut intervenir à tout moment, mais est privilégiée une notification avant l'*indictment*. Dans le cadre de poursuites intentées par une personne privée, il peut arrêter les

L'indépendance de la police se manifestait, statutairement, par un rattachement du *CPS* au *DPP* et, fonctionnellement, par l'absence de pouvoirs de direction du *CPS* tant sur les investigations effectuées que sur les charges retenues par la police, même si le *Prosecution of Offences Act* reconnaissait au *CPS* la possibilité de lui donner des conseils et de modifier les charges qu'elle aurait initialement retenues¹⁴⁰⁰.

2. L'expérience du séparatisme en Angleterre

519. La pratique mit rapidement à jour les faiblesses du système initialement consacré par le *POA* 1985. L'absence de spécialisation de la police dans la fonction d'enquête et l'indépendance de celle-ci assurait en effet une forte dépendance fonctionnelle du *CPS* (a). L'intérêt de la création d'un tel organe fut rapidement remis en cause au regard des résultats obtenus (b).

a. La faiblesse initiale du *CPS*

520. *Les insuffisances de la combinatoire adoptée par le Prosecution of Offences Act 1985.* La création du *CPS* avait pour ambition de garantir un contrôle impartial des actes d'investigations effectués par la police. Cependant, de manière paradoxale, la mise en œuvre de la séparation issue du *Prosecution of Offences Act* 1985 aboutissait à un système contredisant ces objectifs. L'absence de spécialisation de la police dans sa fonction d'enquête, qui permettait ainsi à celle-ci de demeurer compétente pour prendre la décision de poursuivre et décider des charges devant être retenues, plaçait le *CPS* dans une position subordonnée. Une telle subordination était d'ailleurs renforcée par l'indépendance de la police dans les fonctions qui lui étaient confiées¹⁴⁰¹.

521. *La double dépendance fonctionnelle du CPS.* En réalité, le système mis en place par le *Prosecution of Offences Act* consacrait une forte dépendance fonctionnelle du *CPS*, tant

poursuites à tout moment. L'effet de la notification est d'arrêter automatiquement la procédure, alors même que la personne poursuivie n'est pas techniquement acquittée et qu'il sera possible d'intenter à l'avenir de nouvelles poursuites dans l'hypothèse, notamment, où de nouvelles preuves seraient recueillies.

¹⁴⁰⁰ Section 3 (e) du *Prosecution of Offences Act* 1985.

¹⁴⁰¹ En ce sens, M. McCONVILLE et J. BALDWIN, « Recent Developments in English Criminal Justice and the Royal Commission on Criminal Procedure », (1982) 10 *Int. J. Sociology of Law* 287, spéc. 299 : « (...) il n'est pas attendu du *Crown Prosecutor* qu'il exerce un véritable rôle interventionniste, et il est en conséquence logique que la Commission organise les informations qu'il reçoit d'une manière qui lui évite de tenter d'aller au-delà d'un dossier très succinct ».

en raison de l'indépendance de la police que de l'absence de spécialisation de celle-ci dans la fonction d'enquête.

D'une part, l'indépendance dont disposait la police aboutissait à cantonner le *CPS* dans une fonction de poursuite considérée abstraitement. Le *CPS* ne disposait en effet d'aucun pouvoir de direction sur les investigations effectuées par la police. Si le *Prosecution of Offences Act* lui reconnaissait la possibilité de donner des conseils à la police, cette dernière n'avait cependant pas l'obligation de les suivre. Finalement, la rigidité de la séparation entre, d'un côté, un *CPS* spécialisé dans la fonction de poursuite et donc dépourvu de pouvoirs d'investigations propres et, de l'autre, une police autonome dans sa fonction d'investigation, renforçait la faiblesse de la séparation : la décision du *CPS* de continuer les poursuites ne pouvait s'effectuer qu'à partir des éléments de preuve recueillis et produits par la police elle-même. L'autorité de contrôle, certes dans une position impartiale puisque n'ayant pas participé aux investigations, ne pouvait s'appuyer que sur les éléments fournis par l'autorité contrôlée. La matière sur laquelle s'opérait le contrôle du *CPS* était entièrement façonnée par la police.

D'autre part, une telle dépendance fonctionnelle du *CPS* se voyait renforcée par le maintien des pouvoirs de poursuite de la police. La séparation était en effet matériellement limitée, puisque la police conservait le pouvoir d'entamer les poursuites et de déterminer ainsi les charges. Cette absence de spécialisation de la police dans la fonction d'enquête emportait deux conséquences. Positivement, c'est-à-dire lorsque la police avait décidé d'entamer des poursuites, la fonction du *CPS* consistait uniquement à porter un second regard sur la décision de cette dernière¹⁴⁰². Il ne prenait sa décision quant au maintien ou à l'abandon des poursuites, qu'une fois que la décision d'entamer les poursuites avait été prise par la police au regard d'une enquête que cette dernière avait menée en toute indépendance. La compétence du *CPS* était, en réalité, une compétence liée à l'appréciation de la police et à une décision positive de cette dernière. La nature même du contrôle mis en place plaçait le *CPS* dans une position délicate. En effet, alors que l'exercice de sa fonction de poursuite nécessitait qu'il maintienne de bonnes relations avec la police, de telles relations étaient affectées lorsqu'il infirmait la décision de poursuite de la police, la cessation des poursuites entamées par cette dernière impliquant nécessairement un

¹⁴⁰² Selon Andrew Sanders, le *CPS* n'est pas un « *decision-taker* » mais un « *decision-reverser* ». Voir A. SANDERS, « Prosecution Systems » in M. MCCONVILLE et G. WILSON, *The Handbook of the Criminal Justice Process*, *op. cit.*, p. 158.

reproche du CPS à son égard¹⁴⁰³. Négativement, cela signifiait que le CPS n'intervenait pas lorsque la police avait décidé de ne pas poursuivre. Le CPS ne pouvait dès lors s'assurer que les affaires qui semblaient solides n'étaient pas abandonnées à la fin des investigations alors que les charges auraient justifié une poursuite. Il pouvait ainsi ne jamais avoir connaissance de ces affaires¹⁴⁰⁴. La police demeurait donc maîtresse de l'entrée dans le processus judiciaire et de la compétence du CPS.

522. Le renforcement de la police derrière les apparences d'un affaiblissement de celle-ci ? Les débuts du CPS furent difficiles et reflétèrent ainsi le paradoxe d'une séparation théoriquement destinée à assurer un contrôle impartial des actes d'investigation d'une police longtemps souveraine de l'avant-procès pénal et qui, finalement, renforçait la domination de cette dernière. Conformément aux craintes des commentateurs, la question de l'intérêt de la création d'un tel organe fut rapidement soulevée au regard des pratiques adoptées et des résultats obtenus. L'étude menée par Mike McConville, Andrew Sanders et Roger Leng entre 1986 et 1988, au sein de trois forces de police, avait permis de révéler que le CPS n'arrêtait que rarement les poursuites portant sur les dossiers faibles, et que, lorsqu'il décidait d'abandonner celles-ci, ce n'était souvent qu'à l'initiative de la police ou après plusieurs comparutions devant la juridiction¹⁴⁰⁵. Ainsi le CPS, créé précisément pour

¹⁴⁰³ J. R. SPENCER, *Jackson's Machinery of Justice*, *op. cit.*, p. 230. L'auteur relève que « psychologiquement, il est plus difficile pour le CPS de dire à la police que les poursuites qu'elle a intentées doivent être arrêtées plutôt que de lui dire qu'aucune poursuite ne doit être intentée. La première option implique un reproche tacite et le jugement que la police a agi maladroitement, la seconde ne l'implique pas ».

¹⁴⁰⁴ J. R. SPENCER, *ibid.*, p. 228. En ce sens également, A. SANDERS, « An Independent Crown Prosecution Service ? », [1986] *Crim LR* 18. L'auteur note que l'efficacité des pouvoirs du CPS repose sur la police : « Le pouvoir d'interrompre les poursuites peut être utilisé seulement si la police transmet les affaires instruites au *crown prosecutor* » ; J. TIMMONS, « The Crown Prosecution in Practice », [1986] *Crim LR* 31-32 : « Si une affaire doit être abandonnée, il sera bien meilleur qu'elle le soit avant qu'elle soit présentée à la cour (s.23(4)), mais cela nécessite, à son tour, que la police attire l'attention du *crown prosecutor* le plus tôt possible. Cette difficulté provient de la décision du gouvernement qui souhaitait que la police conserve le droit d'entamer les poursuites ».

¹⁴⁰⁵ M. MCCONVILLE, A. SANDERS et R. LENG, *The Case for the Prosecution*, *op. cit.*, p. 147. Les auteurs avancent plusieurs raisons : l'existence d'une tendance en faveur de la décision de poursuivre, la prédominance des intérêts et des valeurs de la police, la position subordonnée du CPS, l'existence de condamnations inattendues dans la mesure où les verdicts sont difficiles à prédire et l'espoir que, malgré la faiblesse du dossier, la personne poursuivie plaide finalement coupable. Selon eux, « en réalité, le système de contrôle est corporatiste par nature : marqué par la prédominance continue de la prise de décision de la police, une tendance à poursuivre, l'existence de grilles tarifaires extrajudiciaires (pour chaque comportement), l'adoption de comportements routiniers plutôt que de jugements individualisés et le rejet plus général du critère de l'intérêt public. La prédominance de la police résulte essentiellement de son contrôle sur la manière dont les affaires sont construites, une fonction qui lui permet d'anticiper et ainsi de contrôler l'examen ». Ils ajoutent que « le CPS, loin d'être un organe indépendant, est un corps dépendant de la police, se limitant à un examen des questions portant sur la suffisance des preuves, évitant le critère de l'intérêt public, tirant partie de la nature contradictoire et malléable des principes posés par les codes pour poursuivre des objectifs conçus d'une manière plus restrictive et, à son paroxysme, adoptant un mandat sans réserves appuyant la police ». Dans le même sens, voir A. MARTINI, « Angleterre : un autre parquet ? » in C. LAZERGES (dir.), *Figures du*

contrôler la décision de poursuivre et réduire le nombre de dossiers faibles parvenant devant la juridiction, aurait abouti paradoxalement à renforcer cette tendance : « Le CPS et non la police, est désormais responsable de ce qui se produit devant la juridiction. La police ne souffre pas lorsque les poursuites échouent. Avant la création du CPS, la police était responsable même si cela ne l'a pas empêchée d'exercer des poursuites de « principe » vouées à l'échec (...). Mais désormais, le CPS est un bouclier derrière lequel la police peut se protéger »¹⁴⁰⁶.

523. Le maintien des critiques, malgré des initiatives. Rapidement, des initiatives visant à pallier le manque de coordination entre la police et les *Crown Prosecutors*, furent prises. Afin d'amoindrir la rigidité de la séparation, des *Charging Standards* applicables à un petit nombre d'infractions furent en effet instaurés. Rédigés conjointement par la police et le CPS après une discussion en comité, ils offrent des directives détaillées sur les charges devant être retenues selon les circonstances. Leur objectif était de s'assurer que les charges adéquates étaient retenues dès le commencement de la procédure, plutôt que d'attendre que le CPS ne les modifie ou ne les altère lorsqu'il sera saisi de la décision de poursuite de la police. De tels *Charging Standards* furent ainsi rédigés pour les infractions de violence, les infractions graves commises à l'aide d'un véhicule terrestre à moteur et les infractions contre la tranquillité publique¹⁴⁰⁷. Une autre initiative consista à encourager la police à rechercher les conseils du CPS au travers de la mise en place, au sein de certaines forces de police, de *Lawyers At Police Stations*. Cependant, en pratique, les policiers ne sollicitaient les conseils de ces CPS *Lawyers* que dans deux pour cent des affaires, estimant disposer d'une plus grande expérience que ces derniers¹⁴⁰⁸.

parquet, op. cit., p. 49 et s., spéc. p. 50, qui constate une prépondérance de la police « dans ses relations fonctionnelles et institutionnelles avec le CPS ».

¹⁴⁰⁶ M. MCCONVILLE, A. SANDERS et R. LENG, *The Case for the Prosecution, op. cit.*, p. 157. D'autres études, parvenant au même constat de la forte tendance du CPS à ne pas arrêter les poursuites malgré la faiblesse du dossier, concluent, à l'inverse, que c'est une interprétation particulière du critère tenant à l'intérêt public qui conduit très souvent le CPS à poursuivre malgré la pauvreté des éléments de preuve recueillis. Il en va ainsi dans la poursuite des violences familiales ou lorsque la victime de l'infraction est particulièrement vulnérable : dans ces hypothèses, le CPS estime qu'un fort intérêt public nécessite de continuer les poursuites malgré la faiblesse du dossier. Voir en ce sens l'étude de J. BALDWIN, « Understanding Judge Ordered and Directed Acquittals in the Crown Court », [1997] *Crim LR* 536.

¹⁴⁰⁷ Sur la mise en place des *Charging Standards*, voir notamment A. ASHWORTH, « Developments in the Public Prosecutor's Office in England and Wales », art. préc., p. 272. L'auteur relève que certains policiers critiquent ces *Charging Standards* dans la mesure où ils favorisent une sous-qualification des faits.

¹⁴⁰⁸ Voir ainsi, l'étude de J. BALDWIN et A. HUNT, « Prosecutors Advising in Police Stations », [1988] *Crim LR* 521.

524. Les propositions de la Auld Review. Ces initiatives locales ne modifièrent cependant pas le sentiment général d'une mauvaise coordination des fonctions de la police et du CPS. En 2001, Auld LJ, dans sa *Review of the Criminal Courts of England and Wales*, appela à des modifications majeures des fonctions du CPS. Selon lui, le *prosecutor* devrait prendre le contrôle des affaires dès le stade de la formulation des charges et même, lorsque cela apparaît approprié, dès avant celle-ci. Il devrait ainsi choisir les charges dès le commencement de l'affaire et assumer un rôle plus direct dans la communication des éléments, développer un rôle plus proactif dans la construction du dossier pour le procès, communiquant de façon appropriée et promptement avec tous les intéressés. A cette fin, il serait nécessaire que soient octroyés au CPS davantage de pouvoirs, en particulier le pouvoir de déterminer les charges initiales, et que lui soient accordées des ressources plus importantes, en particulier un personnel expérimenté. La *Auld Review* conclut ainsi que le CPS « devrait déterminer les charges dans le cadre de toutes les infractions, hormis les infractions mineures, de masse, ou lorsque, du fait des circonstances, il y aurait besoin de formuler des charges avant de s'enquérir des conseils du service »¹⁴⁰⁹.

525. Le Criminal Justice Act 2003. L'appel fut entendu par le législateur britannique. Les sections 28, 29 et 30 du *Criminal Justice Act 2003*, combinées avec la *schedule 2* du même *Act*, vinrent ainsi annoncer une modification des fonctions du CPS¹⁴¹⁰. Ces dispositions introduisent le *Statutory Charging Scheme*¹⁴¹¹, modifiant la répartition des compétences dans la poursuite des infractions pour lesquelles une personne suspectée a été placée en garde à vue, et dont le contenu est fixé par une directive (*guidance*) du DPP.

La *Director's Guidance on Charging* de février 2007¹⁴¹² prévoyait ainsi une compétence de principe des *Crown prosecutors* pour décider d'intenter des poursuites, décider de la nature des

¹⁴⁰⁹ LORD JUSTICE AULD, *A Review of the Criminal Courts of England and Wales by The Right Honourable Lord Justice Auld*, sept. 2001, p. 412.

¹⁴¹⁰ La section 28 du *Criminal Justice Act 2003*, intitulée « Charging or release of persons in police detention », renvoie ainsi à la *schedule 2* du même *Act*. La section 2 de la *schedule 2* du *Criminal Justice Act 2003*, également intitulée « Charging or release of persons in police detention », modifie la section 37 (7) du *PACE* relative aux obligations des *custody officers* avant l'engagement des poursuites, et sa section 3 insère une section 37 (A) au *Police and Criminal Evidence Act 1984*, intitulée « Guidance », dont la sous-section (1) (a) prévoit l'élaboration d'une directive du DPP afin de déterminer les prérogatives du *custody officer*.

¹⁴¹¹ Sur le *Statutory Charging Scheme*, voir I. BROWNLEE, « The Statutory Charging Scheme in England and Wales: Towards a Unified Prosecution System? » [2004] *Crim LR* 897. L'auteur résume ainsi l'objectif spécifique du nouveau *charging scheme arrangement*: « (...) l'élimination dès la première occasion des affaires sans espoir, la production de dossiers plus solides, l'élimination des retards non nécessaires et injustifiés dans la période se situant entre la décision de poursuite et la disposition de celle-ci et la réduction du nombre de procès qui se 'lèzardent' à travers une offre et une acceptation d'un plaider-coupable en échange d'une réduction de charges à un stade avancé de la procédure ».

¹⁴¹² *The Director's Guidance on Charging*, 3^{ème} éd., févr. 2007.

charges retenues et dresser l'acte d'accusation pour toute *indictable offence*, toute *either way* ou toute *summary offences* lorsqu'un *custody officer* aura considéré que le *Threshold Test* est positif. Par exception, la police conservait la décision de poursuite sans en référer initialement au *Crown Prosecutor* pour un certaines infractions, les *summary offences* ou les *either way offences* lorsqu'il existe une forte probabilité que la personne soupçonnée plaide coupable et qu'elle sera justiciable de la *magistrates' court*, sauf lorsque ces *either-way offences* figurent dans la liste des infractions expressément exclues du champ de compétence de la police¹⁴¹³.

526. Une séparation, non des fonctions au sens juridique, mais des fonctions au sens matériel. La suppression du pouvoir de poursuite initiale efface ainsi le système souple qu'avait mis en place la *Royal Commission* : le *CPS* prend désormais seul la décision de poursuivre et ne se contente plus d'un simple contrôle consistant à infirmer ou à confirmer la décision prise par la police. Une telle modification réduit ainsi certaines des faiblesses du *CPS*. La spécialisation de la police introduite par le *Statutory Charging Scheme* demeure cependant imparfaite. La police conserve la décision de poursuite pour les infractions de

¹⁴¹³ Dans la version de 2007 de la *Director's Guidance on Charging*, cette liste comprenait toute infraction aux *Road Traffic Acts* ou toute infraction impliquant un véhicule à moteur, une caravane ou un vélo se déroulant sur la voie ou sur une place publique, sauf dans certaines circonstances énumérées par le texte. Les circonstances visées par le paragraphe 3.3 (i), et qui redonnent compétence au *Crown Prosecutor* quant à la décision de poursuite, sont notamment le décès d'une personne ou une allégation de conduite dangereuse. Figuraient aussi toute infraction de fuite d'après le *Bail Act 1976* et toute infraction à une série de textes. Le paragraphe 3.3 (ii) vise ainsi toute infraction à la section 5 du *Public Order Act 1986*, au *Town Police Clauses Act 1847*, au *Metropolitan Police Act 1939*, au *Vagrancy Act 1824*, au *Street Offences Act 1959*, à la section 91 du *Criminal Justice Act 1967*, à la section 12 du *Licensing Act 1872*, ainsi que toute infraction à un arrêté municipal ou toute *summary offence* punie d'un emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à trois mois. A titre transitoire, le paragraphe 3.2 (iii) de la *Director's Guidance* prévoyait que la police demeurerait compétente pour décider de la poursuite et déterminer les chefs d'accusation d'une *either way* ou d'une *summary offence* lorsqu'il apparaissait à l'officier de police qu'un plaider-coupable était probable et que l'affaire était de la compétence de la *magistrates' court*, sauf pour certaines infractions énumérées en annexe. L'annexe A de la *Director's Guidance on Charging* prévoyait qu'il devait toujours en être référé au *Crown Prosecutor* afin que celui-ci puisse délivrer des conseils en amont et décider d'intenter des poursuites, pour un grand nombre d'infractions, peu important que la personne qui en est soupçonnée ait reconnu ou non en être l'auteur. Figuraient ainsi parmi ces infractions, toute infraction dont la poursuite nécessite l'accord de l'*Attorney General* ou du *Director of Public Prosecution*, toute *indictable offence*, toute *either way offence* qui sera jugée par la voie de l'*indictment* en raison des circonstances de sa commission ou de condamnations antérieures de la personne soupçonnée. Figuraient également toute infraction au *Terrorism Act 2000*, au *Prevention of Terrorism Act 2005* et toute infraction en lien avec une activité terroriste, toute infraction à l'*Explosive Substances Act 1883*, aux *Official Secrets Acts*, toute infraction commise avec circonstance aggravante de mobiles racistes, religieux ou homophobes, toute infraction considérée comme une *domestic violence*, toute infraction au *Sexual Offences Act 2003* commise par ou à l'encontre d'une personne âgée de moins de 18 ans, toute infraction impliquant un jeune délinquant récidiviste sauf celles dont la poursuite est de la compétence de la police en vertu du paragraphe 3.3, toute infraction commise au cours d'une chasse à cour en vertu du *Hunting Act 2004*. Figuraient enfin les infractions suivantes : le fait de causer des blessures graves en violation de la section 20 de l'*Offences Against the Person Act 1861*, les violences ayant occasionné des blessures en violation de la section 47 de l'*Offences Against the Person Act 1861*, le fait de causer des troubles violents en violation de la section 2 du *Public Order Act 1986*, le fait de prendre part à une rixe en violation de la section 3 du *Public Order Act 1986*, les infractions impliquant une tromperie en violation des *Theft Acts 1968* et 1978 et le recel de biens volés en violation de la section 22 du *Theft Act 1968*.

faible gravité et, dans ces hypothèses, les faiblesses initiales du contrôle opéré par le CPS seront maintenues. Surtout, les versions postérieures de la *Director's Guidance* viennent renforcer la compétence de la police dans la poursuite. La *Director's Guidance on Charging* édictée en janvier 2011 prévoit désormais que la police peut poursuivre toute *summary offence* sans avoir égard à la probabilité que la personne soupçonnée plaide coupable. De plus, elle vient réduire la liste des *either way offences* ne pouvant être poursuivies par la police¹⁴¹⁴. La dernière version de la *Director's Guidance on Charging*, de mai 2013, étend encore le domaine de compétence de la police et prévoit que celle-ci peut désormais poursuivre les vols à l'arraché ou tentative de vol à l'arraché indépendamment du sens du plaidoyer, mais à condition que la peine soit de la compétence de la *magistrates' court*¹⁴¹⁵. Elle prévoit, en outre qu'un inspecteur peut autoriser la poursuite si l'autorisation du *Crown Prosecutor* ne peut être obtenue avant l'expiration de la garde à vue, l'affaire devant en ce cas être soumise à l'appréciation du *prosecutor* avant la comparution de l'individu devant la juridiction¹⁴¹⁶.

L'élargissement du champ des infractions pour lesquelles la police décide seule d'intenter des poursuites apparaît dès lors en contradiction avec l'objectif du *Statutory Charging Scheme* d'affermir le contrôle du CPS dans la poursuite des infractions. L'argument avancé est de permettre au CPS de concentrer ses efforts sur les affaires les plus graves. Cependant, cet élargissement n'est pas sans soulever un certain nombre d'interrogations. D'abord, parce qu'il n'existe aucune raison de ne pas exiger une poursuite véritablement impartiale à l'endroit des infractions de faible gravité. Ensuite, parce que certaines *summary offences* ne sont pas des infractions de faible gravité¹⁴¹⁷. Enfin, car le critère permettant à la police de décider seule de la poursuite d'une *either-way offence* repose très largement sur la reconnaissance des faits par la personne soupçonnée. Or, c'est précisément cette reconnaissance de culpabilité qui nécessiterait en théorie un contrôle approfondi du CPS.

¹⁴¹⁴ *The Director's Guidance on Charging*, 4^{ème} éd., janv. 2011, § 19. La police a désormais compétence pour poursuivre seule le fait de prendre part à une rixe en violation de la section 3 du *Public Order Act* 1986, les infractions impliquant une tromperie en violation des *Theft Acts* 1968 et 1978 et le recel de biens volés en violation de la section 22 du *Theft Act* 1968, lorsque ces infractions sont susceptibles de donner lieu à un plaider-coupable et relèvent de la compétence de la *magistrates' court*.

¹⁴¹⁵ *The Director's Guidance on Charging*, 5^{ème} éd., mai 2013, « The division of charging responsibility », § 15 « Police Charging Decisions ».

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, § 20 « Police charging where a prosecutor's authority cannot be obtained before the expiry of a PACE time limit ».

¹⁴¹⁷ Comme le relèvent A. ASHWORTH et M. REDMAYNE, « c'est un pas en arrière vers la période ante-CPS, et, étant donné la gravité de certaines infractions sommaires (telles que les violences volontaires, l'agression d'un policier, le vol de véhicule), cela ravive la question de l'impartialité d'une police qui a en charge à la fois la poursuite et l'investigation de ces affaires ». Voir ainsi, A. ASHWORTH et M. REDMAYNE, *The Criminal Process*, *op. cit.*, p. 199.

Dans cette hypothèse, la police a tout intérêt à ce que la personne soupçonnée reconnaisse sa culpabilité, afin de conserver la maîtrise de la poursuite.

527. *L'affermissement relatif du CPS.* La spécialisation de la police, quoiqu'imparfaite, dans la fonction d'enquête, modifie ainsi la nature de l'intervention du *CPS*. Il ne se contente plus d'infirmer ou de confirmer une décision prise en amont par la police, il prend désormais lui-même la décision de poursuite et décide des charges qui seront retenues. Cependant, la spécialisation de la police dans la fonction d'enquête ne pouvait résoudre à elle seule le paradoxe. Si le *CPS* dispose désormais du monopole de la décision de poursuivre les infractions graves, assurant ainsi une meilleure séparation des fonctions respectives de la police et du *CPS*, la séparation demeurerait sans objet dans la mesure où le *CPS* ne pouvait exercer sa décision qu'à partir d'éléments d'investigation recueillis de manière autonome par la police.

b. Les voies possibles d'un renforcement du CPS

528. *Cumul fonctionnel du CPS ou renforcement des droits de la défense ?* Si la spécialisation de la police constituait un préalable à l'affermissement du rôle du *CPS*, elle ne pouvait suffire. La question de l'indépendance fonctionnelle de la police demeurerait posée : comment assurer un contrôle indépendant du *CPS* sur les actes d'une autorité indépendante dans sa fonction d'enquête ? Dans le système mis en place par le *Prosecution of Offences Act*, le contrôle du *CPS* reposait uniquement sur les actes d'investigations effectués par la police de manière indépendante et c'était précisément l'indépendance de la police dans sa fonction d'investigation qui assurait la dépendance du *CPS* dans sa fonction de contrôle. La poursuite est par définition, en Angleterre, subordonnée à l'enquête. Si les fonctions sont hiérarchisées et les organes spécialisés, l'autorité qui exerce la fonction la plus élevée est en conséquence supérieure aux autres. Dès lors, la hiérarchie des organes suit la hiérarchie des fonctions, et jamais une autorité subordonnée ne pourra contrôler de manière indépendante une autorité supérieure.

Deux voies étaient dès lors théoriquement possibles pour garantir l'indépendance fonctionnelle du *CPS*.

529. *Reconnaître des pouvoirs d'investigation au CPS ?* La première voie, qui peut se revendiquer d'une certaine filiation inquisitoire, aurait pu consister à reconnaître au *CPS*

des pouvoirs d'investigation, soit directement, en lui permettant d'effectuer de manière autonome un certain nombre d'actes d'investigation, soit indirectement, en lui reconnaissant des pouvoirs de direction sur les actes d'investigation réalisés par la police¹⁴¹⁸. La première solution aurait permis au *CPS* d'exercer son contrôle sur des actes qui n'auraient pas été réalisés seulement par la police et d'assurer ainsi son indépendance fonctionnelle. Certaines initiatives récentes sont d'ailleurs en ce sens : les *prosecutors* se sont ainsi vu reconnaître la possibilité de se livrer à des interrogatoires des témoins de la poursuite. L'innovation, introduite d'abord dans certains *CPS*¹⁴¹⁹, fut étendue au niveau national¹⁴²⁰. La généralisation d'une telle solution aurait cependant conduit à déspecialiser le *CPS*, à lui reconnaître, en plus de sa fonction de poursuite, certains pouvoirs d'investigation dans le but de garantir l'indépendance de son contrôle. Une telle solution privilégierait, en apparence, l'indépendance fonctionnelle du *CPS* au détriment de son impartialité : la reconnaissance au profit de l'autorité de poursuite de la possibilité de se livrer à certaines investigations ne conduirait-elle pas à ressusciter un système dans lequel une même autorité cumule des pouvoirs d'enquête et de poursuites, considérés comme incompatibles par la *Philipp's Commission*¹⁴²¹ ? La seconde solution aurait, quant à elle, permis de réduire la dépendance du *CPS* en lui permettant d'exiger de la police tous les actes nécessaires à l'exercice de sa fonction de contrôle, sans pour autant porter une atteinte trop prononcée à sa spécialisation et, partant, à son impartialité¹⁴²². Deux considérations ont cependant

¹⁴¹⁸ En ce sens, J. D. JACKSON, « The Ethical Implications of the Enhanced Role of the Public Prosecutor », art. préc., p. 42 : « Tant qu'existait une répartition claire des fonctions entre l'enquête qui revenait à la police et les poursuites exercées sur la base du dossier de la police, les *prosecutors* pouvaient prétendre réaliser un contrôle indépendant de la police, mais en réalité, ils n'étaient pas en mesure de sonder efficacement le bien-fondé de l'accusation, comme le montre le pourcentage important d'affaires qui ont dû être abandonnées au procès. Maintenant que le *statutory schemes* requiert que le *CPS* prenne en charge les affaires et collabore avec la police avant même la décision de poursuite, il doit assumer un rôle plus actif que par le passé ».

¹⁴¹⁹ Sur cette innovation, voir P. ROBERTS et C. SAUNDERS, « Introducing Pre-Trial Witness Interviews - a Flexible New Fixture in the Crown Prosecutor's Toolkit », [2008] *Crim LR* 831.

¹⁴²⁰ Le paragraphe 4.8 du *Code for Crown Prosecutors* 2010 dispose ainsi que « lorsqu'il est estimé que cela serait utile pour l'évaluation de la fiabilité de la preuve d'un témoin ou pour mieux comprendre une preuve complexe, un procureur autorisé et convenablement formé devrait mener des entretiens préparatoires au procès avec le témoin conformément au code de déontologie pertinent ».

¹⁴²¹ Ce fut d'ailleurs l'un des arguments avancés par le rapport de la *Royal Commission on Criminal Justice*, dite *Runciman Commission*, en 1993. Celle-ci, en effet, rejette l'idée que le *CPS* puisse disposer de pouvoirs d'investigation ou de pouvoirs de direction sur les investigations menées par la police. Le cumul de ces fonctions risque, selon elle, de conduire à une perte d'objectivité de la part du *prosecutor*. Voir ainsi, ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE, Cm. 2263, rapp. préc., p. 3, § 22, et p. 72, §§ 15-16. Pour une critique de l'approche de la *Runciman Commission*, voir S. FIELD, « Judicial Supervision and the Pre-Trial Process », [1994] *J. L. & Soc.* 119, spéc. 124 et s. : « (...) il est important de distinguer entre différentes combinaisons de fonctions. Réunir la poursuite et le contrôle des investigations soulève des questions différentes de celles qui sont posées lorsque la poursuite est réunie avec l'investigation elle-même, ou lorsque les fonctions de poursuite, d'investigation et de jugement sont toutes exercées par le même organe ».

¹⁴²² En faveur d'une telle solution, voir R. M. WHITE, « Investigators and Prosecutors or, Desperately Seeking Scotland : Re-formulation of the 'Philips Principle' », art. préc.

conduit le législateur à ne pas consacrer pleinement une telle solution : l'une de nature statutaire, l'autre de nature pragmatique. D'une part, reconnaître au *CPS* des pouvoirs de direction sur les investigations menées par la police nécessiterait de conférer force obligatoire aux directives du *Crown Prosecutor*, et donc de reconnaître au *CPS* des moyens de contraindre la police à déférer à ses ordres. Une telle hiérarchisation aurait inévitablement posé un problème de statut, le *CPS* étant étatisé et hiérarchiquement soumis au *Director of Public Prosecution*, alors que la police a conservé son organisation décentralisée. D'autre part, dans les systèmes qui reconnaissent au ministère public un pouvoir de direction sur les actes d'investigation effectués par la police, la pratique révèle que celui-ci adopte la plupart du temps un rôle passif dans les investigations effectuées¹⁴²³. Ainsi, c'est une considération pragmatique qui l'emporte : pourquoi reconnaître au poursuivant des pouvoirs d'investigations ou de direction des investigations si, comme la pratique des systèmes étrangers le montre, celui-ci ne les exerce finalement pas et fonde son contrôle sur les seuls éléments de preuve recueillis par la police elle-même ?

530. Renforcer les droits de la défense ? Une seconde voie, qui se revendique d'une filiation accusatoire, considérerait que reconnaître des pouvoirs d'investigations autonomes ou des pouvoirs de direction sur les investigations de la police serait vain. Il n'y aurait rien à attendre des agents de l'Etat pour découvrir si la police dit la vérité, toute la vérité. Andrew Sanders relève ainsi que « peu d'affaires se présentent d'elles-mêmes comme nécessitant de nouvelles investigations et se livrer à de nouvelles investigations conduirait, même si cela était pratiquement réalisable, simplement à dupliquer le travail de la police. Cela conduirait à faire du *CPS* une nouvelle force de police ». D'après ce commentateur, le seul remède serait d'ouvrir les dossiers de la police à la défense afin de mettre en lumière leur processus de construction et permettre ainsi à la défense de se livrer elle-même à de nouvelles investigations¹⁴²⁴. Dans cette optique, l'information du *CPS* dépasserait le simple cadre du dossier construit par la police, sans attenter à l'impartialité de celui-ci par le biais d'une déspecialisation. Le législateur britannique s'est d'ailleurs engagé dans cette voie en

¹⁴²³ En ce sens, J. HODGSON « The Police, the Prosecutor and the Juge d'Instruction », art. préc., p. 350 ; A. GOLDSTEIN et M. MARCUS, « The Myth of Judicial Supervision in Three 'Inquisitorial' Systems : France, Italy and Germany », art. préc., p. 240 ; J. D. JACKSON, « The Effect of Legal Culture and Proof in Decisions to Prosecute », art. préc., p. 121 ; 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 », art. préc., *loc. cit.*, p. 397.

¹⁴²⁴ A. SANDERS, « Constructing the Case for the Prosecution », (1987) 14 *Journal of Law and Society* 248.

réformant les règles relatives à la *disclosure of evidence*¹⁴²⁵. Cependant, une telle solution ne pourrait être véritablement efficace qu'à la condition qu'un véritable débat contradictoire soit instauré devant le *prosecutor* avant la décision de poursuite¹⁴²⁶.

531. Le compromis mis en place par le droit positif. Une solution de compromis fut finalement retenue en la matière : le législateur a décidé, non pas de conférer au CPS de véritables pouvoirs de direction sur la police, mais de renforcer la coordination entre l'action de la police et celle du CPS. En effet, si la *Director's Guidance on Charging* rappelle que les *Crown Prosecutors* peuvent donner des conseils aux policiers tout au long du processus d'enquête et de poursuite, elle va plus loin : ce sont désormais des directives d'enquête requérant de véritables exigences probatoires qui peuvent être fixées par ceux-ci. Les *Crown Prosecutors*, note la *Director's Guidance*, sont désormais proactifs dans l'identification ou dans la rectification des déficiences probatoires¹⁴²⁷.

Bien que les relations police-CPS semblent, depuis la mise en place du *Statutory Charging Scheme*, s'être améliorées¹⁴²⁸, il n'est pas certain que des directives tendant à assurer une meilleure coordination suffisent à garantir un contrôle plus indépendant du CPS sur les actes d'investigation, et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, parce que rien dans la loi ne

¹⁴²⁵ Le régime de la communication des preuves, fixé initialement par le *common law*, fut modifié par le *Criminal Procedure and Investigation Act* 1996. Ce texte fait obligation au poursuivant de transmettre à la défense les preuves pertinentes qui sont en sa possession, y compris les « *unused materials* ». Définis par la section 9 de l'Act, les « *unused materials* » constituent tous les éléments de preuve qui « pourraient être raisonnablement considérés par le poursuivant comme capables d'affaiblir l'affaire et par le défendeur comme permettant de l'aider ». Sur cette réforme, voir l'analyse critique de C. TAYLOR, « Advance Disclosure : Reflections on the Criminal Procedure and Investigations Act 1996 », (2001) 40(2) *The Howard Journal* 114.

¹⁴²⁶ C'est la raison pour laquelle certains auteurs appellent de leurs vœux la possibilité pour la défense, qui se verrait ainsi transmettre l'entier dossier de la police, de demander au *prosecutor* de se livrer à un certain nombre d'investigations. Voir en ce sens, M. MCCONVILLE, « Prosecuting Criminal Cases in England and Wales : Reflections of an Inquisitorial adversary », (1984) VI(1) *Liv. L. R.* 15, spéc. 31. Si l'auteur souhaitait que soit retirée la décision de poursuite des mains de la police, la voie permettant de résoudre le paradoxe devrait être, selon lui, l'ouverture du dossier de la police au « contrôle par la défense, qui pourrait requérir (au travers du *prosecutor* ou en appel à un organe national tel que le DPP) les investigations complémentaires appropriées devant être entreprises ». Dans cette perspective, « le risque d'investigations déformées serait considérablement diminué (...) ».

¹⁴²⁷ *The Director's Guidance on Charging*, 5^{ème} éd., mai 2013, § 6.

¹⁴²⁸ Conformément aux exigences posées par la quatrième partie du *Criminal Justice Act* 2006, une inspection conjointe de l'*Inspectorate of Constabulary* et du CPS fut chargée, fin 2007 - début 2008, d'étudier l'efficacité du nouveau *Statutory Charging Arrangement*. Voir ainsi, CRIMINAL JUSTICE JOINT INSPECTION, *The Joint Thematic Review of the Charging Arrangements*, nov. 2008. L'inspection relève un certain nombre de points positifs à la suite de la mise en place du *Statutory Charging Scheme* : les décisions des *prosecutors* sont de bonne qualité ; la cessation des poursuites se produit en amont et évite que des affaires peu solides parviennent devant les juridictions ; les relations entre la police et le CPS se sont améliorées, ce qui a permis le développement d'une approche conjointe de la gestion des initiatives (§ 3.2) ; le taux de plaider-coupable devant la *magistrates' court* et la *Crown court* a augmenté significativement, ce qui est considéré comme reflétant une meilleure préparation des affaires (§ 15.21). Entre 2007 et 2008, la *Joint Inspection* relève ainsi, à l'occasion de son inspection, que 72,3 % des affaires poursuivies devant la *magistrates' court* et 71,3 % de celles poursuivies devant la *Crown court* se soldèrent par un plaider-coupable.

permet de s'assurer que la police suivra les conseils donnés par le CPS. Si la *Director's Guidance on Charging* prévoit que la méconnaissance par la police des règles par elle fixées constitue une violation du *Police and Criminal Evidence Act* et qu'en conséquence, la décision de poursuite prise par la police peut être contestée par la voie de la *judicial review* et donner lieu à un engagement de sa responsabilité civile, le CPS ne dispose toutefois, excepté la faculté de refuser de poursuivre, d'aucun pouvoir de sanction particulier à l'encontre de l'officier de police qui ne déférerait pas aux directives d'enquête qu'il aurait données. Ensuite, hormis la possibilité qui lui est désormais reconnue d'interroger les témoins de la poursuite, le contrôle exercé par le CPS demeure largement dépendant des informations qui lui sont transmises par la police. Or, le contenu de ces informations, régi minutieusement par la *Director's guidance on Charging*, facilite largement l'orientation de la lecture du dossier dans le sens souhaité par la police. L'importance des informations transmises dépend en effet de la gravité de l'infraction, et surtout, de la reconnaissance par la personne soupçonnée des faits qui feront l'objet d'une décision de poursuite. Ainsi, lorsque l'affaire est de la compétence de la *Crown court* ou que les faits sont contestés par la personne soupçonnée¹⁴²⁹, doivent être transmis au *Crown Prosecutor*, par le biais d'un « *Report to a Crown Prosecutor for a Charging Decision* » (MG3), un *Evidential Report* contenant les éléments de preuve recueillis au cours de l'enquête, tant à charge qu'à décharge, des suggestions quant aux charges devant être retenues, mais aussi un rapport contenant les précédentes condamnations qu'aurait subies la personne suspectée ou les *cautions* qui auraient pu lui être administrées, et toutes observations de l'officier en charge de l'enquête ou de son superviseur. Enfin, le caractère formel et orienté du contrôle du CPS risque d'être renforcé par les modalités de mise en œuvre du *Statutory Charging Scheme*. En effet, si la mise en place dudit *Scheme* a conduit à l'introduction, au sein des commissariats, de *prosecutors* responsables de la décision de poursuite, elle a aussi donné lieu à la création du *CPS Direct*, service national destiné à délivrer les décisions de poursuite par téléphone ou par mail, en dehors des heures ouvrées¹⁴³⁰. Or, en pratique, ce service apparaît souvent comme un substitut au

¹⁴²⁹*The Director's Guidance on Charging*, 5^{ème} éd., mai 2013, §§ 5 et 26, et *Annex B*.

¹⁴³⁰Ce service est désormais ouvert tous les jours, 24 heures sur 24. Il est compétent pour prendre les décisions de poursuite relativement aux faits commis par une personne détenue au commissariat. En pratique, après avoir posé au policier quelques questions sur l'affaire, le *prosecutor* étudiera la requête aux fins de poursuite (MG3), les preuves et l'affaire avec l'officier de police. Le *prosecutor* prendra alors une décision quant à la poursuite, et mettra en place un plan d'action portant sur tout ce qui est nécessaire afin de préparer le procès. Le *prosecutor* peut également considérer que certaines preuves manquent et décider que l'affaire n'est pas en état d'être poursuivie. Dans cette hypothèse, un plan d'action sera élaboré avec l'officier de police et une date de remise en liberté du suspect sous caution sera arrêtée. Le *prosecutor* peut enfin décider qu'il n'y a pas de preuves suffisantes et qu'un examen complémentaire de l'affaire serait vain. Quelque soit sa décision, le *prosecutor* complètera la requête MG3 et retournera celle-ci à l'officier afin de garder trace de sa décision.

conseil délivré par le *Crown Prosecutor* présent au sein du commissariat¹⁴³¹. Cette forme de dématérialisation de la prise de décision de poursuite, couplée à la nécessité pour le *CPS* de rendre une décision rapide puisque la personne soupçonnée demeure dans les locaux de police, ne semble pas favoriser une plus grande indépendance et donc un meilleur contrôle de sa part.

Malgré les insuffisances relevées, la mise en place de véritables pouvoirs de direction du *CPS* sur la police n'est pas à l'ordre du jour. Le rapport d'enquête élaboré en août 2009 par le *Justice Committee* de la Chambre des communes fait ainsi l'éloge de « l'approche collaborative qui a été entreprise par la police et le *CPS* » et considère qu'« alors que de tels arrangements fonctionnent bien nous ne voyons pas le besoin qu'aurait le *CPS* de se voir conférer des pouvoirs comme celui dont dispose (en Ecosse) le *Procurator Fiscal* de diriger la police. La question de savoir si le *CPS* devrait se voir reconnaître de tels pouvoirs doit être étudiée à la lumière du développement important du travail conjoint entre la police et le *CPS* à des stades précoces de l'enquête. En théorie, cela pourrait soulever une question portant sur la manière dont le *CPS* – à un stade postérieur – parviendra à prendre une décision indépendante quant à la poursuite mais en pratique, il semble bien mieux d'entretenir cette collaboration tout au long d'une investigation aussi longtemps que les deux organes comprennent qu'un travail conjoint ne doit pas brouiller la distinction entre la fonction de la police qui est d'enquêter, et la fonction du *CPS* qui est de prendre la décision sur la poursuite et de conduire toute procédure subséquente. La surveillance de cette relation est clairement une question relevant des procédures d'inspection »¹⁴³².

§ 2nd L'ILLUSION SEPARATISTE : L'IMPARTIALITE IMPLIQUE LA REVERSIBILITE

532. L'expérience anglaise nous semble riche d'enseignements. Au regard des hésitations prospectives françaises, il nous semble possible de relever les ambiguïtés du principe de la séparation des fonctions de justice (A) pour montrer que, quel que soit l'organe auquel il s'appliquera – ministère public comme juge – il existera toujours une antinomie entre la spécialisation d'un organe et sa fonction de contrôle (B).

¹⁴³¹ « Conclusions and Recommendations » in HOUSE OF COMMONS JUSTICE COMMITTEE, *The Crown Prosecution Service : Gatekeeper of the Criminal Justice System*, rapp. préc., p. 57, § 6. Le *Justice Committee* relève ainsi que le *CPS Direct* « ne devrait pas être considéré comme un substitut aux arrangements locaux et devrait opérer au sein d'un contexte de bonne collaboration et de compréhension mutuelle entre la police et le *CPS* au niveau local ».

¹⁴³² *Ibid.*, p. 56, § 4.

A. Les ambiguïtés de la séparation des fonctions

533. Loin de constituer une source sûre permettant de garantir l'impartialité d'un organe judiciaire, la théorie de la séparation constitue en réalité une source de difficultés. Aussi, après avoir présenté la théorie (1), faudra-t-il en faire la critique (2).

1. La théorie de la séparation des fonctions de justice

534. *Aux origines de la théorie française : la systématisation ortolanienne.* Si de nombreux auteurs se sont intéressés avant lui à la séparation des fonctions du procureur et du juge d'instruction¹⁴³³, Ortolan semble, à notre connaissance, le premier auteur à recourir à l'analyse fonctionnelle pour opérer une véritable systématisation de l'*iter processualis*. Dans ses *Eléments de droit pénal*, il s'interroge ainsi, à propos de l'organisation des juridictions pénales, sur les « fonctions auxquelles il est nécessaire de pourvoir, d'où les diverses autorités à créer ». Il relève que, « pour organiser dans chacune de ses actions la force qu'on veut employer, il faut se fixer préalablement sur chacun des effets particuliers qu'il est nécessaire de produire en détail, afin que l'ensemble en vienne aboutir finalement à l'effet général proposé ». Or, relève-t-il, « dans l'organisation des juridictions pénales et de tout le système des autorités ou des personnes qui doivent concourir à l'effet général voulu, c'est-à-dire à l'application du droit pénal, la fonction correspond à chaque effet particulier à produire, l'autorité ou la personne chargée de la fonction à chaque rouage de la force à mettre en jeu. Pour savoir quelles sont les autorités à créer, il faut donc savoir préalablement quelles sont les fonctions à remplir : car c'est pour la fonction qu'est faite l'autorité, et non pour l'autorité la fonction »¹⁴³⁴. Par conséquent, pour parvenir en définitive « à l'encontre de tout délit, à l'effet général, c'est-à-dire à l'application du droit pénal, l'analyse et l'observation conduisent à distinguer les quatre effets particuliers qui suivent, comme nécessaires à produire ; d'où quatre fonctions essentielles auxquelles, d'une

¹⁴³³ Voir ainsi la vingt-sixième leçon professée par Boitard à la Faculté de droit de Paris entre 1833 et 1835 in BOITARD (J.-E.), *Leçons sur les codes pénal et d'instruction criminelle*, op. cit., n° 630 et s., p. 464 et s. ; HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie de l'instruction criminelle*, tome IV, C. Hingray, Paris, 1851, n° 215, spéc. p. 89 et s., ROGRON (J.-A.), *Code d'instruction criminelle expliqué par ses motifs et par des exemples*, op. cit., n° 32 et s., p. 22 et s., et n° 47, pp. 29-30 ; LE GRAVEREND (J.-M.), *Traité de la législation criminelle*, Tarlier, Libraire-éditeur, Bruxelles, 1832, p. 174 et s. ; MANGIN (M.), *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, op. cit., n° 17 et s., p. 17 et s. ; BOURGUIGNON (M.), *Manuel d'instruction criminelle*, tome I, op. cit., n° VIII et s., p. 47 et s., et n° 22-47, pp. 87-121 ; CARNOT (M.), *De l'instruction criminelle*, op. cit., p. 233 et s. et p. 264 et s.

¹⁴³⁴ ORTOLAN (J.-L.-E.), *Eléments de droit pénal : pénalité - juridictions - procédure suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence avec les données de nos statistiques criminelles*, E. Plon Frères, Paris, 1855, n° 1691, p. 781.

manière ou d'une autre, il est nécessaire de pourvoir : 1° Rechercher les délits et les auteurs des délits, recueillir, rassembler les preuves, et livrer le tout à l'autorité chargée de juger. Ce sont ici des opérations préliminaires, qui ont pour but principal de préparer tous les éléments, tous les moyens propres à instruire le juge, et qu'on nomme à cause de cela opérations d'instruction ; 2° Là-dessus, débattre, peser, discuter tout l'ensemble des preuves, et finalement décider : ou opération de jugement ; 3° Mettre à effet la sentence : ou opération d'exécution ; 4° Et si l'on veut mieux assurer l'accomplissement de ces diverses opérations, pourvoir à une quatrième qui consiste à veiller à ce que celles-ci s'accomplissent, à provoquer, à mettre en mouvement les autorités qui en sont chargées, à les aiguillonner, à les requérir : ou fonction d'action et de réquisition »¹⁴³⁵.

La présentation d'Ortolan sera largement reprise par la doctrine postérieure, pour présenter les combinatoires résultant du code d'instruction criminelle¹⁴³⁶ et du code de procédure pénale¹⁴³⁷. De nombreux auteurs contemporains isolent ainsi trois ou quatre fonctions principales recoupant les phases traditionnelles du procès pénal, la poursuite, l'instruction, le jugement, parfois l'exécution¹⁴³⁸. Certains distinguent même au sein des

¹⁴³⁵ *Ibid.*, n° 1693, pp. 781-782.

¹⁴³⁶ VIDAL (G.), *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, tome II, *op. cit.*, n° 609, p. 882, qui distingue plusieurs phases pour lesquelles la loi a organisé des agents, fonctionnaires et magistrats chargés de la diriger : « - 1° recherche des renseignements de nature à éclairer la justice, ou police judiciaire (art. 8, I, CIC) ; elle diffère de la police administrative en ce que celle-ci a pour mission de prévenir les délits, tandis que la police judiciaire n'intervient qu'après le délit pour en rassembler les preuves (art. 19 et 20 C. 3 brumaire an IV) ; - 2° Poursuite de celui ou de ceux que ces renseignements peuvent faire considérer comme coupables, ou action publique ; - 3° Instruction ou information ayant pour but de contrôler, compléter les renseignements et preuves fournis par la police judiciaire et de les apprécier par un jugement sur la suite à donner au procès : non-lieu, si les charges sont insuffisantes pour faire présumer la culpabilité de l'inculpé ; renvoi, dans le cas contraire, devant le tribunal qui doit juger définitivement ; - 4° jugement avec les voies de recours dont il est susceptible, ayant pour but de clôturer le procès en statuant sur l'existence du délit et la culpabilité de l'inculpé et de prononcer, s'il y a lieu, la sanction, peine ou mesure de sûreté, prévue par la loi ; - 5° exécution de la décision et de la condamnation ». Voir également, DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, *op. cit.*, n° 1022-1025, p. 575. Ainsi, selon l'auteur, « la troisième caractéristique de notre organisation judiciaire et procédurale concerne la division de l'instance en trois phases. Cette division s'applique dans tous les procès de quelque importance. On la rencontre aux diverses périodes du développement historique : 1° La phase de l'information ou de la police judiciaire – La première phase a pour objet la constatation du délit, à laquelle il est procédé par des officiers et des agents spéciaux, constituant la police judiciaire. La constatation du délit résulte de procès verbaux, qui serviront de point de départ à l'exercice de l'action publique. 2° L'instruction préparatoire – La deuxième phase du procès a pour objet le rassemblement des preuves, la constitution et l'examen du dossier. Cette tâche incombe principalement au juge d'instruction, membre du tribunal correctionnel, délégué à cet effet. L'instruction préparatoire est obligatoire en matière criminelle, facultative en matière correctionnelle ; elle n'intervient jamais dans les affaires de simple police. 3° L'instruction définitive – La troisième et dernière phase est celle de l'instruction définitive. Elle se termine par le jugement. Elle est susceptible d'être prolongée par l'exercice des voies de recours ».

¹⁴³⁷ Par exemple, STEFANI (G.) et LEVASSEUR (G.), *Droit pénal général et procédure pénale*, tome II, *op. cit.*, n° 44 et s., p. 33 et s.

¹⁴³⁸ Distinguant trois fonctions, la poursuite, l'instruction et le jugement : Bernard Bouloc, Philippe Conte et Patrick Maistre du Chambon. Distinguant quatre fonctions, en adjoignant aux fonctions précédentes la fonction d'exécution des peines : Geneviève Giudicelli-Delage. Distinguant quatre fonctions, en remplaçant

fonctions principales, des sous-fonctions. Ainsi, au sein de la fonction de jugement, certains distinguaient la déclaration de culpabilité du prononcé de la peine. D'autres distinguent, au sein de la fonction d'instruction, la fonction d'investigation de la fonction de juridiction¹⁴³⁹.

535. *Fondement de la séparation des fonctions.* Quant au fondement, la plupart des auteurs s'accordent pour reconnaître que la séparation des fonctions de justice vise à garantir la liberté individuelle en favorisant les contrôles des autorités judiciaires les unes sur les autres et rendre celles-ci impartiales. Un autre ne manque pas de relever que par la séparation, « des magistrats différents vont pouvoir se contrôler, les excès de l'un étant compensés par la prudence de l'autre, le risque de partialité constituant une crainte qu'il ne faut pas sous-estimer ». Par là-même, la séparation des fonctions serait « à la procédure pénale ce que la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est au droit public »¹⁴⁴⁰. Le principe viserait donc à « instaurer ainsi un équilibre entre ces autorités et leurs pouvoirs : indépendantes les unes des autres et donc impartiales, elles n'en procèdent pas moins à un contrôle mutuel »¹⁴⁴¹. Pour d'autres auteurs, « on voit surtout dans la séparation un moyen de protéger les libertés individuelles, parce que des magistrats différents, se contrôlant mutuellement, peuvent mieux redresser les erreurs et faire disparaître les lacunes de leur travail »¹⁴⁴².

l'exécution par la fonction de jugement de l'instruction : Franklin Kuty. Voir ainsi, B. BOULOC, *Procédure Pénale*, Dalloz, coll. Précis, 24^{ème} éd., Paris 2014, n° 44, p. 38 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 74, p. 49 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « Justice pénale » in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, *op. cit.*, p. 782 ; F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale*, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 365.

¹⁴³⁹ Voir ainsi, par exemple, G. GIUDICELLI-DELAGE, *ibid.*, p. 782, qui distingue, au sein de la fonction d'instruction, la fonction d'« investigation » et la fonction de « juridiction ». Dans le même sens, voir P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *ibid.*, n° 74, p. 49, pour qui « la stricte application du principe de la séparation devrait conduire également à distinguer nettement, au stade de l'instruction, les fonctions d'enquête et les fonctions juridictionnelles ». Voir également, F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n° 293, p. 196, pour qui s'affirme progressivement, « au sein de la fonction d'investigation, l'autonomie de la fonction qu'on pourrait dire 'coercitive' ».

¹⁴⁴⁰ J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 7, p. 27. Voir également en ce sens, F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *ibid.*, n° 290, p. 194, pour qui le principe « a un peu l'évidence de celui de la séparation des pouvoirs. Il convainc presque par sa seule expression ».

¹⁴⁴¹ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴⁴² MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, tome II, *op. cit.*, n° 989, p. 215. Pour ces auteurs, cette règle « dérive de l'idée, chère à Montesquieu, de la limitation du pouvoir par le pouvoir, affirmée dans le principe fameux de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ». En ce sens également, T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, *op. cit.*, p. 424 : « (...) l'analogie est loin d'être dénuée de pertinence ».

Certains auteurs limitent cependant l'effet du principe à l'exigence d'impartialité limitée au seul juge répressif¹⁴⁴³. Un auteur considère ainsi que si la séparation des fonctions contribue à l'exigence d'impartialité, elle se justifie « en raison de l'existence d'un pré-jugement susceptible de se révéler irréversible (...) la liberté de jugement qui doit caractériser le juge est susceptible d'être obérée par le pré-jugement antérieurement forgé à l'occasion de l'exercice d'une autre fonction. Il existe un risque que celui-ci ne s'avère irréversible »¹⁴⁴⁴.

D'autres enfin, relèvent la double nature du principe en distinguant la protection de la liberté individuelle par l'instauration d'un contrôle mutuel de l'exigence d'impartialité. Ils reconnaissent ainsi que le principe présente deux aspects bien distincts. Comme principe organique « tendant à protéger la liberté individuelle, il tend à exclure qu'un même organe puisse se voir attribuer plusieurs fonctions par le législateur. Comme principe statutaire tendant à l'impartialité des magistrats, il tend à exclure, dans un système pratiquant la séparation des fonctions, qu'un magistrat ayant exercé l'une d'entre elles puisse ultérieurement en exercer une autre dans la même affaire ». Ils constatent ainsi, avec la plupart des auteurs que « la dimension 'statutaire' du principe tend aujourd'hui à occulter sa signification organique »¹⁴⁴⁵. Mais ces auteurs considèrent que le principe ne se réduit pas à une protection avancée du principe d'impartialité et qu'il présente une véritable autonomie en tant que garantie essentielle de la liberté individuelle¹⁴⁴⁶.

536. La portée de la séparation ou l'uni-fonctionnalisme organique. Quant à la portée, Garraud constatait, en 1907, que l'organisation de la procédure criminelle, « est dominée par le principe de la division du travail. Le fonctionnement de la justice pénale implique l'organisation d'autorités distinctes pour exercer les fonctions de poursuite,

¹⁴⁴³ E. VERGES, *Procédure pénale*, Lexisnexis, coll. « Objectif droit », 4^{ème} éd., Paris, 2014, n° 54, p. 29 : « Le principe de séparation des fonctions est lié à l'exigence d'impartialité des magistrats du siège (juges d'instruction, de jugement et d'application des peines) ». Voir également, B. BOULOC, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 45, p. 40, qui observe que « la séparation du jugement, de la poursuite et de l'instruction a voulu garantir l'indépendance et l'impartialité du juge qui décide de la culpabilité ou de l'innocence du prévenu ou de l'accusé ».

¹⁴⁴⁴ F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale*, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 293.

¹⁴⁴⁵ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n° 294, p. 196. Dans le même sens, voir G. GIUDICELLI-DELAGE, « Justice pénale », art. préc., *loc. cit.*, p. 781, qui relève que le principe de séparation des fonctions « s'articule avec le principe européen d'impartialité » ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 75, p. 50, pour qui « la force du principe de la séparation peut paraître renforcée en raison de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, dont l'article 6 § 1 consacre la nécessité d'un 'tribunal indépendant et impartial' (...). Il reste que les solutions ainsi dégagées, spécialement celles concernant l'impartialité dite 'objective' peuvent recouper celles du principe de la séparation, tout en la dépassant (...) ».

¹⁴⁴⁶ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *ibid.*, n° 295, p. 184.

d'instruction, de jugement et d'exécution¹⁴⁴⁷. De nombreux auteurs présentent ainsi la théorie des fonctions de justice comme impliquant la séparation des fonctions. La séparation doit conduire à octroyer à chaque organe de la procédure répressive une fonction. Elle implique que « chaque fonction judiciaire est assurée par des magistrats spécialisés »¹⁴⁴⁸, que ces « trois fonctions soient assurées par trois organes différents : la première par le ministère public, la deuxième et la troisième par deux juges distincts, le juge chargé de l'instruction ne pouvant, dans la même affaire, appartenir à la juridiction de jugement »¹⁴⁴⁹. « Séparer les fonctions de justice » dit encore un autre auteur, « revient à dissocier rigoureusement la fonction de poursuivre de celle d'instruire et la fonction de juger de celles de poursuivre et d'instruire. La poursuite est confiée au ministère public, l'instruction des affaires au juge d'instruction et le jugement aux juridictions répressives »¹⁴⁵⁰. Un autre auteur considère encore que la séparation assure un « cloisonnement »¹⁴⁵¹, « une segmentation des fonctions judiciaires »¹⁴⁵².

537. Conséquences de l'uni-fonctionnalisme : spécialisation et indépendance des organes. La séparation se traduirait ainsi, pour certains auteurs en règle de spécialisation et d'indépendance des autorités dans l'exercice de leur fonction : « [E]n tant que règle de spécialisation, le principe séparatiste signifie qu'un même magistrat ne peut exercer simultanément plusieurs fonctions. En tant que règle de fonctionnement, le principe séparatiste exprime l'idée selon laquelle les fonctions doivent être exercées en toute indépendance. Ainsi, par exemple, s'agissant des fonctions de poursuite et d'instruction, le magistrat en charge d'une information doit être indépendant du procureur de la République dans la conduite des investigations »¹⁴⁵³. D'autres auteurs, en revanche, insistent sur l'indépendance seule. Ainsi, pour Merle et Vitu, la règle de la séparation des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement exprime l'indépendance des juridictions d'instruction à l'égard du ministère public et des juridictions de jugement d'une part¹⁴⁵⁴, et des juridictions de jugement à l'égard des juridictions d'instruction et du ministère public¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁴⁷ GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome I, n° 26.

¹⁴⁴⁸ J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 7, p. 27.

¹⁴⁴⁹ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Justice pénale », art. préc., *loc. cit.*, p. 783.

¹⁴⁵⁰ C. BERGOIGNAN-ESPER, *La séparation des fonctions de justice répressive*, PUF, Paris, 1973, p. 9.

¹⁴⁵¹ F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale*, *op. cit.*, p. 292.

¹⁴⁵² *Ibid.*, p. 295.

¹⁴⁵³ D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, *op. cit.*, n° 18, p. 43.

¹⁴⁵⁴ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, tome II, *op. cit.*, n° 989, p. 215.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, n° 1317, p. 525.

La séparation postulerait donc l'uni-fonctionnalisme des autorités de justice, un cantonnement fonctionnel des organes : l'autorité de poursuite devrait voir sa compétence limitée à la fonction de poursuite, l'autorité d'instruction devrait se limiter à la fonction d'instruction, l'autorité de jugement à la fonction de jugement.

2. Critique de la théorie de la séparation des fonctions de justice

538. La théorie traditionnelle de la séparation des fonctions de justice nous semble devoir encourir deux griefs : la difficile lisibilité de sa finalité (a), difficulté qui conduit corrélativement une difficile détermination de ses modalités (b).

a. L'obscurcissement téléologique

539. *L'obscurcissement téléologique en raison d'une inversion méthodologique.* L'on éprouve quelque scrupule à suspecter l'exactitude d'une thèse aussi ancienne et qui, outre l'adhésion de plusieurs générations de pénalistes, a reçu, même partiellement, la consécration du droit positif, notamment par le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et l'article préliminaire du code de procédure pénale¹⁴⁵⁶. Cette hésitation ne manque pas, toutefois, d'être dissipée lorsqu'on observe que la théorie de la séparation des fonctions de justice n'a pu constituer un rempart efficace à la concentration des fonctions de justice entre les mains du procureur.

Une première critique nous semble devoir être formulée à l'encontre de la dogmatique pénaliste : celle-ci distingue par apriorisme des fonctions, la poursuite, l'instruction, le jugement, éventuellement l'exécution, pour aborder ensuite le fondement de la séparation de celles-ci. Elle s'efforce ainsi de légitimer *a posteriori* une telle combinatoire par la protection de la liberté individuelle et/ou la préservation de l'impartialité des autorités judiciaires. Or, de *lege ferenda*, le schéma rationnel se doit d'être inverse. Théoriquement, si l'on sépare des fonctions de justice répressive, ce n'est pas pour le seul plaisir de construire une typologie d'actes produits par l'exercice de fonctions juridiques, c'est avant tout pour les répartir en les distribuant, donc pour obtenir un résultat précis. En ce sens toute distribution participe d'une technique juridique au service d'une fin qui la dépasse. Or,

¹⁴⁵⁶ Dont l'alinéa 2 du I dispose que la procédure pénale « doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement ».

l'obscurcissement des fins politiques permet de légitimer toutes les manipulations de la technique.

Une seconde critique nous semble devoir porter, corrélativement sur la finalité de la distribution des fonctions. Les fins mêmes de l'agencement des fonctions ne sont pas toujours clairement assurées. Les auteurs déclarent en majorité que la séparation des fonctions de justice répressive a pour objectif d'assurer un contrôle mutuel des autorités et/ou de garantir l'impartialité de l'autorité en charge de la fonction suivante. Or, il est évident que le critère du démembrement de la réalisation du droit de punir et la combinatoire qui peut être mise en place doit être en étroite corrélation avec les buts poursuivis. Considéré comme un principe devant garantir l'impartialité de l'autorité amenée à prendre une décision, la séparation doit tendre vers la spécialisation des organes. Ceux-ci doivent se prononcer sur les demandes qui leur sont soumises au travers d'un « *voile d'ignorance* »¹⁴⁵⁷. La décision impartiale ne peut – c'est la conception anglaise traditionnelle – être rendue par une autorité ayant elle-même effectué des actes d'investigation. Considéré à l'inverse comme un principe devant favoriser un contrôle mutuel, il semble normal et même nécessaire que l'autorité devant décider d'une mesure qui aurait éventuellement pour effet de porter atteinte à la liberté ou aux droits fondamentaux de l'individu ne soit pas laissée dans l'ignorance ou placée dans un état de complète dépendance fonctionnelle vis-à-vis du demandeur, et qu'elle puisse en conséquence effectuer certains actes d'investigation. Dès lors, dire que la distribution doit avoir pour objectif de permettre un contrôle mutuel des diverses autorités appelées à concourir à la réalisation du droit pénal emporte des conséquences diamétralement antagoniques de celles que postulerait, théoriquement, la recherche de l'impartialité de l'organe appelé à statuer. Il est en effet difficile à une technique juridique de satisfaire deux objectifs lorsque le moyen de parvenir au premier – favoriser un contrôle mutuel – nécessite de méconnaître les exigences qu'impliquerait le second – garantir l'impartialité de l'autorité –, de concevoir que les solutions déduites du

¹⁴⁵⁷ RAWLS (J), *Théorie de la justice, op. cit.*, p. 168 : « L'idée de la position originelle est d'établir une procédure équitable (*fair*) de telle sorte que tous les principes sur lesquels un accord interviendrait soient justes. L'objectif est d'utiliser la notion de justice procédurale pure en tant que base de la théorie. Nous devons, d'une façon ou d'une autre, invalider les effets des contingences particulières qui opposent les hommes les uns aux autres et leur inspirent la tentation d'utiliser les circonstances sociales et naturelles à leur avantage personnel. C'est pourquoi je pose que les partenaires sont situés derrière un voile d'ignorance. Ils ne savent pas comment les différentes possibilités affecteront leur propre cas particulier et ils sont obligés de juger les principes sur la seule base de considérations générales ». Sur la théorie rawlsienne de la justice, en philosophie politique, voir W. KYMLICKA, *Les théories de la justice : une introduction*, La découverte/Poche, Paris, 2003, pp. 61-90.

principe qui guide la distribution des fonctions aboutissent finalement à renier les prémisses qui le fondent.

b. Le flottement critériologique

540. *L'impartialité du processus judiciaire par la séparation des fonctions.* Le principe traditionnel de la séparation des fonctions de justice, enseigne-t-on, a pour vocation initiale de garantir l'impartialité de la justice. Le démembrement de la réalisation du droit de punir que ce principe implique se justifierait, en effet, par la volonté de s'assurer de l'impartialité du processus juridictionnel que cette réalisation implique. Dans cette perspective, le refus de principe opposé par les rédacteurs du code d'instruction criminelle, et approuvé par les auteurs de la première moitié du XIX^{ème} siècle, à ce que soit confiée l'instruction au procureur, partie poursuivante, se justifiait par la volonté que les investigations soient confiées à un organe qui ne constituait pas l'adversaire de la personne soupçonnée. La séparation des fonctions de poursuite et d'instruction, traduite par la création du juge d'instruction et la procédure de l'instruction préparatoire, apparaissait dès lors comme l'instrument de l'impartialité de la justice. Cette conception explique par ailleurs que le juge de jugement se soit vu, sans discussion, reconnaître lui aussi des pouvoirs d'investigation dans le cadre de l'audience, lorsqu'il effectue l'instruction définitive. La tiercéité du juge permettait un recueil impartial de la preuve pénale et, par conséquent, si le juge pouvait seulement se livrer à des actes d'investigation, il apparaissait libéral et conforme à l'impartialité du processus que le juge puisse se livrer à des investigations. L'impartialité s'appréciait ainsi au niveau du processus judiciaire, non de l'organe. Celui qui saisit ne peut investiguer sans qu'il soit porté atteinte à l'impartialité de la justice. En revanche celui qui est saisi doit pouvoir investiguer, au nom de l'impartialité de la justice.

541. Cette conception de l'impartialité – et sa traduction technique en règle de séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement – pouvait se réclamer d'une approche pertinente de l'impartialité. L'impartialité ne postule pas ontologiquement l'ignorance de l'organe qui statue. Kojève, dans son *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, avait ainsi particulièrement bien mis en lumière l'essence de l'impartialité. Celle-ci postule la réversibilité : c'est la vertu qui consiste, face à deux individus A et B, à traiter de la même façon, l'éventualité que A et B s'échangent leur position. Le juge impartial traiterait donc de

la même façon la demande qui lui est présentée par A si elle avait été formulée par B et vice et versa¹⁴⁵⁸. Comment parvenir à cette réversibilité si c'est l'adversaire du mis en cause qui, disposant des moyens de la force publique, est en charge de recueillir les éléments de preuve nécessaires à fonder son accusation ? Comment mieux assurer, au sein du processus répressif, cette réversibilité, qu'en confiant l'investigation, non au procureur A ou au mis en cause B, mais un juge tiers C ? De plus, l'impartialité ne constitue pas une valeur qui vaudrait abstraitement en elle-même. Ce qui importe, quoi qu'on en dise, ce n'est pas que la décision apparaisse comme impartiale : c'est que la décision rendue soit impartiale. Or, la philosophie morale a bien montré qu'il n'y avait aucune garantie qu'un organe placé structurellement dans une perspective impartiale prenne une décision impartiale¹⁴⁵⁹.

On comprend donc que l'impartialité n'ait pas été considérée comme devant s'appliquer à l'organe, mais au processus et que chaque organe juridictionnel se voit finalement reconnaître des pouvoirs d'instruction, seuls à même de permettre cette « réversibilité » mise en lumière par Kojève. Elle explique pourquoi les hommes de 1789 et leurs épigones ne se soit pas véritablement préoccupés de l'impartialité de l'organe, et notamment, de l'impartialité du juge. Comme le relevait d'ailleurs Tronchet, « est-elle le seul caractère essentiel au juge ? La justice ne doit-elle pas être aussi éclairée qu'impartiale ? Suis-je moins à plaindre, lorsque je perds ma fortune par l'impéritie de mon juge que lorsque je la perds par la corruption de son cœur ? »¹⁴⁶⁰.

542. Surinvestissement contemporain dans l'impartialité de l'organe de justice.

L'approche de l'impartialité s'est toutefois modifiée. Elle n'est plus une exigence s'appliquant à un processus global, permettant d'aboutir à une décision, elle est une posture – *justice must not only be done but must also be seen to be done* – dont les exigences sont cantonnées à l'organe juridictionnel – et à lui seul. Elle n'est plus réversibilité, elle est « *voile d'ignorance* »

¹⁴⁵⁸ KOJEVE (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, coll. « Tel », Paris, 1981, n° 15, pp. 75-76 : « C'est 'impartial' par rapport à A et B, si son intervention dans leur interaction ne sera pas et ne pourra pas être modifiée par le seul fait qu'on interchange A et B, A jouant le rôle de B, et B celui de A. En principe tout au moins on peut donc vérifier l'impartialité (la 'justice') d'un juge de la même façon qu'on vérifie l'exactitude (la 'justesse') d'une balance ».

¹⁴⁵⁹ Sur l'apport de la philosophie morale à la réflexion sur l'impartialité, voir R. OGIEN, « Impartialité » in M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, tome 1, PUF, coll. « Quadrige », 4^{ème} éd., Paris, 2004, p. 891 et s., spéc. p. 898 : « L'un des acquis principaux de la discussion qui tourne autour de l'impartialité en philosophie morale est qu'il convient de distinguer le point de vue impartial (ou les procédures impartiales) et les principes impartiaux substantiels. Les seconds ne peuvent pas être dérivés logiquement des premiers. Il se peut que, placés d'un point de vue impartial ou utilisant des procédures impartiales, nous en venions à endosser des principes moraux substantiels qui accordent une priorité à nos engagements ou à nos relations personnelles ».

¹⁴⁶⁰ MADIVAL (J.) et LAURENT (E.) (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1799*, première série, tome XV, Société d'imprimerie et librairie administratives et des chemins de fer Paul Dupont, Paris, 1883, p. 331.

et Rawls a triomphé de Kojève. Cette exigence d'impartialité n'a pas épargné les organes de justice qui en étaient traditionnellement soustraits. Le juge d'instruction, dont la figure manifestait par elle-même l'exigence d'impartialité du processus répressif, en fut ainsi la première victime. La montée en puissance de cette approche de l'impartialité, appliquée désormais au seul organe juridictionnel, s'est manifestée par l'émergence du principe de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement, du moins dans la phase préparatoire. Cette émergence a entraîné la contestation de la concentration de telles fonctions entre les mains du juge d'instruction et la création du juge des libertés et de la détention. La contestation, venue des plus éminents auteurs, Garçon¹⁴⁶¹, Garraud¹⁴⁶², ou de commissions

¹⁴⁶¹ GARÇON (E.), « Sur la question de l'instruction préalable contradictoire », *Bull. de l'Union Internationale de Droit pénal*, vol. X, 1902, p. 287. Dans son allocution, Garçon commence par rappeler les arguments des militants du « parti conservateur », favorables au maintien du système inquisitorial : la procédure secrète et non contradictoire serait la seule qui puisse assurer la répression car l'activité du juge n'y est entravée par aucun obstacle de procédure, en même temps qu'elle serait la seule qui donne à l'accusé les meilleures garanties puisque le juge chargé de la recherche des preuves n'est point un adversaire ou un accusateur et instruit à charge et à décharge. Il envisage ensuite les arguments des réformateurs : la loi donnant au juge enquêteur mission de rassembler les preuves et de découvrir le coupable, celui-ci doit, par conséquent, construire un système d'accusation, puisque ses soupçons doivent se préciser, et directement viser un individu. Or, s'interroge Garçon, « comment supposer que ce magistrat, même le plus scrupuleux, aura une liberté d'esprit assez complète pour chercher avec impartialité les preuves qui vont justement renverser l'accusation qu'il a édifiée ? ». Selon l'auteur, le système inquisitorial français présente deux défauts : il n'assure pas la défense de l'accusé tout en étant inefficace. Ce système a fait du juge d'instruction « un policier, mais policier impuissant » car, « pour découvrir les coupables et déjouer leurs ruses, il faut user de moyens qui ne sont pas compatibles avec le caractère d'un juge ». Les malfaiteurs ayant des facultés singulières pour échapper aux recherches de la justice, « la répression ne peut être assurée que par une police bien organisée, mobile et puissante, capable de lutter à armes égales et par des moyens appropriés ». Si, avec la loi Constans de 1897, « pour protéger les droits de l'inculpé, on introduit le principe de la contradiction, il ne faut pas essayer de nier que le second mal s'aggrave, et que la recherche des malfaiteurs devient de plus en plus difficile et hasardeuse ». Garçon se révèle partisan d'une adaptation de la procédure britannique aux traditions du continent, système dans lequel il appartiendrait au ministère public, aidé d'une puissante police judiciaire, de rechercher des preuves, de découvrir les indices, de trouver les témoins. Cette enquête policière serait nécessairement secrète. Face au danger d'une telle combinatoire, où « le ministère public, c'est-à-dire l'accusateur deviendrait maître de l'instruction », Garçon prend soin de préciser : « Si on dépouillait simplement le juge d'instruction, du droit de faire l'enquête pour donner toutes ses attributions aux magistrats du public, on sacrifierait les intérêts de l'accusé et on ferait une œuvre violemment réactionnaire. Cette prétendue réforme consisterait à le priver de la garantie qu'il trouve dans la séparation de la poursuite et de l'instruction ». Il faut que le juge d'instruction conserve des attributions, non seulement celle de décider si l'accusé doit être traduit devant les juridictions de jugement, mais également d'ordonner l'emprisonnement préventif de l'accusé. Or, poursuit Garçon, « pour se prononcer sur la légitimité de cette détention préventive, le juge sera amené à exiger du ministère public la preuve qu'il existe, *prima facie*, des indices suffisants pour légitimer des soupçons contre l'individu arrêté ». Pendant l'instruction, le juge devra encore intervenir toutes les fois qu'il s'agit d'ordonner certains actes spéciaux d'instruction : lui seul, par exemple, pénétrera dans le domicile des citoyens pour faire des perquisitions, des saisies, il ordonnera les expertises qui devront être opérées contradictoirement avec l'accusé. Enfin, l'enquête du ministère public terminée, le juge ne prononcera le renvoi devant la juridiction de jugement qu'après avoir apprécié les preuves. L'accusé connaîtra ces preuves, pourra, le cas échéant, les contredire et fournir lui-même ses justifications. Et Garçon de conclure : « Après une enquête policière secrète, cette contradiction, à l'heure où le témoin comparait devant le juge, n'a plus d'inconvénient ».

¹⁴⁶² GARRAUD (R.), *Bull. de l'Union Internationale de Droit pénal*, vol. IX, pp. 199-200, qui insistera sur l'évolution de la pratique et le peu d'impact d'une réforme qui ne ferait que suivre les faits : dans la mesure où le ministère public effectue lui-même son instruction et se passe du juge, en traduisant directement l'inculpé devant le juge, ou se livre à une instruction officieuse, avant de prendre l'initiative de la poursuite et de saisir

présidées par d'éminents auteurs, Donnedieu de Vabres¹⁴⁶³ et Mireille Delmas-Marty¹⁴⁶⁴ a été reprise plus récemment par le rapport de la commission Léger¹⁴⁶⁵, pour proposer une

le juge d'instruction, « l'instruction tend à devenir de moins en moins judiciaire ». Il relève, en effet, que le système de la loi française de 1897 n'organise qu'une « contradiction unilatérale » : si le défenseur a accès dans le cabinet d'instruction, s'il doit assister à certaines opérations, telles que l'interrogatoire, les confrontations, le ministère public est officiellement exclu, et son influence ne s'exerce qu'en coulisse. Cette influence invisible est cependant prépondérante, car elle ne peut être utilement combattue. C'est donc le défenseur qui est le contradicteur officiel du juge : il joue le rôle d'un surveillant, d'un contrôleur. Et le juge est ainsi amené, par la force même des choses, à se considérer comme l'accusateur. Par conséquent, « l'instruction fait l'effet d'un char qui serait tiré par deux chevaux en sens opposé ». Ainsi, le vice fondamental de notre système d'instruction est, selon Garraud, de « confier à un même personnage des fonctions incompatibles, celle de rechercher les preuves et d'inculper l'individu soupçonné, celle de juger si les indices sont suffisants, soit pour justifier la détention préventive, soit pour envoyer le prévenu devant les juridictions de jugement. Comment admettre ce dédoublement de personnalité, qui oblige le même homme à construire un système d'accusation et le renverser, lorsqu'il veut impartialement juger l'œuvre qu'il a édifiée ? En réalité, le juge d'instruction est, pour l'inculpé, un adversaire, et il ne peut pas en être autre chose ». C'est la raison pour laquelle Garraud propose une réforme consistant à rendre au juge « sa véritable fonction » et donc, avant tout, « dans une séparation des fonctions et des rôles » : il devrait échoir au ministère public, avec la police judiciaire dont il est le chef, de faire l'instruction, la recherche des preuves devant appartenir à l'accusateur seul. Cependant, il convient, selon l'auteur, de préserver le rôle juridictionnel du juge d'instruction qui n'interviendrait pas seulement à la fin, mais au cours de l'instruction : c'est à lui que le ministère public devrait demander l'autorisation de procéder aux actes graves de l'instruction, tels que la mise en détention préventive, la mise en liberté, les perquisitions et les expertises. Devant le juge, la contradiction sera toujours de droit entre la défense et l'accusation. Son cabinet restera fermé au public ; mais ce cabinet aura toujours porte ouverte, l'une pour le défenseur, l'autre pour le ministère public. Ainsi, une telle réforme mettrait « chacun dans son rôle et dans sa fonction ».

¹⁴⁶³ DONNEDIEU DE VABRES (H.), « La réforme de l'instruction préparatoire. Conférence faite au Mouvement Nationale Judiciaire le 20 mai 1949 », *RSC* 1949, pp. 499-500. Voir également, le compte-rendu de la discussion ayant suivi la conférence in *RSC*, 1950, p. 99 et s., ainsi que le détail du projet in *RSC*, 1949, p. 433 et s., p. 617 et s. et p. 796 et s. Son projet consiste essentiellement – mais pas seulement – au transfert du juge d'instruction au procureur de la République des fonctions de police judiciaire qui appartenaient aujourd'hui au premier de ces magistrats. Les motifs du projet reprennent en partie les constats dressés naguère par Garçon et Garraud. Donnedieu de Vabres relève, d'une part, les problèmes d'indépendance du juge d'instruction vis-à-vis du ministère public – puisqu'il est soumis au contrôle du procureur général en tant qu'officier de police judiciaire – et vis-à-vis du défenseur – constamment tenu au courant de la procédure et qui assiste toutes les fois qu'il le veut aux interrogatoires et confrontations. Il relève, d'autre part, les conséquences de cet « excès d'individualisme que renferment, après la loi du 8 décembre 1897, les autres lois sur les garanties de la liberté individuelle – lois du 7 février 1933 et du 24 mars 1933 – », à savoir le développement des abus de l'enquête officieuse. Ainsi, comme l'avait fait Garraud, il constate que la pratique conduit à un déplacement des investigations en amont de la saisine du juge d'instruction : « trop souvent, la fonction essentielle du juge d'instruction, dénué de semblables moyens d'action, consiste à enregistrer les résultats » ; en conséquence, il s'agit de « mettre le droit d'accord avec le fait ». Sur le projet, voir ainsi VOUIN (R.), « Le projet de réforme de l'instruction criminelle », *D.* 1950, p. 38 et s. ; CALEB (M.), « Considérations sur le nouveau projet de code d'instruction criminelle », *RSC* 1952, p. 19 et s. ; ARNAL-DONNEDIEU DE VABRES (M.), *Le projet de code d'instruction criminelle, les réformes qu'il introduit, les critiques qu'il soulève*, Thèse, Paris, 1952 ; MICHAUD (J.), « Le Janus de la magistrature », *RSC* 1974, p. 666 et s. ; COLOMBINI, « Considérations sur le projet de CIC », *JCP G* 1950, I, 854 ; F. BADIE, *La réforme de l'instruction préparatoire en France*, Thèse, Aix-Marseille III, 1992, p. 215 et s.

¹⁴⁶⁴ COMMISSION JUSTICE PENALE ET DROITS DE L'HOMME, *La mise en état des affaires pénales*, Rapport, La Documentation Française, Paris, 1991, spéc. p. 125 et s. J. PRADEL, « La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la commission Justice pénale et droits de l'Homme », *D.* 1990, chron. p. 301 et s. ; COUVROT (P.), « Le projet Donnedieu de Vabres en parallèle avec les travaux de la commission Justice pénale et Droits de l'homme », *APC* 1991, n° 13, p. 67 et s. ; P. WAQUET, « Réflexions sur les rapports de la commission Justice pénale et droits de l'Homme », *RSC* 1991, p. 518 et s.

¹⁴⁶⁵ COMITE DE REFLEXION SUR LA JUSTICE PENALE (présidé par P. Léger), rapp. préc., spéc. p. 6 et s. Sur ce rapport, voir P. BONFILS, « Faut-il changer notre procédure pénale ? », *D.* 2010, p. 158 et s. ; P. CONTE, « Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén.* 2009, étude 11, et « 'L'action pénale' en lévitation (aperçu de l'avant-projet de code de procédure pénale) », *D.* 2010, p. 774 et s. ; H. MATSOPOULOU, « A propos du rapport d'étape du Comité de réflexion sur la justice pénale », *JCP G* 2009,

refondation complète de l'avant-procès substituant à la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction traditionnelle, la séparation des fonctions d'enquête et de juridiction. Celui qui juge, parce qu'il se doit d'être impartial, ne saurait avoir investigué. Celui qui saisit, parce qu'il est partie, est affranchi des contraintes résultant de l'impartialité et peut dès lors investiguer.

543. Paradoxe de la permutation des approches de l'impartialité. Cette commutation de l'approche de l'impartialité – du processus à l'organe, du pluralisme fonctionnel du juge à l'unifonctionnalisme de celui-ci – permet cependant de soulever un paradoxe : qu'au nom de l'impartialité, manifestée par la nécessaire séparation des fonctions, on puisse décharger le juge d'instruction de ses pouvoirs d'investigation pour les confier au procureur de la République, portant à son comble... la confusion des fonctions¹⁴⁶⁶, ou que le procureur de la République se voit dépouiller de l'investigation alors que la police se voit désormais chargée de proposer des transactions.

act. 156 ; B. LAVIELLE et J. DANET, « Juge d'instruction : ni cet excès d'honneur ni cette indignité », *Gaz. Pal.* 2009, n° 55, p. 2 et s. ; F. SAINT-PIERRE, « Qu'espérer de la commission Léger ? Une réforme d'ampleur de la Justice pénale ! », *AJ pén.* 2009, p. 171 et s. ; J.-Y. LE BORGNE, « Le rapport Léger, le poids de l'habitude et la peur de la nouveauté », *AJ pén.* 2009, p. 400 et s. ; M. ROBERT, « Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un « parquetier » », *AJ pén.* 2009, p. 393 et s. ; C. GIUDICELLI, « Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra », *AJ pén.* 2009, p. 68 et s. ; A. COCHE, « Le Comité de réflexion sur la justice pénale ou les droits perdus du justiciable ? (à propos de la phase préparatoire du procès pénal) », *D.* 2009, p. 2765 et s.

¹⁴⁶⁶ En ce sens, DELMAS-MARTY (M.) et SPENCER (J. R.) (dir.), *European Criminal Procedure, op. cit.*, p. 12 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « La figure du juge de l'avant-procès. Entre symboles et pratiques », art. préc., *loc. cit.*, p. 342 ; M.-L. RASSAT, « Le projet de réforme de la procédure pénale », *JCP G* 2010, p. 369, n° 2.2, qui relève que la schizophrénie dénoncée du juge d'instruction, « si schizophrénie il y a, se retrouve entière, mais cette fois-ci chez le procureur de la République. Ce ne sont pas, en effet, les seuls actes d'investigation (au surplus, pour le moment, assez mal connus (...)) qui lui sont confiés, mais l'ensemble de l'instruction rebaptisée 'enquête' (...) », que « les seuls actes juridictionnels de l'instruction qui sont retirés au procureur de la République sont ceux qui initient et gèrent une atteinte à la liberté (contrôle judiciaire, surveillance électronique ou détention provisoire). Mais c'est déjà le cas en droit positif avec le juge des libertés qui se substitue à l'actuel juge d'instruction, pour la détention provisoire, au moins » et que le projet « est même allé jusqu'à accorder au procureur de la République le pouvoir juridictionnel suprême d'une instruction : celui de juger de la complétude et de la qualité de son enquête en renvoyant directement en jugement, même en matière criminelle (Av. proj., art. 334-54) ». Dès lors, selon l'auteur, « le procureur de la République ne devient donc pas un enquêteur mais un juge et encore plus grave, pas seulement d'instruction, mais aussi quelque fois de jugement. Comment comprendre, en effet, lorsque le juge de l'enquête, juge du siège, a renvoyé un prévenu en correctionnelle, que le ministère public puisse dessaisir la juridiction pour opérer par reconnaissance préalable de culpabilité (Av. proj., art. 334-47), ni que le ministère public puisse indiquer dans son acte de saisine que les prévenus peuvent bénéficier du régime des repentis alors que cela dépend de la qualification retenue qui est censée demeurer de la prérogative de la juridiction (Av. proj., art. 334-55) ? ». Voir également, V. MALABAT, « L'avant-projet du futur code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ? », *AJ pén.* 2010, p. 162 et s. : « Si l'on suit les dispositions de l'avant-projet, le parquet se voit en effet confier non seulement les pouvoirs d'enquête du juge d'instruction mais aussi des pouvoirs juridictionnels puisque c'est lui qui décide de l'issue de l'enquête. Sans doute est-il difficile de séparer ces deux fonctions mais ce cumul a été suffisamment reproché au juge d'instruction pour qu'on ne puisse l'admettre sur la tête du ministère public ». L'auteur relève qu'« il faut ajouter à ces nouvelles prérogatives le fait qu'il conserve la possibilité de décider et contrôler une privation de liberté avant jugement dans le cadre d'une garde à vue, qu'il peut désormais prononcer une décision d'irresponsabilité pour cause de

B. L'antinomie de la spécialisation d'un organe avec sa fonction de contrôle

544. La théorie de la séparation des fonctions de justice a été interprétée par la doctrine traditionnelle sous le prisme de la théorie de la séparation des pouvoirs. Or, la doctrine publiciste a démontré que l'interprétation donnée à la séparation des pouvoirs avait été victime de confusions. Les auteurs ont montré l'inadéquation entre l'idée de spécialisation et d'indépendance des organes avec les objectifs recherchés par la séparation des pouvoirs.

545. *L'inévitable hiérarchie des fonctions.* Carré de Malberg avait d'abord démontré que les fonctions constitutionnelles ne sont pas égales entre elles mais sont hiérarchisées – le règlement étant soumis à la loi – et que la hiérarchie des fonctions implique nécessairement la hiérarchie des organes : « la hiérarchie des fonctions provoque et implique fatalement celle des organes. Le titulaire d'une fonction ne saurait être vraiment maître de l'exercice de cette fonction, si celle-ci est, de sa nature, subordonnée à une autre fonction qui la commande »¹⁴⁶⁷. Dès lors, comment peut-on garantir l'égalité des organes en les spécialisant et en les rendant indépendants alors que précisément les fonctions sont hiérarchisées ?

Mutatis mutandis, les fonctions d'enquête – de la police – et de poursuite – du procureur ou du CPS – sont elles aussi hiérarchisées, même si la hiérarchie n'est pas d'ordre normative comme c'est le cas entre la loi et le règlement. La fonction du procureur ou du CPS est effectivement dépendante de la fonction d'enquête. C'est bien sur la base des éléments recueillis par la police que le poursuivant se prononce. Cette hiérarchie des fonctions entraîne nécessairement une hiérarchie des organes. L'expérience anglaise montre parfaitement que la spécialisation de l'organe de poursuite fait ressortir cette hiérarchie et la faiblesse dans laquelle se trouve naturellement l'organe de poursuite.

546. *L'antinomie de toute séparation fonctionnelle d'avec l'idée d'empêchement mutuel.* Eisenmann avait ensuite démontré que la doctrine politique de Montesquieu, qui souhaite parvenir à un système dans lequel le pouvoir arrête le pouvoir, ne commande pas un principe positif de répartition des fonctions constitutionnelles consistant dans la

trouble mental et que lui est reconnu comme un principe général le pouvoir de décider de la répression et de la réparation. Le ministère public devient ainsi enquêteur, juge et reste partie, au procès ce qui devrait tout de même suffire pour alerter les juristes et les justiciables ».

¹⁴⁶⁷ CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz, Paris, 2004 (réimpression de l'ouvrage paru en deux tomes, en 1920 et 1922, aux éditions Sirey), n° 287, p. 50.

spécialisation d'un organe. Si la doctrine de Montesquieu imposait une telle ingénierie constitutionnelle, ce serait « un prodigieux monument d'absurdité » : comment des organes spécialisés chacun dans une fonction pourrait-il s'arrêter l'un l'autre ? Ainsi « n'est-ce pas une vérité d'évidence que deux organes ne peuvent s'arrêter l'un l'autre en ce sens – régulièrement s'entend – que si et dans la mesure où ils sont appelés à consentir tous deux, sous une forme quelconque, à une même décision, c'est-à-dire où ils exercent conjointement la même fonction pour le règlement de la même matière, et cela va de soi, dans la même collectivité ? Si l'on confie à deux organes des fonctions différentes, c'est-à-dire s'ils sont appelés uniquement à prendre seuls, valablement et définitivement – sous réserve de leur régularité, – des décisions juridiquement différentes, ils ne pourront pas par hypothèse même, s'empêcher mutuellement : ne se mouvant pas dans le même plan, comment pourraient-ils manifester des volontés équivalentes – et également valables – de sens contraire ? »¹⁴⁶⁸. Eisenmann conclut ainsi qu' « entre l'idée de spécialisation fonctionnelle, a fortiori de séparation fonctionnelle, et l'idée d'empêchement mutuel, il y a incompatibilité logique absolue »¹⁴⁶⁹. En réalité, la doctrine de Montesquieu recouvre un principe négatif plus modeste de non-cumul de plusieurs fonctions entre les mains d'un même organe¹⁴⁷⁰. Elle n'interdit donc pas qu'une fonction soit dévolue à un organe complexe. Bien au contraire, en tenant compte de la hiérarchie des fonctions, il convient que l'organe de la fonction inférieure soit titulaire d'une parcelle de la fonction supérieure, ceci afin d'établir un mécanisme correcteur de la hiérarchie naturelle des fonctions. Michel

¹⁴⁶⁸ EISENMANN (C), « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Topos Verlag AG et Librairie Edouard Duchemin, Vaduz (Liechtenstein) et Paris, 1977, p. 175. Eisenmann relève, *ad notam*, qu'il en serait de même si deux organes exerçaient la même fonction, mais dans deux domaines distincts : n'étant pas appelés à prendre conjointement des décisions, aucun des deux ne pourrait empêcher l'autre. Il prend l'exemple, dans les Etats fédéraux, du législateur fédéral et du législateur des Etats fédérés. On pourrait prendre l'exemple, en procédure pénale anglaise, de la poursuite : la poursuite des infractions de faible gravité est laissée à la police, celle des infractions graves au CPS.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, Eisenmann observe, *ad notam*, qu'il y aurait une autre façon, plus spécifiquement juridique, d'établir cette antinomie, en observant que l'activité juridique de deux organes ne ressortit à deux fonctions juridiquement distinctes que s'il existe entre les deux activités un rapport hiérarchique, soit (nous indiquons les deux thèses, parce qu'il est inutile de prendre ici parti entre elles) en raison de leur contenu respectif – l'une déterminant le contenu de l'autre –, soit en raison de la valeur respective des décisions auxquelles l'exercice en aboutit. Si, en effet, la compétence de deux organes ne se distingue ni par le fond ni par la valeur des actes juridiques qu'elle permet de faire, des décisions qu'elle permet de prendre, mais simplement par son domaine – soit par la collectivité pour laquelle elle l'exerce, soit par les matières sur lesquelles elle porte –, ces deux organes n'exercent qu'une seule et même fonction, mais dans deux domaines distincts : ainsi, les deux législateurs de l'Etat fédéral, ou encore les tribunaux judiciaires et les agents administratifs (...). Par conséquent, spécialiser les deux organes dans deux fonctions différentes, c'est leur confier deux fonctions inégales et par là-même les hiérarchiser. Or, par définition, deux organes hiérarchisés ne peuvent – régulièrement – s'empêcher l'un l'autre : seul l'organe supérieur peut arrêter l'organe inférieur ».

¹⁴⁷⁰ Voir KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'Etat*, *op. cit.*, p. 330, qui relevait, à propos de la séparation des pouvoirs, que « [l]e rôle historique de ce principe est d'avoir contribué à la lutte contre la concentration des pouvoirs plutôt qu'en faveur de leur séparation ».

Troper avait d'ailleurs mis en lumière dans sa thèse de doctorat les deux modalités possibles de la séparation des pouvoirs dans l'histoire constitutionnelle française : la balance des pouvoirs ou la séparation des pouvoirs, la première favorisant un empêchement mutuel des organes, la seconde favorisant l'organe de la fonction hiérarchiquement supérieure, c'est-à-dire le Parlement.

Mutatis mutandis, l'incompatibilité entre logique mise en lumière par Eisenmann se reflète dans l'expérience anglaise et se refléterait dans le retranchement préconisé par la Commission Beaume. S'il est attendu du procureur ou du CPS un contrôle véritable des investigations effectuées par la police, c'est en favorisant les pouvoirs d'enquête de celui-ci ou de celui-là que l'objectif sera atteint, non pas en retranchant à celui-ci ou à celui-là la possibilité qu'il a d'obtenir des informations lui permettant de déconstruire le dossier construit par la police seule.

547. La théorie de la séparation des fonctions nous semble avoir donné lieu aux mêmes errements que ceux auxquels a donné lieu l'interprétation de la séparation des pouvoirs. Séparer fonctionnellement les organes de justice, cantonner chacun de ces organes dans une unique fonction, comme le postule la théorie de la séparation des fonctions, nous paraît être le plus sûr moyen de ne point parvenir au résultat que recherche la théorie de la séparation : la limitation du pouvoir, le contrôle mutuel des organes, ceux pour les mêmes raisons que celles esquissées par les auteurs publicistes. Le rejet de l'unifonctionnalisme organique est fondamentalement le seul moyen d'atteindre l'objectif que les auteurs assignent à la « séparation des fonctions de justice répressive ». Non seulement les autorités de justice répressives ne sauraient s'acquitter de la mission qui leur incombe, si leur compétence se réduisait à l'exercice d'une fonction matérielle unique – comment le procureur pourrait-il exercer la fonction de poursuite, comment le juge pourrait-il apprécier le bien-fondé de la poursuite si, l'un comme l'autre, ne disposait pas de pouvoirs d'investigation ? –, mais encore l'indépendance des organes, qui est l'un des objectifs de la théorie de Montesquieu, et qui est seule à même de permettre un contrôle mutuel des diverses autorités sur les décisions des autres, exige elle-même que chacune de ces autorités puisse participer à des fonctions complémentaires de sa fonction principale¹⁴⁷¹.

¹⁴⁷¹ En ce sens, CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, p. 31, qui renvoie à Hauriou : « C'est ce qu'indique très exactement M. Hauriou, Précis, 9^{ème} éd., p. 12 : 'Les garanties d'indépendance n'existent que si chacun des pouvoirs politiques cumule à un certain degré les diverses activités fonctionnelles' ».

*

548. *Conclusion de la Section 2nd*. Les expérimentations anglaises démontrent que le refus de conférer au CPS tout pouvoir d'enquête lui garantissait une impartialité ne favorisant pas le contrôle sur les investigations menées. En d'autres termes, la spécialisation de l'autorité en charge des poursuites dans une fonction décisionnelle renforce l'autorité en charge du recueil des éléments qui vont fonder la décision. L'organe peut ainsi être impartial, sans que la fonction qu'il exerce ne le soit. Inversement, les améliorations apportées par le législateur anglais démontrent que la fonction de poursuite peut être exercée de manière impartiale par un organe qui ne le serait pas. Pour garantir l'impartialité de la fonction, il semble qu'il faille sacrifier, en un sens, l'impartialité de l'organe. Or reconnaître des pouvoirs d'investigation au ministère public, ne serait-ce finalement pas garantir l'impartialité de la poursuite ? Aussi, de *lege ferenda*, toute tentative de réforme qui viserait à restreindre les possibilités reconnues au ministère public de compléter et diriger les investigations conduites par la police ne ferait que renforcer la dépendance fonctionnelle de celui-ci sous les apparences d'un renforcement de son impartialité.

*

**

549. *Conclusion du Chapitre 2nd : l'impartialité du ministère public, une question mal posée*. La comparaison fait ressortir toute la complexité de la question de l'impartialité du ministère public et, à l'inverse de celle l'indépendance, elle ne constitue pas une « mauvaise question », à condition toutefois qu'elle soit correctement formulée.

La fonction de l'institution du ministère public doit toujours demeurer conforme à sa *ratio* primitive : garantir l'impartialité du juge en raison de l'obligation dans laquelle il doit se trouver de se constituer partie pour obtenir la réalisation du droit de punir. Dans cette perspective, ce n'est pas tant l'impartialité du ministère public qu'il convient de garantir, impartialité qui se révélerait contradictoire avec cette vocation, mais peut-être davantage l'objectivité et la loyauté du ministère public. Or, force est de constater que l'objectivité du ministère public ne saurait relever de la seule incantation législative et nécessite la mise en place de garanties véritables, notamment l'inclusion du magistrat du parquet dans le mécanisme de récusabilité et la soumission de ses actions ou inactions à un véritable contrôle juridictionnel.

A cet égard, la comparaison nous a montré que le droit anglais disposait de deux mécanismes permettant de contrôler que les décisions prises par le ministère public l'ont été avec objectivité. Certes, l'instauration en France d'un mécanisme similaire à la *judicial review* du droit anglais ne paraît pas raisonnablement envisageable en raison de la conception française de la séparation des pouvoirs constitutionnels. Mais au moins donne-t-elle à réfléchir sur les faiblesses du droit français et permet-elle de mettre en lumière que, même détachée du processus répressif traditionnel, il peut être possible d'assurer un contrôle juridictionnel de ses décisions. A l'inverse, l'*abuse of process* pourrait constituer un mécanisme intéressant pour le droit français, en ce qu'il permet de montrer que la recevabilité de l'action du ministère public peut être subordonnée au respect de la valeur fondamentale de justice. Ces deux mécanismes du droit anglais ont l'immense mérite de mettre en lumière qu'il est nécessaire que le ministère public français ne puisse pas systématiquement tirer profit des ambiguïtés qui l'entourent, notamment de son rôle traditionnel de partie pour demeurer irrécusable et de son rôle traditionnellement judiciaire pour échapper à tout contrôle de l'excès de pouvoir en dehors du déclenchement de l'action publique.

En outre, à l'inverse, la comparaison avec l'Angleterre nous a permis de constater que cette objectivité du ministère public ne saurait être préservée par un retranchement de l'investigation de son office. L'exemple du *CPS* anglais démontre parfaitement qu'une telle combinatoire conduit un poursuivant privé du pouvoir d'investiguer – comme elle conduirait d'ailleurs toute autorité amenée à prendre une décision et privée de ce même pouvoir – à faire reposer sa décision sur des actes effectués par la police, ce qui renforce nécessairement sa dépendance fonctionnelle et favorise encore la subjectivité de l'enquêteur.

Conclusion du Titre 1^{er}

550. La juridictionnalisation de l'institution du ministère public permet-elle d'apporter aux difficultés soulevées par le développement des fonctions de celle-ci une solution satisfaisante ? La réponse négative semble devoir s'imposer. Chacun des systèmes s'efforce de conférer une légitimité de substitution au ministère public afin de compenser le déclin de la juridictionnalisation de la répression. Or cette quête d'une légitimation du ministère public s'avère, après analyse, illusoire, de *lege lata*, et une illusion, de *lege ferenda*.

En France, le législateur semble s'être laissé tenté par les sirènes de l'indépendance et de l'impartialité en supprimant officiellement le pouvoir du garde des Sceaux de délivrer des instructions dans les affaires individuelles et en proclamant la soumission du parquet à l'exigence d'impartialité. En Angleterre, le législateur a souhaité rappeler la position constitutionnellement neutre de l'*Attorney General* et conférer une légitimité plus démocratique à la police, par le biais du suffrage universel. Or, si l'objectif des législateurs consistait à conférer une légitimité renouvelée à l'institution au travers de l'indépendance et de l'impartialité, force est de reconnaître que cette légitimité se trouve seulement affirmée et non véritablement garantie. En France, la suppression des instructions individuelles semble bien ne disposer que d'une valeur déclarative, puisque le gouvernement peut toujours dénoncer au ministère public les infractions à la loi pénale tout en conservant un pouvoir de nomination, d'avancement et de discipline, qui n'est soumis qu'à un avis simple du Conseil supérieur de la magistrature, et qui, surtout, ne fait pas l'objet d'un contrôle juridictionnel véritable. Quant à l'impartialité du ministère public, sans récusation possible, elle fait bien figure de simple incantation. En Angleterre, la relative indépendance statutaire du *CPS* malgré son statut de fonctionnaire ne doit pas

masquer la relative dépendance fonctionnelle de celui-ci, puisque les poursuites demeurent, pour un nombre important d'infractions, subordonnées au consentement d'un *Attorney General* en principe indépendant dans sa prise de décision, mais tout de même membre du gouvernement. Et l'indépendance opérationnelle de la police anglaise, tout comme le renforcement contemporain de sa légitimité démocratique au travers de l'élection des *Police and Crime Commissioner* ne doit pas masquer la concentration considérable de pouvoirs dont elle bénéficie désormais.

C'est sur ce terrain que se situe la profonde contradiction des systèmes français et anglais. L'indépendance – statutaire ou fonctionnelle –, le suffrage universel comme l'impartialité peuvent-ils légitimer une concentration de pouvoirs qui se renforce entre les mains du ministère public ? Peut-être faut-il, après des années de survalorisation du ministère public, rééquilibrer nos procédures pénales en renforçant l'office du juge répressif, qui incarne, sans contestation possible, lorsqu'il est secondé dans sa tâche par un ministère public aux fonctions conformes à sa *ratio* profonde, l'indépendance et l'impartialité de la justice.

Titre 2nd

La restauration nécessaire de la juridictionnalisation des fonctions du ministère public

551. La question de la restauration d'un contrôle juridictionnel efficace de l'usage des fonctions du ministère public se pose. Aujourd'hui, au sein des systèmes anglais et français, le ministère public dispose de pouvoirs d'enquête infrajuridictionnels importants qui le dispensent bien souvent de requérir l'autorisation préalable d'un juge dans son activité d'investigation. De plus, l'orientation des affaires à la clôture de l'enquête n'est soumise à aucune appréciation juridictionnelle : le ministère public ou la police décident d'un classement sans suite simple, de recourir à un avertissement, de recourir à une alternative punitive, d'une saisine du juge d'instruction ou d'un renvoi devant le juge de jugement, et de la procédure de ce renvoi.

La question continuera d'ailleurs de se poser avec le renforcement prévisible des pouvoirs du ministère public dans la mise en état et le durcissement programmé des pouvoirs de traitement. Car le mouvement est irrémédiablement lancé : les ajouts successifs opérés par les droits français et anglais, qui semblaient de prime abord opérer pragmatiquement, par touches impressionnistes, font désormais bel et bien système. A la faiblesse du contrôle juridictionnel *a priori* de l'enquête s'ajoute une éviction du contrôle juridictionnel *a posteriori* de la culpabilité et de son accessoire, le contrôle de la régularité des actes d'enquête. Or, toute utilisation d'une technique d'enquête nouvelle, que la technologie et la pratique révéleraient, même très intrusive, ne sera vraisemblablement soumise à

autorisation juridictionnelle qu'au-delà d'une certaine durée, puisque l'approche graduelle a triomphé – l'exemple de la géolocalisation du droit français est, à cet égard, particulièrement significatif. Quant aux pouvoirs de traitement autonomes ou combinés aux techniques de l'inversion ou de l'éviction du contentieux, il est prévisible que les limitations qu'ils connaissent aujourd'hui finiront par céder : l'extension récente, en France, de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à l'ensemble des délits, par la loi du 13 décembre 2011, ou la création en 2013 du *Deferred Prosecution Agreement* en Angleterre, sont, là aussi, particulièrement significatifs.

552. Une équivoque subsiste toutefois sur les voies de la juridictionnalisation nécessaire des fonctions du ministère public. Puisque le ministère public développe aujourd'hui son activité dans un cadre qui est largement détaché du procès pénal traditionnel, il pourrait être tentant de rechercher des sauvegardes dans un contrôle juridictionnel qui serait lui-même détaché du procès pénal : à l'extra-processualité des fonctions, pourrait répondre une extra-processualité du contrôle de celles-ci. Le système anglais, qui ne consacre pas la dualité des ordres administratif et judiciaire, autorise ainsi effectivement un contrôle juridictionnel des fonctions du ministère public détaché du processus répressif. La *judicial review* permet en effet le contrôle de l'éventuel usage dysfonctionnel des fonctions de la police ou du CPS, par la sanction de l'excès de pouvoir qu'elle implique mais aussi par l'engagement de la responsabilité civile qu'elle permet. En outre, des sanctions pénales y sont fulminées à l'encontre de toute tentation dysfonctionnelle du ministère public. Le droit français quant à lui, même s'il n'autorise pas le juge administratif à contrôler l'éventuel excès de pouvoir commis par la police ou le parquet commis dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, autorise malgré tout un certain contrôle de ces fonctions puisqu'il permet d'engager la responsabilité civile ou pénale de la police ou du parquet.

Aussi, pourrait-ce être par le biais de la responsabilité civile ou pénale que la garantie d'un usage régulier des fonctions du ministère public pourrait s'opérer. Il s'agirait dès lors de rechercher à moraliser et à discipliner, substantiellement, le ministère public par le biais de la responsabilité de l'organe, plutôt que par l'annulation, processuelle, des actes irréguliers. Le contrôle juridictionnel se trouverait détaché de la réalisation du droit de punir conformément à la tradition anglaise.

553. Toutefois, nous allons le voir, cette sauvegarde s'avère, à elle seule, inadaptée (Chapitre 1^{er}). Aussi faut-il instaurer un contrôle juridictionnel solidaire de la réalisation du *jus puniendi* (Chapitre 2nd).

Chapitre 1^{er} **L'inadaptation des seules sanctions substantielles des dysfonctions du ministère public**

Chapitre 2nd **La nécessaire inscription processuelle des fonctions du ministère public**

Chapitre 1^{er}

L'inadaptation des seules sanctions substantielles des dysfonctions du ministère public

554. Dans la conception traditionnelle anglaise – héritière de l'époque où il n'existait pas d'autorité publique officiellement en charge des investigations ni de réglementation légale des actes d'enquête, et où, par conséquent, il ne pouvait appartenir au juge pénal de contrôler la légalité des actes effectués – la consécration légale d'un pouvoir au profit de la police revêt une portée essentiellement substantielle. Les pouvoirs conférés à la police sont donc historiquement appréhendés comme autant de faits justificatifs au regard du *tort law* et du droit pénal substantiel. Ainsi, le policier qui agit dans le cadre des attributions qui lui sont conférées par la loi se voit, *de jure*, reconnaître le bénéfice d'une immunité civile et pénale lui permettant d'agir sans que puisse lui être reproché un quelconque *tort* ou une quelconque infraction. A l'inverse, lorsqu'il fait usage illégal de ses pouvoirs, l'immunité cesse et il est possible en principe d'engager sa responsabilité civile ou pénale. Aussi, le droit anglais manifeste-t-il naturellement une préférence pour les sanctions substantielles de l'organe qui fait un usage dysfonctionnel de ses prérogatives, là où le droit français semble préférer une sanction processuelle des actes de l'organe, par le biais de l'annulation¹⁴⁷².

Le développement des pouvoirs extrajuridictionnels du ministère public éclaire sous un jour nouveau cette divergence historique des systèmes français et anglais. Puisque le

¹⁴⁷² L'une des conséquences de cette divergence conduit à ce qu'en Angleterre, les interprétations jurisprudentielles données à l'occasion d'une action civile sont bien souvent plus importantes pour déterminer les conditions de fond ou de forme de l'exercice d'un pouvoir par la police que les précisions données par les juridictions pénales dans le cadre du contentieux de l'annulation.

ministère public peut agir en dehors du processus répressif juridictionnalisé, il pourrait être opportun, afin de discipliner le ministère public, de s'appuyer sur un mécanisme de sanction substantielle des dysfonctions par lui commises. Les responsabilités civile et pénale, qui constituaient historiquement les seules sauvegardes à l'action dysfonctionnelle de la police anglaise, à l'exclusion de l'irrecevabilité de la preuve ainsi obtenue, pourrait ainsi voir leur vocation moralisatrice ressuscitée, et la responsabilité substantielle de l'organe viendrait ainsi pallier le contournement des sanctions processuelles traditionnelles.

L'étude des systèmes positifs démontre toutefois qu'une telle sauvegarde demeure, en droit positif, insuffisante : ni les règles de la responsabilité civile (Section 1^{ère}), ni les règles de la responsabilité pénale (Section 2nde) ne paraissent, à elles seules, adaptées pour garantir un usage régulier, par le ministère public, de ses fonctions extrajuridictionnelles et, partant, assurer la moralisation de son action extrajuridictionnelle.

Section 1^{ère} **LA RESPONSABILITE CIVILE : GARANTIE INADAPTEE DE LA REGULARITE DE L'ACTION DU MINISTERE PUBLIC**

555. Système anglais et système français soumettent chacun leur ministère public aux principes généraux de la responsabilité qu'ils édictent : l'homme ne disparaît pas derrière l'agent judiciaire. Aussi, l'action extrajuridictionnelle fautive du ministère public se trouve-t-elle devoir donner lieu, en principe, à réparation sur le fondement du droit commun. Toutefois, cette soumission du ministère public ne constitue pas une sauvegarde efficace en raison des spécificités propres à chacun des systèmes de responsabilité civile consacrés. Nous pourrions le constater d'abord s'agissant des *tort remedies* du droit anglais (§ 1^{er}), ensuite s'agissant de la responsabilité civile du policier, du gendarme et du parquetier français (§ 2nd).

§ 1^{er} *LES TORTS REMEDIES DU DROIT ANGLAIS*

556. *Le recours au droit commun de la responsabilité civile.* En droit anglais, la personne qui se prétend victime d'une action illégale de la police peut intenter une action sur le fondement du *tort law*. Or, ce droit de la responsabilité civile s'est construit bien avant la création d'une police professionnelle et l'apparition des techniques modernes

d'investigation. Aussi, malgré la force apparente des *torts* (A) est-il possible de souligner leur insuffisance véritable (B).

A. La force apparente du *tort law*

557. Le droit de la responsabilité civile anglais constitue en apparence une puissante sauvegarde des droits du mis en cause, tant en raison de la multiplicité des faits générateurs de responsabilité (1) qu'en raison de la nature potentiellement punitive de la dette de réparation susceptible d'en résulter (2).

1. La multiplicité des *torts*

558. Un *tort* est « une action ou une omission injustifiée pour laquelle des dommages-intérêts peuvent être obtenus par la personne qui l'a subie auprès d'une juridiction civile »¹⁴⁷³. Une multitude de *torts* peut être ainsi mobilisé pour sanctionner théoriquement l'organe auteur d'une dysfonction : les *torts of false imprisonment*, les *torts of trespass to land* ou *to goods*, les *torts of assault* et *battery*, les *torts of malicious prosecution* et *malicious process*, le *tort for breach of statutory duty*. Toutefois, les juridictions anglaises se montrent relativement strictes.

559. **Le *tort of false imprisonment*.** Le *tort of false imprisonment* « consiste en une restriction complète de la liberté de mouvement du demandeur sans excuse ou justification légale »¹⁴⁷⁴. Ce *tort* peut être exercé, *per se*, c'est-à-dire sans que soit nécessaire de rapporter la preuve d'un préjudice et trouve à s'appliquer en cas de méconnaissance des conditions de fond¹⁴⁷⁵ ou de forme¹⁴⁷⁶ des pouvoirs d'arrestation. Il trouve également à s'appliquer en cas de détention illégale d'un individu par la police. Il en va ainsi en cas de méconnaissance de la section 40 du *PACE*, lorsque la détention policière s'est prolongée après le délai fixé par la loi pour le contrôle de la détention par le *custody officer*, comme l'a jugé la *Court of appeal*

¹⁴⁷³ J. LAW et E. A. MARTIN (ed.), *A Dictionary of Law*, *op. cit.*, p. 551.

¹⁴⁷⁴ S. DEAKIN, A. JOHNSTON et B. MARKENISIS, *Tort law*, *op. cit.*, p. 462.

¹⁴⁷⁵ *Wershof v. Metropolitan Police Commissioner* (1979) 68 Cr. App. R. 82 ; [1978] *Crim LR* 424 : octroi de 1.000 livres à l'individu victime d'une arrestation illégale. En l'espèce, la *Court of appeal* a considéré qu'un agent de police ne pouvait procéder à l'arrestation d'un individu sur le fondement d'une obstruction faite à l'exercice de son devoir, à moins que cette obstruction n'ait provoqué ou ne soit à même de provoquer un trouble à l'ordre public (*breach of the peace*).

¹⁴⁷⁶ Par exemple, en cas d'absence d'information de la personne arrêtée des motifs de l'arrestation. Voir ainsi, *Christie v. Leachinsky* [1947] A.C. 573.

dans l'affaire *Roberts v. Chief Constable of Cheshire Police* en 1999¹⁴⁷⁷. En toutes hypothèses, la *Court of appeal* considère que le fait que la personne arrêtée puis inculpée ait plaidé coupable ne constitue pas un élément prouvant que la privation de liberté initiale était légale, ce qui constitue une indéniable sauvegarde¹⁴⁷⁸.

Le *common law* adopte cependant une position relativement clémente en faveur de la police. Ainsi admet-il traditionnellement que la personne responsable du *tort of false imprisonment* ne soit pas nécessairement celui qui a procédé matériellement et directement à la privation de liberté. Depuis la décision *Austin v. Dowling* du 28 juin 1870¹⁴⁷⁹, il considère qu'est responsable le défendeur qui n'a pas agi personnellement pour détenir le demandeur, aussi longtemps qu'il a agi par l'intermédiaire d'un tiers qui n'exerçait, lors de l'arrestation, aucun pouvoir indépendant d'appréciation. Il distingue ainsi les actes « *ministerial* » des actes « *judicial* ». Un acte « *ministerial* » est l'acte d'une autorité qui est seulement l'instrument du défendeur. Dans cette hypothèse, le défendeur sera responsable de la privation de liberté. Un acte « *judicial* » en revanche est l'acte d'une autorité agissant d'après sa propre appréciation. On pourrait toutefois croire que la police, agissant sur dénonciation, exerce un acte « *judicial* ». Et en effet, il en ira ainsi en principe. Dans la décision *Davidson v. Chief Constable of North Wales and Another* du 20 avril 1993 par exemple, un agent de sécurité fournit des informations à la police qui conduisirent à l'arrestation de la demanderesse, soupçonnée de vol. Celle-ci fut détenue avec un ami pendant deux heures jusqu'à ce qu'ils soient finalement libérés. Son action pour *false imprisonment* contre l'agent de sécurité fut rejetée, décision confirmée en appel. Sir Thomas Bingham MR considéra en effet que « ce qui distingue l'affaire dans laquelle un défenseur est responsable d'une affaire où celui-ci ne l'est pas réside dans le fait de savoir s'il a simplement donné des informations à l'autorité compétente sur la base de laquelle cette dernière peut agir ou non comme elle le voulait ou si il a lui-même agi comme instigateur, promoteur et a incité activement à l'action qui s'en

¹⁴⁷⁷ Voir *Roberts v. Chief Constable of Cheshire* [1999] 1 W.L.R. 662. Dans cette affaire, la *Court of appeal* a jugé que le défaut de procéder à un examen de la détention par le *custody officer*, conformément aux sections 34 et 40 du *PACE*, rend la période de détention subséquente illégale. Le demandeur avait été arrêté à 22 heures 50 et sa garde à vue a été autorisée à 23 heures 25, mais le premier contrôle de la prolongation est intervenu à 7 heures 25 alors qu'il aurait dû, légalement, être effectué à 5 heures 25. La *Court of appeal* a conclu que la détention était illégale après 5 heures 25 car les prescriptions des sections 34 et 40 sont obligatoires et qu'il importait peu que le maintien en détention du requérant ait été autorisé à 7 heures 25.

¹⁴⁷⁸ *Hill v. Chief Constable of South Yorkshire* [1990] 1 W.L.R. 946. Comp., *Abraham v. Commissioner of Police of the Metropolis* [2001] 1 W.L.R. 1257 : l'acceptation d'une *formal caution* au commissariat ne constitue pas une fin de non-recevoir à une éventuelle action pour *false imprisonment*.

¹⁴⁷⁹ *Austin v. Dowling* [1870] L.R. 5 C.P. 534. Voir également, *Sewell v. National Telephone Company Ltd* [1907] 1 K.B. 557.

est suivie »¹⁴⁸⁰. Cependant, lorsqu'il existe des encouragements ou des plaintes réitérées d'arrestation sur la base d'informations fournies par le défendeur seul, c'est ce défendeur qui sera responsable du *false imprisonment*¹⁴⁸¹.

A l'inverse, la méconnaissance des règles de déroulement de la garde à vue, telles les privations de sommeil ou d'eau, ne rend pas cette dernière illégale et en conséquence, le *tort* ne saurait être constitué¹⁴⁸². Une telle position peut paraître illogique lorsqu'on la compare à la décision *Roberts v. Chief Constable of Cheshire Police* puisqu'elle revient, comme le relèvent *Andrew Sanders et alii*, à « indemniser quelqu'un qui n'a pas souffert mais [à] ne pas indemniser quelqu'un qui a souffert, alors même que dans les deux cas les individus étaient, au commissariat »¹⁴⁸³.

En outre, ce *tort* devrait trouver à s'appliquer en cas de méconnaissance de l'exigence de « nécessité » de la garde à vue posée par la section 37 du *PACE*. Cependant, dans la seule affaire portant sur l'application de la section 37 ayant fait l'objet d'un appel, l'affaire *Al Fayed & Ors v Commissioner of Police of the Metropolis & Ors* de 2004, la *Court of appeal* a vidé de sa substance la section 37, en reconnaissant que la probabilité plus grande qu'un individu avoue s'il est placé en garde à vue constitue un motif pouvant rendre nécessaire un tel placement¹⁴⁸⁴.

Enfin, aucune action en responsabilité civile n'a jamais prospéré sur le fondement du *tort of false imprisonment* en cas de fouille et de détention illégales. Pourtant, la méconnaissance des pouvoirs de *stop and search*, comme l'arrestation proprement dite, implique une restriction physique illicite de la liberté individuelle. Par conséquent, une fouille ou une détention effectuée en violation des conditions légales devrait être considérée comme un *false imprisonment*. Or, aucun *tort* spécifique en lien avec les pouvoirs de fouille et de détention n'existe.

¹⁴⁸⁰ *Davidson v. Chief Constable of North Wales* [1994] 2 All E.R. 597.

¹⁴⁸¹ Voir ainsi, *Abmed v. Shafiqe* [2009] EWHC 618 (QB) : responsabilité d'un associé M. et d'un comptable K. à l'égard d'un autre associé S., placé en garde à vue pour une durée de quinze heures à la suite de la dénonciation par ceux-ci de faits de vol. Il fut jugé que l'agent de police, n'ayant effectué aucune vérification préalable, c'était la réitération de la plainte qui avait conduit directement à l'arrestation de S. et que cette réitération était allée au-delà de la simple information de la police.

¹⁴⁸² *Comp. Williams v. Home Office (n°2)* [1981] 1 All E.R. 1211, où la *Court of appeal* a considéré que l'appréciation du respect ou non des règles de fonctionnement des établissements pénitentiaires ne constitue pas un motif pertinent pour régler la question de savoir si la détention d'un individu pouvait être justifiée.

¹⁴⁸³ A. SANDERS, R. YOUNG ET M. BURTON, *Criminal Justice, op. cit.*, n° 12.3.1, p. 672.

¹⁴⁸⁴ *Al-Fayed & others v. Commissioner of Police of the Metropolis & others (n° 3)*, préc. Sur cette décision, voir *supra* n° 321.

560. Les torts of trespass to land ou to goods, les torts of assault et battery. Le tort of trespass to land se définit comme toute « ingérence dans la propriété d'autrui »¹⁴⁸⁵. Comme le tort of false imprisonment, ce tort peut être exercé sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve d'un préjudice. Le tort of trespass to goods consiste en toute ingérence dans la possession d'un bien. Une action for trespass peut être intentée si la police pénètre illégalement dans la propriété d'un citoyen, comme par exemple au cours d'une perquisition effectuée sans mandat, ou si elle exerce une saisie illégalement¹⁴⁸⁶. Le citoyen peut d'ailleurs, dans ce dernier cas, exercer également une action en restitution¹⁴⁸⁷.

Le tort of battery et le tort of assault sont deux torts qui constituent, avec le false imprisonment, le trespass to person. Le battery est constitué par un contact physique illégal au demandeur. L'assault est « un acte intentionnel de menace de violence ou, en d'autres termes, qui produit sur le demandeur la crainte raisonnable d'une immédiate et illégale violence »¹⁴⁸⁸. Ces torts peuvent être exercés sans qu'il soit nécessaire de démontrer un préjudice. Le battery et l'assault permettent de sanctionner, respectivement, toute utilisation excessive de la force dans le cas d'une arrestation ou toute menace de violences utilisée pour contraindre l'individu et notamment obtenir des aveux¹⁴⁸⁹.

561. Les torts of malicious prosecution et malicious process. Si une poursuite est intentée sans qu'il y ait de preuve prima facie et de façon malveillante, le défendeur peut intenter une action pour malicious prosecution. Peu d'affaires ont fait cependant droit à une demande fondée sur une malicious prosecution, car les juridictions ont donné une grande latitude aux poursuivants dans la détermination de l'existence de preuves prima facie¹⁴⁹⁰, et la démonstration de l'élément intentionnel de ce tort, « la malveillance », se révèle extrêmement délicate. Dans l'affaire Paul v. Chief Constable of Humberside, par exemple, un individu, M. Paul tenta de s'interposer dans une bagarre opposant M. Adler à un autre

¹⁴⁸⁵ S. DEAKIN, A. JOHNSTON et B. MARKENISIS, *Tort law, op. cit.*, p. 494.

¹⁴⁸⁶ *O'Loughlin v. Chief Constable of Essex* [1998] 1 W.L.R. 374 : un agent de police, exerçant le pouvoir qui lui est conféré par les sections 17 et 117 du PACE de pénétrer dans une maison en utilisant une force raisonnable, devrait, sauf si cela est impossible, impraticable ou indésirable, donner à l'occupant les motifs qui justifient l'exercice de ce pouvoir.

¹⁴⁸⁷ *Webb v. Chief Constable of Merseyside Police* [2000] Q.B. 427 ; *Costello v. Chief Constable of Derbyshire* [2001] 1 W.L.R. 1437. Cette action peut désormais être exercée sur le fondement de la section 57 du *Criminal Justice and Police Act 2001*.

¹⁴⁸⁸ S. DEAKIN, A. JOHNSTON et B. MARKENISIS, *Tort law, op. cit.*, p. 453.

¹⁴⁸⁹ Par exemple, *Adorian v. Commissioner of Police of the Metropolis* [2009] 1 W.L.R. 1859. Voir également, *Allen v. Commissioner of Police of the Metropolis* [1980] Crim LR 441.

¹⁴⁹⁰ Voir *Coudrat v. Revenue and Customs Commissioners* [2005] EWCA Civ 616 : le procureur, qui cherche à montrer qu'il avait des motifs raisonnables de poursuivre un suspect, n'a pas à tenir compte, au moment où il prend sa décision de poursuivre, de la possibilité que la preuve puisse être exclue au procès. De plus, il n'est pas nécessaire qu'il prenne en considération les moyens de défense du suspect.

individu, à la sortie d'une boîte de nuit. M. Adler fut placé en garde à vue et décéda au cours de celle-ci. M. Paul, ayant appris le décès de M. Adler, se présenta volontairement au commissariat. Il fut placé en garde à vue et poursuivi pour meurtre. Lorsqu'il fut établi que les coups qu'il avait portés n'avaient pas provoqué la mort de Alder, ne furent retenues contre lui que les violences volontaires (*GBH : Grievous Bodily Harm*). Finalement, les charges furent abandonnées. M. Paul soutenait que la police ne l'avait poursuivi que pour détourner les critiques potentielles concernant les circonstances de la mort de M. Alder en garde à vue. Un premier juge rejeta sa demande au motif qu'il n'y avait pas de preuves factuelles de la malveillance de la police, mais la *Court of appeal* infirma sa décision et ordonna un nouveau procès¹⁴⁹¹. Finalement, M. Paul obtint des dommages-intérêts pour *false imprisonment* et *malicious prosecution*¹⁴⁹². L'affaire montre ainsi la difficulté de convaincre le juge que les poursuites étaient malveillantes, même si celles-ci avaient été intentées pour masquer la conduite illégale de la police¹⁴⁹³.

Le *tort of malicious process* ou *malicious procurement* permet de faire condamner la police qui aurait obtenu un mandat de perquisition avec malveillance. Cependant, les juridictions se montrent strictes et la simple erreur de la police exclut le *tort*¹⁴⁹⁴. En outre, la police n'est pas nécessairement responsable lorsqu'elle a agi sur la plainte d'une victime prétendue¹⁴⁹⁵.

562. Le *tort for breach of statutory duty*. L'action pour méconnaissance d'un devoir légal permet au demandeur de recevoir une indemnisation pour les pertes résultant de la

¹⁴⁹¹ *Paul v. Chief Constable of Humberside* [2004] EWCA Civ 308.

¹⁴⁹² *Paul v. Chief Constable of Humberside* [2006] EWCA Civ 1433.

¹⁴⁹³ Voir sur cette question, G. R. SMITH, « *Actions for Damages against the Police and the Attitude of Claimants* » (2003) 13 *Policing and Society* 413.

¹⁴⁹⁴ Voir *Keegan v. Chief Constable of Merseyside*, préc. : dans cette affaire, la police enquêtait sur des vols à main armée, et les investigations avaient révélé que le suspect était lié à deux adresses. La police demanda, puis obtint, un mandat pour perquisitionner ces deux domiciles, mais il se révéla que, dans l'un des domiciles, vivait une famille sans histoire. Le père agit au civil mais la *Court of appeal* considéra que, si la police aurait dû se livrer à des investigations plus approfondies avant de perquisitionner, elle n'avait pas agi de mauvaise foi : « la police a pu être négligente mais on ne peut considérer qu'elle fut motivée par la malveillance. En conséquence, le *tort of malicious procurement* du mandat de perquisition n'a pas été commis ».

¹⁴⁹⁵ Voir par exemple, *Martin v. Watson* [1996] A.C. 74, où, sur la plainte de W. déposée entre ses mains à l'encontre de M. pour attentat à la pudeur (*indecent exposure*), la police obtint un mandat d'arrestation, arrêta et interrogea, puis libéra sous caution M. Le CPS n'offrit finalement aucune preuve devant la *magistrates' court*. M. obtint une condamnation contre W. pour *malicious prosecution*, mais la *Court of appeal* admit l'appel de W. au motif que, bien que la poursuite se fondait sur une fausse allégation de la part de W., ce dernier n'avait pas pris part à la décision de poursuivre. La Chambre des Lords considéra que « lorsque, comme en l'espèce, les faits qui constituaient l'infraction alléguée se fondaient uniquement sur la connaissance de la plaignante et qu'ainsi la police ne pouvait pas exercer un pouvoir discrétionnaire indépendant, la requérante pouvait légitimement être considérée comme ayant été chargée de la poursuite qui a été exercée. Comme M. a prouvé que W. était en substance responsable de la poursuite, exercée avec malveillance et sans réelle chance de succès, W. pouvait être condamné à des dommages-intérêts pour poursuites abusives ».

défaillance du défendeur à se conformer à une obligation légale¹⁴⁹⁶. Cette action trouve sa source dans la volonté des juridictions de combler les lacunes de certaines dispositions légales qui, en réglementant certaines activités afin de protéger notamment la santé, la sécurité des salariés, des consommateurs ou des usagers de la route, ne prévoient cependant pas de droit d'action (*civil right of action*), alors qu'elle édictent des incriminations correspondantes¹⁴⁹⁷. Toutefois, de manière croissante, les juridictions refusent les actions pour méconnaissance d'un devoir légal si leur reconnaissance peut conduire à admettre de nouvelles formes de revendications. De plus, ce *tort* ne peut être utilisé que subsidiairement, lorsqu'aucun autre remède n'est disponible. Dans l'affaire *Cullen v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* de 2003¹⁴⁹⁸, le demandeur, qui avait été arrêté par la police d'Irlande du Nord en vertu de la législation terroriste se vit privé d'un accès immédiat à un avocat, conformément à cette législation. Cependant, en contrariété avec celle-ci, il ne lui fut pas donné les raisons qui motivaient le report de l'entretien avec un avocat. La Chambre des Lords considéra toutefois qu'il ne disposait d'aucune action pour méconnaissance d'un devoir légal. D'une part, parce que la reconnaissance d'une action pour méconnaissance d'un devoir légal nécessite que le Parlement ait voulu, lorsqu'il adopta la loi, protéger une certaine partie de la population, non le public en général. Or, de manière paradoxale, elle estime qu'il ne saurait y avoir une telle action en cas de méconnaissance d'un devoir qui constitue « un droit quasi-constitutionnel d'une importance fondamentale dans une société libre »¹⁴⁹⁹. D'autre part, selon Lord Hutton, « des dommages-intérêts ne sont attribués, dans le cadre d'une action pour méconnaissance d'un devoir légal, qu'afin de compenser la perte ou le dommage subi par une personne en raison de la méconnaissance du devoir ». Or, en l'espèce, « non seulement le demandeur n'avait souffert d'aucun préjudice patrimonial ou extrapatrimonial, ou d'une perte économique, mais il n'y avait aucune preuve qu'il eut subi un dommage »¹⁵⁰⁰. Quoi qu'il en soit, comme le relèvent Andrew Sanders et *alii*, s'il n'est pas certain que cette action soit possible pour tout manquement ou même seulement

¹⁴⁹⁶ Comp. S. DEAKIN, A. JOHNSTON et B. MARKENISIS, *Tort law, op. cit.*, p. 375.

¹⁴⁹⁷ Comp. W. V. H. ROGERS, *Winfield and Jolovics on Tort, op. cit.*, n° 7-1, p. 383 : l'étude de cette action met en lumière « les hypothèses où une juridiction conclura qu'une loi qui a essentiellement pour but de définir une réglementation ou des incriminations peut être considérée comme donnant naissance à une action civile en réparation à la requête de la personne qui serait blessée à la suite de sa méconnaissance ». Sur ce *tort*, voir K. M. STANTON, « New Forms of the Tort of Breach of Statutory Duty », (2004) 120 *L. Q. R.* 324.

¹⁴⁹⁸ *Cullen v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [2003] UKHL 39.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, § 67.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*, § 42. Lords Bingham et Steyn soutinrent cependant, dans une opinion dissidente, que « la loi était susceptible de conférer des droits subjectifs (*private law rights*) » (§ 10) qui, en raison de leur nature constitutionnelle, devraient être considérés comme pouvant être réalisés *per se*, c'est-à-dire sans que ne soit requise la preuve d'un préjudice.

certains manquements au *PACE*, il est certain qu'elle est inenvisageable pour les droits qui ne sont pas consacrés par la loi, mais uniquement par les *Codes of practice*, tels le droit d'être informé de ses droits et le droit de ne pas demeurer au secret¹⁵⁰¹.

2. *La nature potentiellement punitive de la dette de réparation*

563. L'émergence des punitives damages. Le principe qui régit le droit de la responsabilité britannique est que les dommages-intérêts sont destinés à indemniser le préjudice subi par la victime. Les *torts* ne constituent pas des infractions et en conséquence ils n'ont pas vocation à punir ou à dissuader. Toutefois, puisque certains *torts* ne nécessitent pas, pour être constitués, que la victime rapporte la preuve d'un préjudice et que les *torts* sont des fautes, les juridictions se sont orientées vers la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts punitifs ou des dommages-intérêts « pour l'exemple ». Ainsi, des dommages-intérêts punitifs peuvent être octroyés dans l'hypothèse où des agents publics ont agi de manière « oppressive, arbitraire ou inconstitutionnelle »¹⁵⁰².

Deux affaires sont caractéristiques ce mouvement et de la volonté de la *Court of appeal* d'encadrer ces dommages-intérêts : *Thompson v. Metropolitan Police Commissioner, Hsu v. Metropolitan Police Commissioner* de 1997. Dans la première espèce, Mme Thompson fut arrêtée légalement pour conduite en état alcoolique. Elle refusa d'être placée en cellule et fut maîtrisée par quatre policiers. Elle fut accusée de violences volontaires, placée en garde à vue et poursuivie. Elle intenta une action civile et il lui fut octroyé des dommages-intérêts pour *assault, false imprisonment* et *malicious prosecution*. Dans la seconde espèce, deux officiers demandèrent à M. Hsu de pénétrer dans son domicile à la suite de la plainte déposée par une de ses anciennes locataires selon laquelle il détenait des effets appartenant à celle-ci et refusait de lui restituer. M. Hsu refusa de les laisser pénétrer dans son domicile car ceux-ci n'avaient pas de mandat de recherche. Ils tentèrent de pénétrer de force mais M. Hsu essaya de les en empêcher. Ils l'assillèrent ensuite à plusieurs reprises, le frappèrent, l'insultèrent, l'arrêtèrent et le placèrent en garde à vue pendant plus d'une heure puis refusèrent de le raccompagner chez lui alors qu'il était pied nu. Le jury octroya 220.000 livres à M. Hsu, dont 200.000 livres constituaient des dommages-intérêts punitifs. Ils octroyèrent une somme légèrement inférieure à Mme Thompson. La cour d'appel réduisit cependant les dommages-intérêts octroyés à M. Hsu à 15.000 livres et ceux octroyés à Mme

¹⁵⁰¹ A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice, op. cit.*, n° 12.3.1, p. 674.

¹⁵⁰² *Rookes v. Barnard (n° 1)* [1964] A.C. 1129, spéc. 1130.

Thompson à 25.000 livres. Dans sa décision, Lord Woolf a souhaité rappeler que les dommages-intérêts avaient en principe une vocation indemnitaire. Aussi, selon lui « (1) [i]l doit être expliqué au jury que s'il se prononce en faveur du demandeur, le seul remède qu'il a le pouvoir d'accorder réside dans l'octroi de dommages-intérêts. Sauf dans des situations exceptionnelles, de tels dommages-intérêts ne sont accordés qu'à titre de compensation et visent à indemniser le demandeur pour tout préjudice ou dommage qu'il a subi. Ils ne visent pas à punir le défendeur ». Toutefois, il réserve la possibilité d'octroyer, à côté de dommages-intérêts « ordinaires », des dommages-intérêts « majorés » qui peuvent être accordés lorsqu'il existe des circonstances aggravantes qui conduiraient le demandeur, si la sentence se limitait à l'indemnité de base, à ne pas recevoir une compensation suffisante pour le préjudice subi : « (2) En l'état du droit, les dommages-intérêts compensatoires sont de deux types : (a) des dommages-intérêts ordinaires que nous suggérons devoir être décrits comme basiques ; (b) des dommages-intérêts majorés. Les dommages-intérêts majorés ne peuvent être attribués que s'ils sont réclamés par le demandeur et lorsqu'il existe des circonstances aggravantes concernant la conduite du défendeur qui justifie un tel octroi (...) »¹⁵⁰³. Enfin, il réserve la possibilité, exceptionnelle, de prononcer des dommages-

¹⁵⁰³ *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis* [1998] Q.B. 498. Sur cette décision, voir B. DIXON et G. R. SMITH, « Laying Down the Law : the Police, the Courts and Legal Accountability », (1998) 26 *International Journal of the Sociology of Law* 419, spéc. 427-430. Lord Woolf indique d'ailleurs avec précision les modalités de fixation des indemnités : « (3) Le jury doit être informé que les dommages-intérêts de base dépendront des circonstances et de la gravité du préjudice subi par le demandeur. Mais ils ne doivent être octroyés qu'en se fondant sur une fourchette initiale. Le juge sera chargé de déterminer cette fourchette, et dans les cas ordinaires, il aura préalablement entendu les observations des avocats en l'absence du jury (...). (4) Dans une affaire simple d'arrestation et de détention illégales ou de poursuites abusives, le jury devrait être informé du montant approximatif minimal devant être pris comme point de départ convenable pour les dommages-intérêts de base en réparation de la privation réelle de liberté ou la poursuite illicite, et également du montant approximatif maximal. Il conviendrait de préciser que ces montants ne constituent que des lignes directrices fondées sur l'expérience du juge et sur les montants octroyés dans des affaires similaires (...). (5) Dans une affaire simple d'arrestation et d'emprisonnement injustifié, le montant minimal est susceptible de s'élever à environ 500 livres pour la première heure durant laquelle le demandeur a été privé de sa liberté. Après la première heure, une somme supplémentaire doit être attribuée, mais cette somme devrait être fondée sur une échelle réduite de façon à maintenir les dommages-intérêts proportionnés à ceux qui peuvent être octroyés en cas de blessures corporelles et parce que le demandeur a droit d'obtenir un taux plus élevé pour le traumatisme initial résultant de l'arrestation. À titre indicatif, nous considérons, par exemple, que le demandeur qui a été irrégulièrement placé en garde à vue pendant vingt-quatre heures devrait, pour cette seule privation de liberté, obtenir environ 3.000 livres. Pour les jours suivants, le montant journalier sera réduit progressivement. (6) Dans le cas de poursuites abusives le montant minimal devrait s'élever à environ 2.000 livres et, pour une poursuite se prolongeant pendant deux ans, si l'affaire est portée devant la *Crown court*, un montant d'environ 10.000 livres pourrait être approprié. Si une poursuite abusive aboutit à une condamnation qui est seulement réformée en appel, cela justifiera une indemnisation plus importante afin de prendre en compte la période plus longue durant laquelle le demandeur a été en danger et a subi une angoisse. (7) Les montants que nous avons indiqués à ce jour sont fournis pour aider le juge à déterminer la fourchette dans laquelle le jury devrait être invité à fixer le dédommagement. Nous sommes cependant conscients que les circonstances peuvent très considérablement différer d'une affaire à l'autre et que les montants que nous avons indiqués ne sont pas destinés à être appliqués d'une manière mécanique. (8) Si l'affaire est l'une pour lesquelles des dommages-intérêts majorés sont demandés et peuvent être accordés de manière appropriée, la

intérêts « exemplaires » : (12) (...) le jury doit être informé que, dans les affaires où des dommages-intérêts exemplaires sont demandés et où le juge estime qu'il existe des preuves venant appuyer une telle demande, s'il n'est normalement pas possible d'accorder des dommages-intérêts dans le but de punir le défendeur, cela est possible, à titre exceptionnel, lorsqu'il y a eu une conduite, ce qui inclut un comportement oppressif ou arbitraire, par des policiers qui mérite le recours exceptionnel à des dommages-intérêts exemplaires »¹⁵⁰⁴.

nature des dommages-intérêts majorés doit être expliquée au jury. Ces dommages-intérêts peuvent être accordés lorsqu'il existe des circonstances aggravantes qui conduiraient le demandeur, si la sentence se limitait à l'indemnité de base, à ne pas recevoir une compensation suffisante pour le préjudice subi. Ces circonstances aggravantes peuvent inclure des circonstances humiliantes lors de l'arrestation, ou toute conduite des responsables de l'arrestation ou de la poursuite, qui démontrent que ceux-ci se sont comportés d'une manière autoritaire, injurieuse, malveillante ou abusive, soit au cours de l'arrestation ou de la garde à vue, soit dans la conduite des poursuites. Ces circonstances aggravantes peuvent également inclure la façon dont le litige et le procès sont menés. (9) Le jury doit alors se voir préciser que, s'il considère que l'affaire est l'une de celles pour lesquelles des dommages-intérêts autres que basiques doivent être octroyés, il devrait octroyer un dédommagement distinct. (10) Nous considérons que, lorsque cela apparaît approprié d'accorder des dommages-intérêts majorés, le montant ne devrait pas être inférieur à 1.000 livres. Nous ne pensons pas qu'il soit possible d'indiquer une relation arithmétique précise entre les dommages-intérêts de base et les dommages-intérêts majorés, parce que les circonstances varient d'un cas à l'autre. Dans les cas ordinaires cependant, nous ne nous attendrions pas à ce que les dommages-intérêts majorés puissent être d'un montant deux fois plus élevé que les dommages-intérêts de base, à l'exception, peut-être, des cas où, en raison des circonstances de fait particulières, le montant des dommages-intérêts de base est modeste. (11) Il devrait être fortement souligné au jury que le montant total des dommages-intérêts, de base et majorés, ne doit pas dépasser ce qu'il considère comme une juste compensation pour le préjudice que le demandeur a subi. Il convient également de préciser que, si des dommages-intérêts majorés sont attribués, de tels dommages-intérêts contiendront en fait un caractère punitif dans la mesure où le défendeur est concerné, bien que la compensation ne vise pas à punir ».

¹⁵⁰⁴ *Ibid.* (12) Il faut toutefois expliquer au jury : « (a) que si le jury octroie des dommages-intérêts aggravés, ceux-ci auront déjà constitué une indemnisation pour le préjudice subi par le demandeur à la suite du comportement oppressif et insultant de l'agent de police et, inévitablement, une forme de rétribution du point du défendeur ; (b) que des dommages-intérêts exemplaires devraient être accordés si, et seulement si, il considère que l'indemnité accordée au titre des dommages-intérêts, de base comme majorés, constitue, au regard des circonstances, un châtement insuffisant pour les défendeurs ; (c) que l'attribution de dommages-intérêts exemplaires constitue en effet une aubaine pour le demandeur et, puisque ces dommages-intérêts seront prélevés sur les fonds octroyés à la police, la somme allouée ne pourra plus être utilisée par la police d'une manière qui bénéficierait au public ; (d) que la somme allouée à titre de dommages-intérêts exemplaires doit être suffisante pour marquer la désapprobation du jury quant au comportement oppressif ou arbitraire, mais ne devrait pas être supérieure à ce qui est nécessaire pour parvenir à cette fin. (13) Lorsque l'octroi de dommages-intérêts exemplaires apparaît indiqué, ceux-ci ne devraient pas être d'un montant inférieur à 5.000 livres. Dans le cas contraire, cela signifie que l'affaire ne justifie probablement pas l'octroi de dommages-intérêts exemplaires. Pour ce type d'action, l'octroi d'un montant d'au moins 25.000 livres nécessite, pour être justifié, que la conduite soit particulièrement condamnable, et la somme 50.000 livres devrait être considérée comme le maximum absolu, et impliquant directement des agents ayant au moins le grade de superintendant. (14) Dans les cas appropriés, le jury devrait être également averti que, même si le demandeur prospère en sa demande d'indemnisation, toute conduite abusive de la part de celui-ci peut réduire ou même éliminer les dommages-intérêts majorés ou exemplaires, si le jury considère que ce comportement a causé ou contribué au comportement incriminé ».

B. L'insuffisance véritable des *torts*

564. Les *torts* se révèlent en réalité inadaptes pour garantir un usage régulier des fonctions du ministère public en raison, d'une part de leur caractère limitatif (1), d'autre part, de la qualité du créancier et du débiteur de la dette de réparation (2).

1. Le caractère limitatif des *torts*

565. Malgré la multiplicité des *torts*, ceux-ci se révèlent insuffisants pour garantir la complète régularité des actes réalisés par la police. En effet, si le *Police and Criminal Evidence Act* 1984, le *Regulation of Investigatory Powers Act* 2000, et d'autres *Acts* ont défini les conditions légales de fond et de forme d'exercice des pouvoirs reconnus à la police et ont consacré de nombreux droits au profit des suspects, aucun mécanisme de réparation civile n'accompagne spécifiquement cette légalisation. La section 67 du *PACE* dispose d'ailleurs que la méconnaissance par un agent de police d'une disposition du *PACE* « ne rend pas celui-ci, en soi, responsable pénalement ou civilement ». Certes, les citoyens dont les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme seraient méconnus (par exemple, l'article 6 garantissant le droit à un procès équitable, en raison d'un interrogatoire impropre, ou l'article 8, garantissant le droit au respect de la vie privée, résultant d'un placement sur écoutes téléphoniques illégal ou d'une perquisition domiciliaire) peuvent désormais intenter un procès et être indemnisés en application du *Human Rights Act* 1998¹⁵⁰⁵. Mais hormis le cas où la méconnaissance de la loi ou d'un *Code of practice* violerait également la Convention de sauvegarde, le citoyen doit recourir au droit commun de la responsabilité civile, c'est à dire aux *tortious remedies* existant¹⁵⁰⁶.

566. *L'insuffisance de la protection résultant des civil actions.* Aussi, malgré la tendance dissuasive qui se dégage du droit de la responsabilité civile de la police, la protection qui en résulte demeure-t-elle insuffisante. Aucune action civile ne peut être exercée pour réparer la violation de la plupart des obligations qui pèsent sur la police, telles que la méconnaissance du droit de s'entretenir avec un avocat, du droit à l'enregistrement

¹⁵⁰⁵ Sections 7 et 8 du *Human Rights Act* 1998. Voir sur cette question, M. NAUGHTON, « Redefining Miscarriages of Justice » [2005] *BJ Crim.* 165.

¹⁵⁰⁶ Sur l'application du *tort law* aux agissements de la police, voir R. CLAYTON, H. TOMLINSON et M. PURCHASE, *Civil Actions Against the Police*, Sweet and Maxwell, 3^{ème} éd., Londres, 2005 ; J. HARRISON, S. CRAGG, H. WILLIAMS, et S. KHAN, *Police Misconduct : Legal Remedies*, Legal Action Group, 4^{ème} éd., Londres, 2005.

des interrogatoires, du droit ne pas être laissé au secret, du droit d'être informé de ses droits consacrés par le *Code of practice C*. Or, ces dispositions sont supposées être la pièce centrale du système mis en place par la Commission Philips, assurant l'équilibre de celui-ci : la légalisation et le renforcement des pouvoirs de la police devaient entraîner un renforcement des droits du suspect¹⁵⁰⁷. De plus, même pour les violations qui peuvent constituer un *tort*, l'exercice de l'action civile est particulièrement aléatoire et une condamnation peut être difficilement obtenue : le demandeur doit se plier au standard de preuve requis en matière civile, la balance des probabilités (*balance of probabilities*) alors que très souvent il s'agira de la parole du demandeur contre celle de la police.

2. La détermination stricte du créancier et du débiteur de la dette de réparation

567. En droit anglais, seule la personne qui se prétend victime d'une action illégale de la police peut intenter son action, et elle doit le faire contre le *Chief officer* qui est responsable de l'action des agents de sa force.

568. Le créancier : la victime directe. Seule, en effet, peut obtenir réparation la victime directe du *tort*. Le principe qui régit le droit de la responsabilité britannique est que les dommages-intérêts sont destinés à indemniser le préjudice subi par la victime directe du *tort*. Ils n'ont pas vocation à réparer le dommage éventuellement causé par le comportement illégal à la victime par ricochet : seule la victime de l'arrestation ou de la détention et seul le possesseur du bien ou l'occupant du lieu peut agir avec succès pour voir réparer son préjudice, car en réalité, le droit des *torts* protège ou l'intégrité physique de la personne ou la possession. Pour celui qui est mis en cause par la preuve recueillie au cours d'une perquisition mais qui n'est pas le possesseur de l'objet saisi ou l'occupant du local perquisitionné, le *tort* ne se révélera d'aucun secours.

¹⁵⁰⁷ En ce sens, A. SANDERS, « Rights, Remedies and the Police and Criminal Evidence Act », [1988] *Crim LR* 802, spéc. 811 : « Beaucoup de pouvoirs de police sont donc littéralement et légalement illimités. Selon Austin, Hart et Dicey, les lois sont des commandements assortis de sanctions. Un droit sans recours est un commandement sans sanction, et peut difficilement être considéré par les juristes positivistes comme du droit. L'approche traditionnelle anglaise est résumée par Lawson : '(...) de même qu'un droit sans recours n'est pas considéré par les juristes comme un droit, un mal qui ne peut donner lieu à un recours n'est pas à proprement parler un mal'. Des droits sans recours, comme le diraient les réalistes aussi bien que les positivistes, constituent juste un vide rhétorique. C'était précisément le problème que posaient les *Judges' Rules* auquel le *PACE* était supposé répondre en remplaçant celles-ci par un code exécutoire ».

569. Le débiteur : le Chief Officer. La victime directe doit en outre exercer son action contre le *Chief Officer* qui est responsable de l'action des agents de sa force. Afin de permettre à la victime d'agir en dommages-intérêts même dans les cas où l'identification de la personne responsable pour le *tort* soupçonné serait impossible, de désigner un débiteur solvable à cette même victime et de garantir que les policiers ne voient par leur action entravée par la menace de poursuites, la section 48 du *Police Act* 1964 avait introduit un mécanisme de responsabilité du fait d'autrui [*vicarious liability*]¹⁵⁰⁸. Ce système de responsabilité du fait d'autrui figure aujourd'hui à la section 88 du *Police Act* 1996, aux termes duquel « [l]e *Chief Officer* d'une zone de police est responsable de tout comportement illicite des *constables* placés sous sa direction et son contrôle commis dans l'exercice effectif ou présumé de leurs fonctions de la même manière qu'un commettant [*master*] est responsable des délits commis par ses préposés [*servants*] dans l'exercice de leurs fonctions, et en conséquence doit être considéré à toutes fins comme coauteur ». La section 88(2) du *Police Act* 1996 prévoit en conséquence que les dommages-intérêts dus en raison d'une condamnation du *Chief Officer* seront prélevés sur les fonds de la police¹⁵⁰⁹.

Aussi, même si des dommages-intérêts punitifs sont octroyés, la vocation moralisatrice du *tort law* demeurera nécessairement limitée puisqu'indirecte. Les *torts* peuvent seulement dissuader la hiérarchie policière d'autoriser ou de faciliter de tels comportements de la part de leurs agents puisque, lorsque la police est condamnée civilement pour de mauvaises pratiques, ce n'est pas l'officier lui-même qui paye les dommages-intérêts, mais la force de la police à laquelle il est rattaché.

§ 2nd LA RESPONSABILITE CIVILE DU POLICIER, DU GENDARME ET DU MAGISTRAT DU PARQUET EN DROIT FRANÇAIS

570. Historiquement, l'intégration de l'action du ministère public dans la procédure pénale et sa vocation préparatoire de la décision du juge répressif excluait toute possibilité de contentieux pécuniaire (§ 1^{er}). L'immunité qui protégeait traditionnellement la fonction

¹⁵⁰⁸ Sur les discussions au Parlement ayant abouti à l'adoption de la section 48, voir G. R. SMITH, *Police Crime : a Constitutional Perspective*, Thèse, University College, Londres, 1998, spéc. pp. 171-172.

¹⁵⁰⁹ Section 88(1) du *Police Act* 1996. Sur cette responsabilité, voir S. UGLOW, L. DICKSON, D. CHENEY et K. DOOLIN, *Criminal Justice*, *op. cit.*, n° 2.10.2.1, p. 74 : « Une telle responsabilité est une forme de responsabilité sans faute (*strict liability*) parce qu'elle naît de la relation employeur-employé, sans référence à une quelconque faute de l'employeur. Dans toutes les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui, l'employeur est responsable en complément de son employé, qui reste légalement responsable de son délit ».

juridictionnelle ayant été réduite, le droit positif offre aujourd'hui à la victime de l'action du ministère public une protection efficace sur le plan indemnitaire (§ 2nd).

A. La lente émergence d'une responsabilité pécuniaire effective

571. Alors que la police administrative avait vu son action soumise aux règles de la responsabilité administrative, la police judiciaire, avant la décision *Epoux Giry* (2), bénéficiait d'une irresponsabilité de fait (1).

1. L'irresponsabilité historique de fait

572. *L'irresponsabilité historique de fait de la police judiciaire.* Au cours du XIX^{ème} siècle, la jurisprudence et la doctrine admettent presque constamment que la puissance publique n'a pas à répondre des dommages causés par les services de police administrative. Le fonctionnement de ceux-ci repose sur l'édition d'actes d'autorité qui manifestent la souveraineté de l'Etat et ne peuvent en aucune façon ouvrir droit à indemnité¹⁵¹⁰. Vers les dernières années du Second Empire, le Conseil d'Etat s'était certes abstenu d'opposer une fin de non-recevoir aux requérants qui invoquaient une faute de la police administrative¹⁵¹¹. Mais, dans les années qui suivirent, la jurisprudence considérait, en général, que les mesures, même illégales, prises par les autorités de police, ou encore les négligences des forces de l'ordre, n'étaient pas de nature à engager la responsabilité de l'Etat¹⁵¹² ou de la commune¹⁵¹³. Cette tendance restrictive va s'infléchir au début du XX^{ème} siècle avec deux décisions, les arrêts *Epoux Zimmermann et Demoiselle Olivier* du 27 février 1903¹⁵¹⁴ et *Tomaso-*

¹⁵¹⁰ En ce sens, LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative*, tome 2, Berger-Levrault, 2^{ème} éd., Paris, 1896, p. 183 et s. Voir également, BERTHELEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, Rousseau, Paris, 13^{ème} éd., 1933, p. 95 et s.

¹⁵¹¹ CE, 26 févr. 1863, *Guilbaud et Cie et Voisin*, *Lebon* p. 188 ; *DP* 1863, 3, 50 ; CE, 6 avr. 1870, *Mallet*, *Lebon* p. 404.

¹⁵¹² CE, 5 mars 1880, *Biston*, *Lebon* p. 258 ; *DP* 1880, 3, 115, *S.* 1881, 3, 64 ; CE, 23 juin 1882, *Larbaud*, *Lebon* p. 604, *DP* 1884, 3, 2, concl. Le Vasseur de Précourt ; *S.* 1884, 3, 44 ; CE, 9 févr. 1883, *Epoux Millet*, *Lebon* p. 148 ; CE, 12 déc. 1884, *Puech*, *Lebon* p. 894, *DP* 1886, 3, 54 ; CE, 5 févr. 1892, *Mérat-Renard*, *Lebon* p. 117, *DP* 1893, 3, 66 ; *S.* 1893, 3, 157 ; CE, 13 janv. 1899, *Lepreux*, *Lebon* p. 17 ; *DP* 1900, 3, 42 ; *S.* 1900, 3, 1, note Hauriou. Il n'en allait autrement que si le dommage trouvait son origine dans le détournement de pouvoir entachant un acte de police. Voir ainsi, CE, 5 déc. 1879, *Laumonnnier-Carriol*, *Lebon* p. 768.

¹⁵¹³ CE, 20 mai 1892, *Dame Veuve Grandjean*, *Lebon* p. 455 ; *DP* 1893, 3, 95 ; CE, 13 janv. 1893, *Cazaux*, *Lebon* p. 4 ; *DP* 1894, 3, 24 ; *S.* 1894, 3, 114 ; CE, 21 déc. 1900, *Maucci*, *Lebon* p. 804, *DP* 1902, 3, 34 ; *S.* 1903, 3, 61.

¹⁵¹⁴ CE, 27 févr. 1903, *Epoux Zimmermann et Demoiselle Olivier*, *Lebon* p. 178 ; *DP* 1904, 3, 83 ; *S.* 1905, 3, 17, note Hauriou, à propos de la réparation du dommage causé à des propriétaires par l'injonction d'un préfet ordonnant l'enlèvement d'une clôture.

Grecco du 10 février 1905¹⁵¹⁵. C'est à partir de 1918 qu'apparaît l'exigence d'une faute qualifiée en matière de police administrative¹⁵¹⁶.

Tandis que l'attitude du Conseil d'Etat à l'égard de la police administrative se modifie, la police judiciaire reste, quant à elle, soumise au principe d'irresponsabilité de la puissance publique. Son action faisant partie intégrante de la procédure pénale et préparant la décision du juge répressif, l'immunité qui protège traditionnellement la fonction juridictionnelle excluait toute possibilité de contentieux indemnitaire¹⁵¹⁷.

573. Les maigres ressources offertes par la prise à partie. Ainsi, jusqu'aux années 1950, les victimes de dommages imputables à l'exercice de la police judiciaire ne parvenaient pratiquement jamais à obtenir réparation. Deux raisons expliquaient cette situation : la difficulté de mettre en jeu la responsabilité personnelle de l'officier ou de l'agent auteur de l'acte litigieux ; l'impossibilité de rechercher la responsabilité de l'Etat à raison du service public de la justice.

Quant à la responsabilité personnelle, elle pouvait être mise en jeu par le biais de la prise à partie. Toutefois, cette procédure ne s'appliquait qu'aux magistrats, et aux seuls officiers de police judiciaire, directement assimilés aux magistrats par la jurisprudence¹⁵¹⁸. Echappaient à cette procédure, les agents de police judiciaire¹⁵¹⁹. En outre, et surtout, les tentatives de prise à partie échouaient le plus souvent, car leur succès était subordonné à

¹⁵¹⁵ CE, 10 févr. 1905, *Tomaso-Grecco*, *Lebon* p. 139, concl. Romieu ; *DP* 1906, 3, 81 (1^{ère} espèce), concl. Romieu ; *S.* 1905, 3, 113 (1^{ère} espèce), note Hauriou. Sur cette décision, voir également M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 12^{ème} éd., Paris, 1999, n° 15, p. 81 et s.

¹⁵¹⁶ Faute « grave » : CE, 26 juill. 1918, *Époux Lemonnier*, *Lebon* p. 761, concl. Blum ; *DP* 1918, 3, 9 ; *S.* 1918-1919, 3, 41, note Hauriou ; *RD pub.* 1919, 41, note Jèze ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE et B. GENEVOIS, *ibid.*, n° 35, p. 201, à propos de l'insuffisance des précautions prises pour assurer la sécurité d'un tir lors d'une fête communale. Faute « lourde » : CE, 2 août 1918, *Touroumire*, *Lebon* p. 805, à propos de l'absence de fonctionnement défectueux du service de lutte contre l'incendie ; CE, 20 juin 1919, *Vallet*, *Lebon* p. 534 ; *DP* 1920, 3, 1 (8^{ème} espèce), note Appleton ; *S.* 1924, 3, 42 (1^{ère} espèce), à propos d'un accident survenu à l'occasion d'un spectacle forain, sans qu'une défaillance puisse être reprochée à l'autorité de police. Faute « manifeste et d'une particulière gravité » : CE, 7 déc. 1923, *Consorts Courret*, *Lebon* p. 814 (1^{ère} espèce) ; CE, 2 juill. 1924, *Bellan*, *Lebon* p. 625 ; CE, 8 avr. 1927, *Gillard*, *Lebon* p. 460, à propos de dommages résultant d'actes de piraterie commis en Indochine, mais de l'exercice non défectueux des pouvoirs de police.

¹⁵¹⁷ Sur cette question, voir ARDANT (P.), *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 3, Paris, 1956.

¹⁵¹⁸ Voir ainsi notamment, Cass. civ., 14 juin 1876, *Perrin c/ Paillard et autres*, *DP* 1876, 1, 301 ; *S.* 1877, 1, 193, note Labbé (J.-E.) ; Cass. civ., 10 janv. 1900, *Périn c/ Jappain et autres*, *DP* 1904, 1, 546 ; *S.* 1900, 1, 273, note Naquet (E.) ; Cass. req., 17 avr. 1907, *Consorts Fernet c/ Carlier*, *DP* 1907, 1, 398 ; *S.* 1907, 1, 439 ; Cass. civ., 25 juill. 1910, *Procureur général près la Cour de cassation*, *DP* 1911, 1, 121, note Lalou (H.) ; Cass. civ., 9 mars 1914, *Delavergne c/ Gamare*, *DP* 1919, 1, 19 (1^{ère} espèce) ; *S.* 1914, 1, 431 ; Cass. com., 6 nov. 1950, *Bull. civ.* n° 317 ; *D.* 1950, 738 ; *JCP* 1951, II, 5967, obs. A. Colombani. Voir également, T. confl., 11 juill. 1927, *Dame Veuve Rivéil*, *Lebon* p. 773 ; *DH* 1927, 452 ; *S.* 1928, 3, 5.

¹⁵¹⁹ S'agissant de gendarmes, voir Cass. req., 24 avr. 1923, *Delbru et Chabront c/ Prunis*, *DP* 1924, 1, 75 ; *S.* 1923, 1, 135. S'agissant de policiers, voir CA Lyon, 10 avr. 1956, *Consorts Baud c/ Ferez et Etat français*, *JCP* 1957, II, 10098, obs. Combaldieu (R.).

des formalités exigeantes, notamment l'autorisation préalable du premier président de la cour d'appel et la preuve d'une faute particulièrement grave¹⁵²⁰. Les auteurs des dommages pouvaient être assignés en réparation selon le droit commun de la responsabilité civile (art. 1382 et 1383 C. civ.), mais à la condition que les intéressés ne soient pas protégés par la prise à partie et qu'ils aient commis une faute personnelle¹⁵²¹.

Lorsque les victimes ne réussissaient pas à obtenir la condamnation personnelle des policiers mis en cause, ou renonçaient à le faire, le principe de l'irresponsabilité de l'Etat les empêchait, par ailleurs, de réclamer une indemnité à la collectivité publique dont relevaient les fonctionnaires. Cet obstacle reposait sur plusieurs fondements : le rôle joué par les opérations de police judiciaire dans le déroulement des procédures juridictionnelles et la présomption de vérité légale qui s'attache à l'autorité de la chose jugée, le caractère régalien des activités policières, l'absence de texte mettant expressément à la charge de l'Etat l'obligation de réparer les préjudices causés par ces activités¹⁵²², le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires d'où résulterait l'interdiction, pour les secondes, d'engager la responsabilité de la puissance publique.

2. *La consécration de la responsabilité de l'Etat : la jurisprudence Epoux Giry et la loi du 5 juillet 1972*

574. La jurisprudence Epoux Giry. Pourtant, si les arguments invoqués à l'appui de la règle de l'irresponsabilité n'étaient guère convaincants, qu'il s'agisse, en particulier, de l'assimilation des actes de police judiciaire aux décisions de justice ou de l'interdiction faite au juge judiciaire de prononcer la condamnation de l'État, la solution ne sera abandonnée par la Cour de cassation qu'un demi-siècle après l'arrêt *Tomaso-Grecco*, par l'arrêt *Epoux Giry* du 23 novembre 1957. Avec cette décision, la Cour admet la responsabilité de l'Etat en vertu des « règles du droit public » et sur le fondement du risque, à l'égard d'un collaborateur occasionnel du service public de la police judiciaire. Mais, comme pour la police administrative, l'exigence d'une faute lourde conditionnera généralement ici

¹⁵²⁰ Voir néanmoins, pour un exemple de procédure aboutissant à la condamnation d'un commissaire de police, CA Paris, 8 mai 1946, *Sureau c/ Baux*, D. 1946, 316 ; S. 1946, 2, 99.

¹⁵²¹ Cass. req., 3 nov. 1924, *Demoiselle Abraham dite Verlain c/ Hanotaux et Lépine*, DP 1925, 1, 33, note Henry (A.).

¹⁵²² Hormis les dispositions, introduites par la loi du 7 février 1933, selon lesquelles l'Etat devait s'acquitter des dommages-intérêts auxquels étaient éventuellement condamnés les magistrats pris à partie.

l'indemnisation des dommages¹⁵²³.

Ainsi, bien qu'aucun texte général ne l'ait prévu, la responsabilité de l'Etat pouvait-elle désormais être engagée au titre de la police judiciaire et appréciée par le juge civil, ou, éventuellement, le juge pénal, en fonction des règles du droit public¹⁵²⁴. La jurisprudence en effet avait étendu la solution *Epoux Giry*, à l'hypothèse où le plaignant était la personne visée directement par l'opération de police. Dans un premier temps, la cour d'appel de Douai l'avait admis en exigeant toutefois un préjudice important¹⁵²⁵. Puis, levant cette réserve, la Cour d'appel de Paris admettait la condamnation de l'Etat en raison du suicide d'une personne placée en garde à vue dans le cadre d'une enquête préliminaire, du fait des négligences particulièrement graves ayant rendu possible le suicide¹⁵²⁶.

575. Le régime de la responsabilité pour fonctionnement défectueux du service public de la justice issu de la loi du 5 juillet 1972. La loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile, avait inséré au code de l'organisation judiciaire un article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire et dont le premier alinéa énonçait : « L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ». La jurisprudence avait défini le champ d'application du nouveau texte d'une manière extensive, estimant que la notion de «

¹⁵²³ Cass. civ. 2^{ème}, 23 nov. 1956, *Bull. crim.* n° 626 ; *D.* 1957, 34, concl. Lemoine ; *JCP* 1956, II, 9681, note Esmein (P.) ; *RD pub.* 1958, p. 298, note Waline (M.) ; *AJDA* 1957, II, 91, chron. Fournier (J.) et Braibant (G.), *Gaz. Pal.* 1957, 1, 108 ; *GAJA*, 12^{ème} éd., n° 85, p. 537 et s. : « (...) la juridiction de l'ordre judiciaire, régulièrement saisie en vertu des principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir judiciaire, était appelée à se prononcer, au fond, sur un litige mettant en cause la responsabilité de la puissance publique, dont l'exercice du pouvoir judiciaire constitue, au premier chef, une manifestation ; (...) la cour d'appel s'est appuyée, à tort, sur les dispositions de droit privé relatives aux délits et quasi-délits qui ne peuvent être invoquées pour fonder la responsabilité de l'Etat, qu'elle avait, en revanche, le pouvoir et le devoir de se référer, en l'espèce, aux règles du droit public ».

¹⁵²⁴ Pour des actes de violence au cours d'une garde à vue, voir CA Paris, 6 juill. 1990, *Sacerdot c/ Deguin et autres*, *D.* 1990, IR 237, qui retient la responsabilité de l'Etat ; CA Paris, 14 juin 1996, *Agent judiciaire du Trésor c/ Papail et autres*, *Gaz. Pal.* 1996, 2, somm. p. 493 et p. 639, qui adopte une solution identique. Pour le déroulement de l'enquête préliminaire ou l'exécution d'actes d'instruction par la police, voir Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 1969, *Bull. civ.* II n° 225, qui considère que l'Etat n'est pas responsable à l'égard de la personne poursuivie qui n'avait pas été victime d'une faute lourde à l'occasion de l'exécution d'une commission rogatoire ; CA Paris, 29 sept. 1999, *Agent judiciaire du Trésor c/ Mme X*, *D.* 1999, IR 249, *Gaz. Pal.* 2000, somm. 1351, qui retient la responsabilité de l'Etat à raison de la faute lourde commise par les services de police en procédant à l'audition de l'homonyme du prévenu ; TGI Paris, 13 mai 1970, *Vavon c/ Etat français*, *AJDA* 1970, 508, note G. Dreyfus ; *D.* 1971, somm. 116, qui retient la responsabilité de l'Etat pour risque social anormal, à l'égard d'une personne suspectée à tort, par suite d'une erreur d'identité, et qui devait donc être considérée comme « un tiers étranger à la procédure ». Pour des procès-verbaux de gendarmerie comportant des mentions inexactes, voir CA Paris, 21 juin 1989, *Epoux Saint-Aubin c/ Etat français*, *Gaz. Pal.* 1989, 2, 944, concl. Lupé, rejetant la demande en l'absence de faute lourde.

¹⁵²⁵ CA Douai, 3 janv. 1962, *JCP* 1962, II, 12560, obs. Vedel (G.) ; *D.* 1962, somm. p. 93.

¹⁵²⁶ CA Paris, 16 déc. 1968, *D.* 1969, somm. p. 20.

fonctionnement défectueux du service de la justice » englobait l'exécution du service judiciaire dans son ensemble, y compris l'exercice de la police judiciaire¹⁵²⁷. Mais il n'en résultait pas pour autant que le droit à indemnité des victimes d'agissements policiers était exclusivement déterminé par les dispositions de la loi de 1972. En effet, l'exigence d'une faute lourde comme condition générale de la réparation des dommages aurait marqué un recul par rapport aux solutions jurisprudentielles antérieures qui retenaient la responsabilité de l'Etat dans des hypothèses où les services de police n'avaient commis aucune faute. La jurisprudence s'était ainsi efforcé de combiner l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire avec « les principes régissant la responsabilité de la puissance publique et, notamment, le principe constitutionnel de l'égalité devant les charges publiques », pour déduire que « si la responsabilité de l'Etat à raison des dommages survenus à l'occasion de l'exécution d'une opération de police judiciaire n'est engagée qu'en cas de faute lourde des agents de la force publique, cette responsabilité se trouve engagée, même en l'absence d'une telle faute, lorsque la victime n'était pas concernée par l'opération de police judiciaire et que cette opération, du fait de l'usage d'armes par le personnel de la police ou par la personne recherchée, comporte des risques et provoque des dommages excédant par leur gravité les charges qui doivent être normalement supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'intervention de la police judiciaire »¹⁵²⁸.

Aussi, sur la base d'une application concurrente de principes tirés de la jurisprudence administrative et des dispositions issues de la loi du 5 juillet 1972, les victimes d'actes de police judiciaire pouvaient obtenir réparation suivant des conditions qui dépendaient de leur situation par rapport à l'opération de police. Si la victime n'était autre que la personne faisant l'objet des recherches policières, le principe était celui de la responsabilité pour faute, et, plus précisément, comme le rappelle la Cour de cassation en se référant à l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire, celui de la responsabilité pour *faute lourde*¹⁵²⁹. Quant aux victimes étrangères à l'opération de police, elles bénéficient toujours d'un système de *responsabilité sans faute*.

¹⁵²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1999, *Bull. civ.* I n° 84 ; *D.* 2000, 398, note H. Matsopoulou ; *JCP* 1999, II, 10069, rapp. P. Sargos ; *Procédures* 1999, n° 213, obs. J. Buisson : les dispositions de l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire « sont applicables aux agents investis, sous le contrôle et l'autorité d'un magistrat du siège ou du parquet, de pouvoirs de police judiciaire à l'effet de constater et réprimer des infractions à la loi ».

¹⁵²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1986, *Bull. civ.* I n° 160.

¹⁵²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 1996, *Bull. civ.* I n° 352 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1999, préc.

B. La responsabilité du policier, du gendarme et du magistrat du parquet en droit positif

576. En droit positif, deux débiteurs peuvent s'offrir à la victime : l'Etat (1) ou l'agent fautif (2).

1. L'action contre l'Etat

577. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 8 juin 2006, la responsabilité des magistrats de l'ordre judiciaire est régie par articles L. 141-1 à L. 141-3 du code de l'organisation judiciaire¹⁵³⁰. Ces dispositions distinguent, conformément au droit antérieur à l'ordonnance du 8 juin 2006, entre deux régimes de responsabilité en cas de fonctionnement défectueux du service public de la justice et que la Cour de cassation n'applique qu'aux usagers de ce service.

578. *L'indemnisation par l'Etat des usagers victimes d'un dysfonctionnement du service public de la justice, indépendamment de toute faute personnelle du policier ou du parquetier.* L'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire expose le régime d'indemnisation par l'Etat des usagers victimes d'un dysfonctionnement du service public de la justice, indépendamment de toute faute personnelle du policier ou du parquetier. Ce régime assure ainsi l'indemnisation des victimes, dès lors qu'elles ont réussi à prouver la faute lourde ou le déni de justice, sans s'attacher à prouver une quelconque faute personnelle d'un membre du service public de la justice. Cependant, comme le relève S. Guinchard, « ce système, par l'absence de tout recours contre celui qui serait à l'origine de la faute lourde du service ou du déni, n'assure nullement la moralisation des comportements professionnels et ne canalise pas non plus la vindicte des victimes qui sont indemnisées, mais non rétablies dans leur honneur et qui ont souvent le sentiment que les juges sont « intouchables » »¹⁵³¹.

L'alinéa 1^{er} de l'article 141-1 du code de l'organisation judiciaire ne distingue pas selon les hommes et vise plus généralement le « service de la justice », ce qui protège les organes du service public de la justice, puisque leurs éventuelles fautes individuelles se trouvent

¹⁵³⁰ Sur l'historique de la responsabilité des magistrats, voir J. JOLY-HURARD, « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats », *RIDC* 2006, n° 2, p. 439 et s.

¹⁵³¹ S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice » in *Encyclopédie Dalloz, Rép. proc. civ.*, Dalloz, Paris, 2013, n° 6.

absorbées par le service et ne peuvent donner lieu à une action récursoire de l'Etat contre leurs auteurs – pour que l'action récursoire apparaisse, il faudrait que la faute soit qualifiée de « personnelle » au sens de l'article L. 141-2 du code de l'organisation judiciaire, c'est-à-dire qu'elle soit intentionnelle ou quasi intentionnelle –, et protège en même temps l'usager du service public de la justice, puisqu'il pourra obtenir réparation sans avoir à individualiser l'auteur de la faute lourde. L'activité des services de police judiciaire relève du champ d'application de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, à condition toutefois que les services de police ou de gendarmerie interviennent pour des missions de police judiciaire et se trouvent, de ce fait, sous l'autorité et le contrôle d'un magistrat¹⁵³².

579. Notion de faute lourde. Dans un arrêt rendu par son assemblée plénière du 23 février 2001, la Cour de cassation a eu l'occasion de consacrer une définition large de la notion de faute lourde, se séparant de celle, plus restrictive, que retenait habituellement la première chambre civile. Alors que cette dernière considérait que « la faute lourde est celle qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat ou un fonctionnaire de justice, normalement soucieux de ses devoirs, n'y eût pas été entraîné »¹⁵³³, l'Assemblée plénière considère que « constitue une faute lourde 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 »¹⁵³⁴. Même si la définition retenue par l'Assemblée plénière est plus libérale, la caractérisation d'une faute lourde se révèle toujours délicate, et nécessite la démonstration de l'inaptitude du service de la justice à remplir sa mission et résultant soit d'un cumul de faits qui ne présentent pas une gravité certaine, soit d'un fait unique particulièrement grave. Par exemple, la destruction, sur ordre du parquet, d'objets placés sous scellés, dans le cadre d'une procédure pénale, ne constitue pas, en elle-

¹⁵³² Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1999, préc. : les dispositions en vertu desquelles « l'Etat est tenu de réparer le dommage causé, en cas de faute lourde, par le fonctionnement du service de la justice sont applicables aux agents investis, sous le contrôle et l'autorité d'un magistrat du siège ou du Parquet, de pouvoirs de police judiciaire à l'effet de constater et réprimer des infractions à la loi » ; également, TGI Paris, 26 janv. 2005, n° 02/11001, affaire « des disparus de Mourmelon », cité par S. GUINCHARD, *ibid.*, n° 15 : le domaine de l'article L. 141-1 concerne non seulement les actes exécutés sur les directives ou les instructions des magistrats, mais aussi « les opérations accomplies dans le cadre défini par le code de procédure pénale, ainsi des enquêtes sur les crimes ou délits flagrants et des enquêtes préliminaires ».

¹⁵³³ Voir, par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 1968, *Bull. civ.* I n° 239 ; *D.* 1969, somm. 44 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 1996, *Bull. civ.* n° 94 ; *JCP* 1996, I, 3938, n° 1, obs. L. Cadiet ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, 421.

¹⁵³⁴ Cass., ass. plén., 23 févr. 2001, *Bull. A.P.* n° 5 ; *D.* 2001, 1752, note Debbasch ; *BICC* 1^{er} avr. 2001 ; *Gaz. Pal.* 2001, 2, 1119, concl. de Gouttes et note M. Collomp ; *JCP* 2001, I, 26, obs. Viney ; *JCP* 2001, II, 10583, note Menuret ; *AJDA* 2001, 788, note Petit.

même, un dysfonctionnement du service public de la justice¹⁵³⁵. A l'inverse, la jurisprudence a pu retenir une faute lourde à la suite d'une erreur commise par le parquet sur les conditions juridiques de l'engagement de poursuites, lorsque ces erreurs se sont cumulées avec l'absence de vérification de la régularité de sa saisine par le juge d'instruction¹⁵³⁶. Au titre de l'activité de la police judiciaire, ont pu constituer une faute lourde des coups portés à une personne gardée à vue, bien que les auteurs des coups n'aient pas été identifiés¹⁵³⁷.

2. L'action contre l'agent

580. Rien n'interdit à la personne victime d'exercer une action en réparation contre le fonctionnaire sur le fondement du droit commun de la responsabilité. L'hypothèse se présentera le plus souvent en cas de faute pénale ou de voie de fait. Ce sera, par exemple, une atteinte à la liberté en cas d'arrestation, ou une atteinte à l'intégrité physique pour des violences légitimes. Lorsque la faute commise est une faute de service, l'action de la victime doit être intentée à l'encontre de l'administration. Or, dans l'arrêt *Thépaç* du 14 janvier 1935, le tribunal des conflits avait pu estimer que des coups et blessures involontaires imputables à un militaire n'étaient pas constitutifs d'une faute se détachant de l'exercice des fonctions¹⁵³⁸. Dès lors, accomplie lors d'une opération de police judiciaire, une infraction pénale peut n'être qu'une faute de service qui exonère son auteur de toute responsabilité personnelle. Dès lors, seules les infractions volontaires peuvent, avec certitude être qualifiées de fautes personnelles. Tel sera le cas de brutalités graves infligées par des policiers¹⁵³⁹.

*

581. Conclusion de la Section 1^{ère}. Les règles de la responsabilité civile constituent une sauvegarde bien limitée, tant en droit anglais qu'en droit français. Le domaine circonscrit des *torts* susceptibles d'ouvrir droit à une indemnisation en droit anglais, comme

¹⁵³⁵ TGI Paris, 27 nov. 2002, *Annonces de la Seine*, 19 déc. 2002, p. 8, cité par S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », fasc. préc., n° 29.

¹⁵³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, *Bull. civ.* I n° 156 ; *D.* 2006, 949, à propos du suicide en détention d'une personne mise en examen pour commerce illicite d'armes, alors que des poursuites ne pouvaient être engagées que sur plainte préalable des ministres de la défense ou des finances.

¹⁵³⁷ CA Paris, 14 juin 1996, préc.

¹⁵³⁸ T. confl. 14 janv. 1935, *Thépaç*, *S.* 1935, III, 17, note Alibert (R.). Voir également, J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 5^{ème} éd., Paris, 2006, p. 164 et s.

¹⁵³⁹ Cass. crim., 24 janv. 1974, *Bull. crim.* n° 40 ; *D.* 1975, 3, note Tedeschi.

l'exigence de démonstration d'une faute lourde ou d'une faute intentionnelle requise par le droit français, ne sont pas de nature, à elles seules, à assurer aux conditions légales de fond et de forme fixées pour l'usage d'un pouvoir d'enquête un respect certain. Et même si le droit anglais a admis le prononcé de dommages-intérêts exemplaires, les deux systèmes, dans une perspective indemnitaire, font peser la responsabilité principalement sur le *Chief Constable* ou sur l'Etat, à l'exclusion de l'agent auteur de la dysfonction. Aussi, si la vocation compensatoire des règles de la responsabilité civile interdit d'en attendre une vertu moralisatrice ou disciplinaire, peut-être faut-il recourir aux règles de la responsabilité pénale ?

Section 2^{nde} **LA RESPONSABILITE PENALE : GARANTIE LIMITEE DE LA
REGULARITE DE L'ACTION DU MINISTERE PUBLIC**

582. Système anglais et système français soumettent chacun leur ministère public aux principes généraux de la responsabilité pénale qu'ils édictent. Là encore, l'homme ne disparaît pas derrière l'agent judiciaire. Aussi, l'action extrajuridictionnelle fautive du ministère public se trouve-t-elle pouvoir donner lieu, en principe à sanction sur le fondement du droit commun de la responsabilité pénale. Toutefois, cette soumission du ministère public ne constitue pas, là non plus une sauvegarde efficace en raison des spécificités de la responsabilité pénale communes aux deux systèmes. Aussi, l'encadrement pénal substantiel du ministère public se révèle-il relatif (§ 1^{er}) et soumis à un particularisme processuel peu attractif (§ 2nd).

§ 1^{er} *UN ENCADREMENT PENAL SUBSTANTIEL RELATIF*

583. La comparaison fait ressortir un encadrement pénal substantiel relatif de l'action du ministère public : les incriminations susceptibles de s'appliquer aux dysfonctions sont limitées (A) et soumise à la démonstration d'une faute intentionnelle (B).

A. Des incriminations limitées

584. Si les ministères publics anglais et français voient leur responsabilité pénale pleinement consacrée, les incriminations encadrant spécifiquement leur action sont en réalité relativement limitées¹⁵⁴⁰.

585. *Les incriminations du droit français.* A l'occasion de l'exercice de la fonction d'investigation, le policier, le gendarme ou l'officier du ministère public français peut commettre un certain nombre d'infractions, en qualité d'auteur ou de complice par instigation : une arrestation ou une détention arbitraire (art. 432-4 C. pén.), des violences volontaires (art. 222-7 C. pén.), une atteinte à l'intimité de la vie privée (art. 226-1 C. pén.), une violation de domicile (art. 432-8 C. pén.) ou des correspondances (art. 432-9 C. pén.). En outre, l'article 432-5 du code pénal, pour toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, deux obligations d'intervention pénalement sanctionnées en vue, soit de faire cesser, soit de vérifier une atteinte à la liberté individuelle. L'alinéa 1^{er} de l'article 432-5 du code pénal incrimine, pour une telle personne ayant connaissance d'une privation irrégulière de liberté, quel que soit le moyen de cette connaissance, l'abstention volontaire d'intervenir, soit directement soit en provoquant l'intervention de l'autorité compétente pour faire cesser la détention irrégulière. L'alinéa 2 de l'article 432-5 du code pénal incrimine pour une telle personne ayant connaissance, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'une privation de liberté dont l'illégalité est alléguée, l'abstention volontaire de procéder ou faire procéder aux vérifications nécessaires alors qu'elle en a le pouvoir¹⁵⁴¹.

¹⁵⁴⁰ Et la doctrine a pu relever une certaine mansuétude des juridictions à l'égard des autorités judiciaires. Voir ainsi, Y. MAYAUD, « Défaut des éléments constitutifs de l'infraction de faux matériel pour l'ordonnance de soit-communié d'un magistrat-instructeur », *JCP G* 2005, II, 10158, et G. BOLARD, « De la responsabilité pénale du juge », *JCP G* 2005, I, 190, à propos d'un arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Nancy rendu le 18 novembre 2004 qui, pour considérer qu'il n'y avait lieu à suivre, retient que ne constitue pas un faux matériel l'ordonnance rendue par un magistrat au seul motif allégué qu'elle a été mise en forme à une date ultérieure par rapport à celle que mentionne l'acte, laquelle correspond au jour effectif où la formalité indiquée avait été accomplie, puisqu'il ne s'agit pas dans ce cas de la fabrication d'une pièce par le magistrat mais de la simple matérialisation par lui de sa décision, au moyen d'un support prévu par la loi, et que la tardiveté de la mise en forme n'est pas de nature à enlever à l'ordonnance son caractère original.

¹⁵⁴¹ Voir déjà, sous l'empire du code pénal de 1810, VIDAL (G.), « L'infraction commise par un agent public dans l'exercice de ses fonctions » in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Presse de l'Université des Sciences Sociales, Toulouse, 1974, p. 779 et s. ; COUV RAT (P.), « Le contrôle pénal de la police » in *Droits de l'individu et police*, Actes du colloque des facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal tenu à Poitiers en mai 1988, Litec, 1990, Paris, p. 161 et s.

586. *Les torts constitutifs d'une infraction en droit anglais.* Les dysfonctions les plus graves font, en droit anglais, l'objet d'une incrimination pénale. Ainsi, le *common assault* et le *battery*, initialement définis en tant qu'infractions par le *common law*, sont désormais des infractions définies légalement [*statutory offences*], par la section 39 du *Criminal Justice Act* 1988¹⁵⁴². Ces deux infractions sont chacune punies de six mois d'emprisonnement et requièrent la démonstration d'une intention ou d'une insouciance consciente [*advertent recklessness*]. En revanche, le *trespass to land* ne constitue une infraction pénale que dans certaines hypothèses prévues par un *statute*. Le *Criminal Law Act* 1977, dans sa version issue du *Criminal Justice and Public Order Act* 1994 érige ainsi en infraction le *trespass to land* commis avec violence, avec une arme, dans des locaux diplomatiques, ou de refuser de quitter les lieux sur l'invitation de l'occupant¹⁵⁴³. La section 68(1) du *Criminal Justice and Public Order Act* 1994 est ainsi venue créer l'infraction d'*aggravated trespass*, définie depuis le *Anti-social Behaviour Act* 2003, comme le fait d'empiéter sur la propriété d'autrui dans le but de perturber une activité licite qui s'y déroulerait.

La doctrine souligne toutefois la faiblesse de la protection pénale entourant l'usage de ses pouvoirs par la police. Andrew Sanders et *alii* relèvent ainsi que la raison principale pour laquelle les policiers anglais ne font que rarement l'objet de poursuites est que la plupart des irrégularités et des mauvaises pratiques ne sont pas contraires à la loi pénale : « (...) les gens normaux ne peuvent pas vous arrêter et vous demander des explications de temps en temps. La police le peut. Le faire de manière irrégulière méconnaît la loi, mais ne méconnaît pas la loi pénale. La même chose s'applique lorsqu'elle vous détient lorsque cela n'est pas nécessaire, vous exilant dans une cellule entre deux interrogatoires, exerçant des pressions impropres pour obtenir des informations lorsque votre avocat n'est pas là pour vous protéger, ne prévenant pas votre famille que vous avez disparu mais que vous allez (relativement) bien, vous déniaient la possibilité d'être libéré pour que vous passiez la nuit dans une cellule puant le vomi et l'urine, organisant des parades d'identification, écoutant votre téléphone ou retournant votre maison sans autorisation et vous engageant dans l'épreuve des poursuites seulement pour abandonner les charges des semaines ou des mois plus tard »¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴² *DPP v. Little* (1992) 95 Cr. App. R. 28, où la *Court of appeal* considère que la source des infractions de *common assault* et de *battery* est la loi et que ces deux infractions doivent être effectivement distinguées, même si le terme *assault* est souvent utilisé en droit pénal pour inclure le *battery*. Pour la distinction, voir A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, *op. cit.*, p. 319.

¹⁵⁴³ Voir ainsi, *Part. II*, « Offences Relating to Entering and Remaining on Property », du *Criminal Justice and Public Order Act* 1994.

¹⁵⁴⁴ A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 621.

B. Des infractions intentionnelles

587. *La problématique de l'intention requise et de l'erreur commise.* Comme le relève en droit français André Decocq et *alii*, « à la différence du droit administratif, le droit pénal ne dissimule jamais l'homme sous le fonctionnaire ou le militaire »¹⁵⁴⁵. En conséquence, la chambre criminelle refuse en principe de prendre en compte, en matière pénale, la distinction administrativiste entre l'acte détachable de la fonction et l'acte non détachable¹⁵⁴⁶, distinction qu'elle consacre pourtant dans le cadre de la responsabilité civile de l'agent¹⁵⁴⁷. Or, l'absence de responsabilité de l'Etat personne morale conduit à ce que les agents, « pour l'instant, assument seuls le choc de la répression pénale »¹⁵⁴⁸. Et, « cette dissociation entre l'administration et son agent n'est pas sans conséquence dans notre matière où les erreurs professionnelles peuvent être constitutives d'infractions intentionnelles. Le policier ou le gendarme doivent évidemment être sanctionnés avec grande sévérité quand ils commettent, dans l'exécution de leur mission, des actes intellectuellement détachables de l'acte de police, tels que des violences pendant un interrogatoire ou l'exécution d'une arrestation sans motif. Mais la question de leur responsabilité pénale pourrait être posée lorsqu'ils commettent des erreurs, provoquées par l'apparence ou par une mauvaise qualification des faits dont la rapidité d'exécution des actes de police explique parfois la mauvaise qualité »¹⁵⁴⁹. En conséquence, ces auteurs proposent que soit retenue une conception de l'intention autre que celle des pénalistes, calquée sur la conception administrativiste, et distinguant entre la faute personnelle et la faute de service.

¹⁵⁴⁵A. DECOCQ, J. MONTREUIL et J. BUISSON, *Le droit de la police, op. cit.*, n° 1496, p. 754.

¹⁵⁴⁶ Cass. crim., 7 mai 1846, *Bull. crim.* n° 169 : « (...) le droit de commettre un délit ne peut faire partie d'aucune fonction publique ».

¹⁵⁴⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 23 nov. 1956, préc. Dans le même sens, Cass. crim., 29 janv. 1985, *Bull. crim.* n° 49, s'agissant d'un brigadier de police ayant donné un coup de poing à un individu à l'occasion d'un contrôle d'identité et condamné pénalement pour coups et blessures volontaires : la chambre criminelle casse l'arrêt de la cour d'appel qui, pour retenir la responsabilité civile personnelle de l'agent, avait considéré que l'acte était détachable des fonctions. Selon la chambre criminelle, il ne résulte pas des énonciations de la cour d'appel que « le coup porté à la victime dans les conditions rapportées par l'arrêt, à la suite d'une méprise, et qui n'a laissé aucune séquelle, puisse être considéré comme une violence hors de proportion avec les nécessités de l'exercice des fonctions de police du prévenu et sans rapport avec elles ». Sur l'application, par le juge judiciaire, des règles issues du droit administratif, voir WEIL (P.), « A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou les surprises de la jurisprudence Giry », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 379 et s.

¹⁵⁴⁸ B. FERRIER, « Une grave lacune dans notre démocratie : l'irresponsabilité pénale des personnes morales administratives », *RSC* 1983, p. 407.

¹⁵⁴⁹ A. DECOCQ, J. MONTREUIL et J. BUISSON, *Le droit de la police, op. cit., loc. cit.*

588. *La mansuétude des juridictions.* Les juridictions semblent s'être parfois appuyées sur une telle distinction, en relevant dans leur décision de condamnation, que l'agent avait agi dans un intérêt personnel¹⁵⁵⁰. La loi elle-même, en exigeant que les abus d'autorité commis contre les particuliers aient été commis intentionnellement, impose que l'auteur sache qu'il commet un abus en sortant du cadre légal de ses fonctions et exclut l'atteinte résultant d'une simple négligence¹⁵⁵¹. Aussi, l'erreur de qualification constitue une circonstance privant, notamment, la détention de son caractère arbitraire¹⁵⁵². L'absorption dans la mission est également exclusive de toute intention de commettre une violation de domicile, comme c'est le cas de l'interpellation d'un étranger en vertu d'un arrêté d'expulsion mentionnant le caractère d'urgence¹⁵⁵³. Et si la jurisprudence refuse de reconnaître que l'usage policier puisse justifier la commission d'infractions¹⁵⁵⁴, elle n'hésite cependant pas à substituer sa propre appréciation à celle de l'agent en procédant parfois à une substitution de motifs salvatrice pour le policier¹⁵⁵⁵, ou à se fonder sur la nécessité¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵⁰ En ce sens, *a contrario*, voir CA Riom, 3 nov. 2004, *JCP G* 2005, IV, 3537, où, pour confirmer le jugement de condamnation pour atteinte arbitraire à la liberté individuelle commise par un policier municipal, alors qu'il avait pénétré dans une salle de gymnastique revêtu de son uniforme pour demander à ce qu'une jeune fille le suive hors de la classe et l'avait admonestée pendant quelques minutes dans les couloirs du gymnase, la cour d'appel retient qu'il agissait « dans un intérêt privé » (nous soulignons).

¹⁵⁵¹ Déjà, sous l'empire de l'ancien code pénal, la doctrine relevait que le dispositif répressif était, à l'égard des policiers, peu mis en œuvre. En ce sens, voir COUV RAT (P.), « Le contrôle pénal de la police », intervention préc., *loc. cit.*, p. 167 ; R. GASSIN, *La liberté individuelle devant le droit pénal*, Sirey, Paris, 1980, n° 14, pour qui l'arsenal législatif est un « sabre de bois ».

¹⁵⁵² Cass. crim., 5 déc. 1995, pourvoi n° 95-81.213, *Dr. pén.* 1996, chron. 41, obs. V. Lesclous et C. Marsat, à propos de la prolongation, par le juge d'instruction, d'une garde à vue au-delà de 48 heures, fondée sur le régime aggravé de garde à vue concernant les produits stupéfiants, alors que le produit incriminé était, en l'espèce, classé dans la catégorie des substances vénéneuses et relevait du régime de garde à vue ordinaire. Selon la chambre criminelle, « dès lors qu'elle a été prise dans une information ouverte pour infraction à la législation sur les stupéfiants, la décision de prolonger pour une durée supplémentaire de 48 heures la garde à vue du demandeur, trouve son fondement légal dans l'article 706-29 du code de procédure pénale et ne peut donc constituer par elle-même un crime ou un délit ».

¹⁵⁵³ Cass. crim., 19 oct. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. 96 : « (...) les agissements des policiers ne sauraient impliquer qu'ils ont eu conscience au cours de leur action, absorbés par la mission dont ils étaient chargés, qu'ils pénétraient dans un local privé ».

¹⁵⁵⁴ Cass. crim., 22 juill. 1959, *Bull. crim.* n° 366 : doit être cassé l'arrêt de la chambre d'accusation qui, sur une plainte en séquestration arbitraire dirigée contre un officier de police judiciaire qui avait fait garder à vue un suspect, dit n'y avoir lieu à suivre, au motif que cet officier n'avait en vue que l'intérêt de l'enquête et n'avait fait qu'appliquer des dispositions consacrées par l'usage, de telles excuses n'étant pas prévues par la loi.

¹⁵⁵⁵ Cass. crim., 5 janv. 1973, *Bull. crim.* n° 7 ; *D.* 1973, p. 541, note G. Roujou de Boubée, à propos de la confirmation d'une ordonnance de non-lieu à la suite d'une information sur arrestation et séquestration arbitraires. Selon la chambre criminelle, « c'est à tort, et par suite d'une erreur de droit qu'il convient de censurer, que la chambre d'accusation a confirmé l'ordonnance de non-lieu du juge d'instruction aux motifs que les mesures incriminées 'étaient justifiées par les risques de troubles graves à l'ordre public dont le préfet de police et les fonctionnaires qui relèvent de son autorité sont les garants légaux' et que lesdites mesures 'étaient intervenues dans le cadre des pouvoirs de police administrative confiés au préfet de police' ; (...) en effet, les pouvoirs de police administrative, s'ils permettent, quand des circonstances particulières l'exigent, de procéder à des vérifications d'identité, n'autorisent pas à retenir, fût-ce provisoirement, des personnes qui n'ont commis aucune infraction ou qui ne sont pas soupçonnées d'en avoir commis ; (...) d'autre part, la cour ne pouvait, comme elle l'a fait, écarter 'toute intention coupable', 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 ;

Cependant, « il paraît difficile d'admettre qu'un professionnel, tel qu'un policier, un gendarme ou un magistrat puisse prétendre ne pas connaître les règles régissant l'exercice de sa fonction. Tout au plus, l'agent se voyant reprocher un acte attentatoire à la liberté individuelle, pourrait invoquer l'erreur qu'il aurait commise dans l'interprétation d'un texte obscur ¹⁵⁵⁷ .

§ 2nd UN PARTICULARISME PROCESSUEL PEU ATTRACTIF

589. La répression des infractions éventuellement commises par le ministère public se trouve, en Angleterre (A) comme en France (B), soumise à un particularisme processuel, relativement favorable au ministère public.

A. Le particularisme processuel du droit anglais

590. *Evolution du traitement des plaintes à l'encontre de la police.* La police anglaise a longtemps conservé la responsabilité d'assurer sa propre discipline, y compris par le traitement des plaintes formulées à son encontre. Adoptant les recommandations de la *Royal Commission on the Police* de 1962, la section 49 du *Police Act* 1964 vint réglementer pour la première fois la procédure à suivre. Elle prévoyait ainsi que les investigations portant sur des plaintes formulées à l'encontre de la police devaient être effectuées par un *Senior officer* qui en rapportait les conclusions au *Deputy Chief Constable*, quelle que soit la gravité du comportement reproché. Le *Chief Officer* avait d'ailleurs la possibilité de demander que les investigations soient conduites par un inspecteur d'une autre force de police. C'était même une obligation pour lui lorsqu'il en était requis par le *Secretary of State*. Si le *Chief Officer*

mais (...) la Cour de cassation a le pouvoir de substituer un motif de pur droit à un motif erroné ou inopérant sur lequel se fonde une décision attaquée et de justifier ainsi ladite décision ; (...) dans la présente espèce, elle est en mesure de s'assurer qu'après avoir été régulièrement interpellé en vue d'un contrôle d'identité que les circonstances justifiaient, X. a été maintenu temporairement à la disposition des services de police à l'occasion d'une recherche de police judiciaire ; (...) il se déduit en effet des constatations souveraines de l'arrêt que la carte d'identité détenue par X., telle qu'elle est décrite par la cour, et qui a été présentée à la police, était suspecte et que sa possession laissait présumer que des infractions pouvaient avoir été commises ».

¹⁵⁵⁶ En ce sens, Cass. crim., 16 juill. 1986, *D.* 1988, p. 390 (2^{ème} espèce), note Dekeuwer (F.) ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. 10, où la chambre criminelle utilise la notion de nécessité pour réglementer l'usage de l'arme à feu par un policier, en dehors de tout examen des conditions de la légitime défense. En l'espèce, elle considère qu'étaient justifiés les coups et blessures involontaires commis par un policier, lequel, après sommations, et à des fins d'intimidation, avait tiré un coup de feu à terre, blessant par ricochet un individu armé qu'il tentait d'appréhender, après qu'il eût fait usage de son arme et alors qu'il se trouvait dans un état d'excitation violente.

¹⁵⁵⁷ En ce sens, G. CASILE-HUGUES, « Abus d'autorité » in *Encyclopédie Dalloz, Rép. pén.*, Dalloz, Paris, 2013, n° 49.

estimait que l'infraction était caractérisée, il devait renvoyer l'affaire au *DPP* car lui seul pouvait prendre la décision d'engager des poursuites à l'encontre d'un policier¹⁵⁵⁸.

Un tel système rendait cependant la police à la fois juge et partie, et laissait beaucoup de plaignants insatisfaits. Aussi, le *Police Act* 1976 vint-il créer le *Police Complaints Board (PCB)*, autorité à laquelle devait être renvoyée l'affaire lorsque le *Chief Officer* estimait, à l'issue de l'enquête, qu'aucune infraction n'était caractérisée. Dans une telle hypothèse, le *PCB* pouvait seulement recommander l'engagement de poursuites. Le *PACE* 1984 supprima finalement le *PCB* et vint créer la *Police Complaints Authority (PCA)*. Mais le système antérieur demeurait largement inchangé puisque la *PCA* se voyait uniquement reconnaître la fonction de superviser les investigations conduites à la suite de plaintes portant sur les infractions les plus graves.

591. Le traitement des plaintes à l'encontre de la police en droit positif. Cette dernière autorité fut finalement supprimée par *Police Reform Act* 2002 et remplacée par l'*Independent Police Complaints Commission*. A la différence du système antérieur, cette nouvelle commission peut elle-même instruire les plaintes formulées à l'encontre de la police, sans que la police ne soit par conséquent impliquée dans le traitement de la plainte. A cette fin, elle dispose de pouvoirs de recherches et d'arrestation nécessaires. L'*Independent Police Complaints Commission* n'investigue cependant elle-même que sur les soupçons d'infractions graves. Pour les infractions les moins graves, les investigations sont toujours prises en charge par les *Senior Officers*, mais la nouvelle autorité se voit reconnaître des pouvoirs pour superviser et diriger l'équipe de police qui conduira les investigations.

Lorsque les investigations ont mis à jour des preuves de la commission d'une infraction, l'affaire est renvoyée au *CPS* qui applique l'*evidential test* et le *public interest test* habituel. Lorsque l'infraction susceptible d'être poursuivie est grave, la décision relative à la poursuite est renvoyée à une direction centrale du *CPS*, le *Special Crime Division*. Lorsque l'infraction est de faible gravité, la décision appartient à un *CPS* local dont la compétence territoriale n'est pas celle de la force de police à laquelle appartient l'agent soupçonné, afin de préserver une certaine indépendance dans la décision.

¹⁵⁵⁸ Sur le système applicable au XIX^{ème} siècle, voir G. R. SMITH, *Police Crime : a Constitutional Perspective*, thèse préc., spéc. chap. IV « The Nineteenth Century Police Officer's Accountability to the Law », pp. 121-153. Sur le système antérieur à 2002, voir A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal Justice, op. cit.*, pp. 665 et 681 ; G. R. SMITH, *ibid.*, chap. V « Sections 48 and 49 of the Police Act 1964 », pp. 154-187 et « Police Complaints and Criminal Prosecutions », [2001] *M.L.R.* 372.

Ainsi, le système anglais a tardivement mis en œuvre un particularisme limité du traitement des infractions pénales commises par la police.

B. Le particularisme processuel du droit français

592. Le droit français consacre deux particularités procédurales qui s'avèrent favorables aux fonctionnaires de police et aux magistrats du parquet. D'une part, exception préjudicielle à la mise en mouvement de l'action publique (1). D'autre part, une garantie tirée du privilège de juridiction (2).

1. L'exception préjudicielle à la mise en mouvement de l'action publique

593. *Le particularisme procédural de la poursuite du policier, du gendarme ou du magistrat : l'« exception préjudicielle » à la mise en mouvement de l'action publique.* L'article 6-1 du code de procédure pénale, issu de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 reprend les termes de l'article 681, alinéa 5, qui avait été abrogé par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993. En vertu de ce texte, « [l]orsqu'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 ».

Ce texte crée ainsi ce que la jurisprudence a qualifié d' « exception préjudicielle » à la mise en mouvement de l'action publique¹⁵⁵⁹, et vise à éviter qu'une personne mise en cause

¹⁵⁵⁹ En ce sens, Cass. crim., 2 sept. 2003, *Bull. crim.* n° 147. Voir également, M. ANZANI, « L'article 6-1 du code de procédure pénale et le faux commis à l'occasion d'une poursuite judiciaire », *Dr. pén.* 2006, étude 5. Voir cependant, A. BOTTON, *JCl. Proc. pén., Art. 6-1*, fasc. 20 : « Action publique. - Obstacle à la mise en mouvement de l'action publique », 3 oct. 2013, n° 4, qui relève que la qualification est discutable : « (...) l'exception préjudicielle est celle dont la résolution, bien que nécessaire au règlement du litige, n'est pas, en raison de la compétence exclusive d'une autre juridiction, de la compétence du juge saisi de ce litige. En conséquence, ce dernier, par dérogation au principe 'le juge de l'action est juge de l'exception', devra surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge exclusivement compétent ait statué sur ladite question. Par exemple, la compétence exclusive du juge civil de droit commun en matière de droit réel immobilier oblige le juge répressif, s'il est saisi d'une question se rattachant à ce domaine, à surseoir à statuer et à attendre la solution du juge civil (CPP, art. 384). De sorte qu'en matière d'exception préjudicielle, l'obstacle à l'action principale se justifie par l'incompétence ponctuelle du juge saisi. Or, le sursis à statuer résultant de l'article 6-1 du code de procédure pénale procède-t-il effectivement de l'incompétence du juge pénal pour statuer sur l'action publique relative aux infractions commises dans le cadre d'une poursuite pénale ? Évidemment non. Dès lors, le mécanisme de l'article 6-1 relève moins de l'exception préjudicielle que du simple obstacle à l'exercice de

dans le cadre d'une procédure pénale ne tente une manœuvre en s'efforçant de retarder son propre procès par une action dirigée contre les organes en charge de conduire les investigations¹⁵⁶⁰. Toutefois, pour que l'exception soit opposable, il est nécessaire que l'infraction dénoncée implique la violation d'une disposition de procédure pénale. Aussi est-il nécessaire que cette illégalité constitue l'élément matériel de l'infraction, et les dispositions de l'article 6-1 doivent, en conséquence, être mises en œuvre seulement lorsque l'infraction ne peut être caractérisée que par la constatation de la violation, à l'encontre de la victime, d'une règle de procédure. Il en ira ainsi en cas de plainte du chef d'atteinte à la liberté individuelle ou du chef de détention arbitraire, fondée sur la violation des règles concernant la garde à vue ou la détention provisoire¹⁵⁶¹. Il en ira de même en cas de plainte du chef d'atteinte à l'intimité de la vie privée, lorsque le plaignant invoquera l'illégalité des écoutes téléphoniques dont il a été l'objet¹⁵⁶². Enfin, l'irrégularité d'une perquisition pourra constituer le délit de violation de domicile¹⁵⁶³. En revanche, tel ne sera pas le cas, lorsque l'infraction dénoncée, commise à l'occasion d'une procédure, pourra être constituée en elle-même, sans qu'il soit nécessaire de constater une irrégularité de procédure. En ce cas, l'annulation de la procédure pourra être la conséquence de la commission de l'infraction, mais elle ne constituera pas un obstacle au déclenchement de l'action publique dès lors que l'irrégularité éventuellement constatée n'est pas un élément constitutif de l'infraction¹⁵⁶⁴.

l'action publique. Cet obstacle temporaire pouvant ici se muer en une véritable fin de non-recevoir de l'action publique en cas d'absence de reconnaissance du caractère illégal de l'acte litigieux ».

¹⁵⁶⁰ Voir ainsi, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire du 14 févr. 1995 (Crim 95.5/FL), qui vise « la protection des magistrats et des officiers de police judiciaire » et la volonté « d'assurer la sécurité des procédures judiciaires et des autorités qui y concourent ».

¹⁵⁶¹ Cass. crim., 4 nov. 1981, *Bull. crim.* n° 293 ; Cass. crim., 31 mai 1983, *Bull. crim.* n° 163 ; Cass. crim., 8 juin 1983, *Bull. crim.* n° 174. Voir également, Cass. crim., 17 janv. 2012, pourvoi n° 10-88.079 : la chambre criminelle approuve la chambre de l'instruction d'avoir confirmé l'ordonnance du juge d'instruction ayant refusé d'informer sur les plaintes de M. X... du chef d'atteinte à la liberté individuelle, « dès lors que les seules plaintes, en date des 14 mai et 16 juin 2008, dont était saisi le juge d'instruction visaient des infractions commises à l'occasion d'une poursuite judiciaire et impliquant nécessairement la violation d'une disposition de procédure pénale et qu'à défaut de toute décision ayant constaté le caractère illégal de la poursuite ou des actes accomplis à cette occasion de la juridiction répressive précédemment saisie, l'article 6-1 du code de procédure pénale fait obstacle à l'exercice de l'action publique ».

¹⁵⁶² Cass. crim., 26 juin 1979, *Bull. crim.* n° 227.

¹⁵⁶³ Cass. crim., 28 nov. 1979, *Bull. crim.* n° 342.

¹⁵⁶⁴ Par exemple, Cass. crim., 30 mai 2012, pourvoi n° 10-88.905. Selon la chambre criminelle, « le port des menottes ou des entraves, simple modalité d'une arrestation, n'implique pas à lui seul, lorsqu'il est contesté, la violation d'une règle de procédure pénale (...) ». Dès lors, l'action publique déclenchée du chef d'abus d'autorité et de violences aggravées, par les victimes de tels faits contre les policiers, n'est pas soumise au régime de l'article 6-1 du code de procédure pénale.

594. Conformité du mécanisme aux droits et libertés fondamentaux consacrés par la Convention de sauvegarde et la Constitution ? Dans un arrêt du 29 janvier 1997, la chambre criminelle de la Cour de cassation a implicitement jugé l'article 6-1 du code de procédure pénale conforme aux articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ces dispositions, garantissant le droit d'accès au juge, avaient été invoquées à l'appui du pourvoi en cassation d'un plaideur ayant souhaité déclencher une action publique à l'endroit du médecin expert intervenu dans la procédure pénale le concernant. La Cour, sans envisager explicitement la question de la conventionnalité de l'article 6-1, n'en a pas moins rejeté le pourvoi, reconnaissant ainsi tacitement sa conformité au droit conventionnel d'accès au juge¹⁵⁶⁵.

La chambre criminelle, plus récemment, a d'ailleurs refusé de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité portant sur cet article 6-1 du code de procédure pénale. La question soulevait pêle-mêle l'atteinte à l'égalité des citoyens devant la loi, l'incompétence du législateur pour empiéter sur les dispositions de l'article 66 de la Constitution en interdisant tout recours effectif au condamné, à tort, arbitrairement détenu et le déni de justice qu'implique l'article 6-1 du code de procédure pénale. La chambre criminelle a considéré que la question n'était ni nouvelle, ni sérieuse puisque « si l'article 6-1 du code de procédure pénale n'autorise la poursuite d'un crime ou d'un délit qui impliquerait la violation d'une disposition de procédure pénale, que si l'illégalité de la procédure a été constatée par la juridiction répressive, cette règle est intelligible, qu'elle a été édictée dans le but d'intérêt général d'éviter que le déroulement des procédures pénales soit perturbé ; qu'elle n'instaure aucune inégalité entre les personnes et qu'elle ne porte pas atteinte au droit à un recours effectif, la loi prévoyant des recours contre les actes de procédure pénale argués d'illégalité »¹⁵⁶⁶.

2. Le privilège de juridiction

595. Le code d'instruction criminelle, en ses articles 479 à 503, avait institué un système complexe pour la poursuite des infractions commises par un membre de la police judiciaire.

¹⁵⁶⁵ Cass. crim., 29 janv. 1997, *Bull. crim.* n° 39.

¹⁵⁶⁶ Cass. crim., 5 avr. 2011, pourvoi n° 10-88.079. Voir sur cette décision, A. BOTTON, *JCl. Proc. pén.*, préc., n° 5, qui estime que la question pourrait être mieux formulée : « En empêchant, temporairement ou définitivement, l'exercice de l'action publique à l'encontre d'actes, supposés illégaux, de la procédure, l'article 6-1 ne porte-t-il pas effectivement atteinte au droit, pour toute victime d'une infraction, de saisir un juge pénal ? En outre, n'y aurait-il pas une discrimination injustifiée entre les victimes d'une infraction suivant que celle-ci s'est réalisée ou non dans le cadre d'une procédure prétendument illégale ? ».

Le procureur général et le premier président de la cour d'appel y jouaient respectivement le rôle de magistrat du parquet et de juge d'instruction en matière criminelle. En matière délictuelle, la compétence relevait de la première chambre de la cour d'appel saisie par citation directe du procureur général. La loi du 24 février 1934 avait supprimé ce système.

596. La problématique de l'impartialité du jugement du ministère public : « le privilège de juridiction ». Antérieurement à la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, le livre IV du code de procédure pénale, comportait un titre IX « Des crimes et délits commis par des magistrats et certains fonctionnaires ». Les anciens articles 679 et 687 du code prévoyaient des dérogations aux règles de compétence territoriale, le législateur redoutant le risque de partialité de magistrats qui travaillent avec le magistrat ou l'officier de police mis en cause édictait ainsi un privilège de juridiction¹⁵⁶⁷. Prenant appui sur ce que la complexité des règles édictées avait conduit à des annulations qui pouvaient donner à l'opinion publique le sentiment que l'institution judiciaire n'était pas en mesure de conduire certaines procédures, la loi du 4 janvier 1993 a abrogé ce dispositif¹⁵⁶⁸.

Il en demeure cependant, par le biais de la requête en suspicion légitime, quelques vestiges. L'article 662 du code de procédure pénale, modifié par la loi du 4 janvier 1993, permet ainsi, en cas de suspicion légitime, au ministère public, au procureur général et dorénavant aux parties, de demander à la chambre criminelle le dessaisissement de toute juridiction d'instruction et de jugement et le renvoi de la connaissance de l'affaire à une autre juridiction du même ordre. Cependant, ce texte ne prévoit que le dépaysement de l'instruction ou du jugement, non de l'enquête : il ne s'applique que lorsqu'une juridiction est saisie et la chambre criminelle l'avait, en conséquence, considéré comme inapplicable à un magistrat du ministère public¹⁵⁶⁹. Afin de combler cette lacune¹⁵⁷⁰ la loi n° 2004-204 du 9

¹⁵⁶⁷ Lorsqu'un magistrat de l'ordre judiciaire était susceptible d'être inculpé d'un crime ou d'un délit commis hors l'exercice de ses fonctions (art. 679 CPP) ou lorsqu'un officier de police judiciaire était susceptible d'être inculpé d'un crime ou d'un délit qui aurait été commis dans la circonscription où il est territorialement compétent, hors ou dans l'exercice de ses fonctions (art. 687 CPP), le procureur de la République, saisi de l'affaire, devait présenter une requête à la chambre criminelle de la Cour de cassation afin que celle-ci désigne la juridiction chargée de l'instruction ou du jugement de l'affaire. Sur cette question, VITU (A.), « La mise en œuvre de la responsabilité pénale des magistrats et des membres de la police judiciaire en droit français » in *Mélanges en hommage à Jean Constant*, Faculté de droit de Liège, Liège, 1971, p. 373 et s.

¹⁵⁶⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Circulaire du 27 janv. 1993 relative à la présentation de l'ensemble des dispositions de la loi du 4 janvier 1993 et commentaire analytique de celles d'entre elles qui modifient le code de procédure pénale, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, *JORF* n° 26 du 31 janvier 1993, p. 1687.

¹⁵⁶⁹ Cass. crim., 27 janv. 1993, *Bull. crim.* n° 49 : « (...) l'article 662 du code de procédure pénale, qui permet à la chambre criminelle de la Cour de Cassation de dessaisir toute juridiction d'instruction ou de jugement pour cause de suspicion légitime, n'est pas applicable à un magistrat du ministère public ».

mars 2004 puis la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 ont respectivement créé puis modifié¹⁵⁷¹ l'article 43, alinéa 2, du code de procédure pénale. Ce texte prévoit que, lorsqu'une affaire met en cause « comme auteur ou comme victime, un magistrat, un avocat, un officier public ou ministériel, un militaire de la gendarmerie nationale, un fonctionnaire de la police nationale, (...) qui est habituellement, de par ses fonctions ou sa mission, en relation avec les magistrats ou fonctionnaires de la juridiction », le procureur général peut, d'office ou à la demande de l'intéressé, transmettre l'affaire à un autre procureur de la République.

Malgré la nette amélioration que constitue cette disposition, demeure toutefois une apparente insuffisance. En effet, seuls l'auteur et la victime qui revêt l'une des qualités énumérées par le texte peut solliciter le renvoi de la procédure, à l'exclusion de la personne qui serait privée de cette qualité. Malgré la rupture d'égalité qui en résulte, le Conseil constitutionnel a, dans une décision QPC en date du 22 juillet 2011, déclaré cette disposition conforme à la Constitution, rejetant les griefs tirés de la violation du principe d'égalité et celle du droit au procès équitable¹⁵⁷². Le Conseil a estimé en filigrane que, s'agissant du second alinéa de l'article 43 du code de procédure pénale, la réalité d'une violation des droits et libertés garantis par la Constitution n'était pas avérée, puisque la portée conférée au texte par le requérant apparaissait, en vérité, excessive. D'une part, dès lors que le procureur général peut d'office se saisir pour renvoyer à un autre parquet, rien n'interdit à toute partie intéressée de porter à sa connaissance ou à celle du procureur de la République le motif qui justifierait un tel renvoi, c'est-à-dire l'existence de faits mettant en cause une personne désignée par les dispositions contestées habituellement en relation avec les magistrats ou les fonctionnaires de la juridiction. D'autre part, la mesure prise par le procureur général est une mesure d'administration judiciaire qui n'est susceptible d'aucun recours. Elle n'est pas juridictionnelle. Les personnes visées au texte ne bénéficient donc

¹⁵⁷⁰ Voir ainsi, F. ZOCCHETTO, Rapport n° 441, Sénat, 24 sept. 2003, art. 55 *bis* : cette disposition tend « à permettre, de manière fort compréhensible, d'éviter qu'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, qui est en relation avec les magistrats de la juridiction, soit jugée par cette juridiction ». Le rapport souligne que cette procédure est à la fois « utile » et « nécessaire », puisque les causes de renvoi prévues par le code de procédure pénale (art. 662 et s.) ne s'appliquaient « que lorsqu'une juridiction (était) saisie », de telle sorte que le second alinéa de l'article 43 viendrait, au fond, combler une lacune du code de procédure pénale.

¹⁵⁷¹ Le texte concernait initialement la (ou les) « personne(s) dépositaire(s) de l'autorité publique ou chargée(s) d'une mission de service public », auteur(s) ou victime(s) de l'infraction. Son champ d'application a été élargi et s'applique désormais à « un magistrat, un avocat, un officier public ou ministériel, un militaire de la gendarmerie nationale, un fonctionnaire de la police nationale, des douanes ou de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ».

¹⁵⁷² Cons. const., 22 juill. 2011, décision n° 2011-156 QPC, *M. Stéphane P. [Dépaysement de l'enquête]*, consid. 4.

pas d'un « droit » au renvoi. Elles peuvent seulement suggérer le renvoi, sans jamais pouvoir l'imposer, puisque le dernier mot revient au procureur général. Par suite, le fait que le texte contesté ne mentionne expressément que la personne intéressée ne porte en réalité pas atteinte aux droits des autres personnes intéressées dans la procédure de faire de même. Aussi, le grief manquait-il en fait puisque rien n'interdit à la partie qui souhaiterait demander un renvoi d'en informer par elle-même le procureur général pour qu'il y procède d'« office », ainsi que le prévoit le texte. La disposition contestée n'instaure pas en conséquence de déséquilibre dans les droits des parties.

*

597. Conclusion de la Section 2nd. La responsabilité pénale de l'agent ayant méconnu les conditions de fond et de forme d'un pouvoir légal paraît-elle suffisante pour pallier le risque du déploiement extrajuridictionnel des pouvoirs? La réponse négative semble s'imposer. L'interprétation clémente retenue par la jurisprudence, justifiée par le caractère intentionnel de l'atteinte aux droits de l'individu qui fait l'objet des actes d'investigation arbitraires, limite nécessairement la vocation des incriminations pénales à prévenir la réalisation d'actes qui ne sont pas volontairement illégaux.

*

**

598. Conclusion du Chapitre 1^{er} : Les sanctions substantielles, entre excès d'indemnisation et excès de rétribution. En conclusion de sa thèse de doctorat, Graham Richard Smith relevait qu' « en l'absence de poursuites pénales contre les policiers pour leur criminalité alléguée, une série de compromis a émergé au cours des trente dernières années qui existaient à l'état embryonnaire dans les sections 48 et 49 du *Police Act* 1964. L'introduction par la section 48 du principe de la responsabilité du fait d'autrui rendit possible des actions pour les victimes d'actes répréhensibles de la police et protégea les policiers de toute responsabilité personnelle (...). L'inquiétude du public à l'égard de ce compromis s'est concentrée sur le paiement d'importantes sommes d'argent public aux victimes alors que les auteurs présumés échappaient à la responsabilité personnelle, donnant l'impression que le *solatium* financier servait à dissimuler les illégalités commises

par la police »¹⁵⁷³. Bien que moins discuté, ce compromis n'en existe pas moins en France et, comme en Angleterre, « la sanction pénale demeure réservée pour des délits qui méritent le plus la condamnation sociale, tandis que la fonction première d'une réparation civile comme remède de droit privé est la *restitutio in integrum*, la restauration de la position originale »¹⁵⁷⁴.

La vocation des responsabilités civile et pénale à se substituer aux sanctions processuelles traditionnelles qui dérivent du processus de juridictionnalisation traditionnelle de la répression pénale – et notamment à l'annulation de l'acte probatoire qui résulte d'un usage irrégulier des fonctions du ministère public – s'avère largement illusoire. La responsabilité civile demeure fondamentalement construite, tant en droit français qu'en droit anglais, comme un mécanisme assurant l'indemnisation de la personne victime. Et, même si le droit anglais connaît des mécanismes de responsabilité personnelle qui ne nécessitent pas la démonstration d'un préjudice ou qu'il permet l'infliction de dommages-intérêts « exemplaires », la vocation essentiellement indemnitaire ressort de la désignation du débiteur de la dette de réparation, qui est, comme en France, l'administration dont relève l'agent. Aussi, la responsabilité civile ne pourrait-elle revêtir cette vocation moralisatrice qu'au prix d'un travestissement de sa *ratio* profonde. La responsabilité pénale, quant à elle, demeure fondamentalement limitée aux atteintes graves aux droits de la personne mise en cause et soumise à la démonstration d'une intention coupable, à l'exclusion des erreurs d'appréciation commises. Aussi, la responsabilité pénale ne pourrait-elle avoir pour vocation de prévenir les dysfonctions qu'au prix, là encore, d'un travestissement de sa *ratio* profonde.

¹⁵⁷³ G. R. SMITH, *Police Crime : a Constitutional Perspective*, thèse préc., p. 237.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 23.

Chapitre 2nd

La réinscription nécessaire des fonctions du ministère public dans la juridictionnalisation

599. De part et d'autre de la Manche, plusieurs auteurs ont mis en avant la nécessité de renforcer le contrôle du juge pénal. John Jackson relève ainsi que « nous sommes revenus à la situation dans laquelle il y aurait besoin d'un contrôle judiciaire sur les pénalités effectivement infligées par le CPS. Les citoyens anglais peuvent ne pas aimer l'idée d'une figure judiciaire farfouillant dans leur dossier. Mais si cela est nécessaire pour garantir l'équité dans la nouvelle sphère de la justice rapide et sommaire, cela peut valoir le coup d'en payer le prix »¹⁵⁷⁵. En France, Geneviève Giudicelli-Delage relève, quant à elle, qu'au sein des procédures pénales européennes, la garantie judiciaire française « est l'une des plus

¹⁵⁷⁵ J. D. JACKSON, « Police and Prosecutors after PACE : The Road from Case Construction to Case Disposal », art. préc., *loc. cit.*, p. 277. Dans le même sens, voir A. ASHWORTH, « Penalty notices for disorder and summary justice », [2013] *Crim LR* 869-870 : « La police (...) devrait-elle être autorisée à être à la fois enquêteur, juge et jury à l'égard de ces infractions 'de faible gravité' ? Le rôle principal de la police s'agissant des infractions qui ont déjà été commises est d'enquêter, mais les PND et les *cautions* font de la police un organe de détermination de la peine également. Cela semble violer la séparation des pouvoirs ». L'auteur ajoute qu'« il est juste que les magistrats devraient être davantage impliqués dans le contrôle du recours par la police aux PNDs, afin que la connexion (*interface*) entre la condamnation de rue (*street sentencing*) et la condamnation juridictionnelle (*court sentencing*) soit cohérente et proportionnée » ; N. Padfield, comm. sous *Gore and Maber* préc., *in fine* : « Si le gouvernement veut vraiment développer une plus grande confiance dans le système de justice pénale, pourquoi n'encourage-t-il pas la justice publique et locale des *magistrates' courts* ? » ; P. HYNES et M. ELKINS, « Suggestions for reform to the police cautioning procedure », [2013] *Crim LR* 966, spéc. 976 : « Nous appuyons la recommandation formulée par la *High Court* dans l'affaire Stratton en faveur de la mise en place d'un mécanisme de surveillance au niveau de la *magistrates' court* dans le cas de l'administration des *cautions*. Les individus devraient pouvoir recourir à la *magistrates' court* pour que soit contrôlée la décision de leur administrer une *caution* et que soit reconnue à celle-ci la possibilité d'effacer cette décision du fichier dans l'hypothèse où l'administration de la *caution* aurait été effectuée de manière incorrecte ».

faibles, parce qu'elle n'existe qu'à la demande du procureur de la République, ne porte que sur un nombre limité d'actes parmi lesquels ne figurent pas, sauf exception, ceux relatifs à la décision sur l'action publique ou constituant des mesures de sanction, que le contrôle exercé par les différents juges compétents semble, en pratique, plus formel que concret et relever largement de l'entérinement »¹⁵⁷⁶.

Pourtant, en France, la plupart des propositions de réforme les plus récentes ne semblent pas s'attacher à l'effet de système relevé dans cette étude. Le rapport de la Commission Léger envisage distinctement les réformes de l'avant-procès – la suppression du juge d'instruction et une mise en état exclusivement confiée au parquet au cours de laquelle les actes d'investigation et les mesures provisoires les plus attentatoires seraient décidées par un juge de l'enquête – et celles de la phase de jugement – la mutation du président du tribunal correctionnel en arbitre neutre disposant toutefois du pouvoir d'ordonner un supplément d'information –, sans se soucier de ce que la seconde phase n'est plus la suite nécessaire de la première ou qu'elle ne permettra pas de contrôler la

¹⁵⁷⁶ G. GIUDICELLI-DELAGE, « La figure du juge de l'avant-procès. Entre symboles et pratiques », art. préc., *loc. cit.*, pp. 344-345. Dans le même sens, voir CNCDH, « Avis sur la réforme de la procédure pénale », 10 juin 2010, § 30, et CNCDH, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », préc., § 13, qui insiste sur la nécessité d'un contrôle réel et efficace des opérations d'enquête par le juge : « Isolé, avec un contentieux hétérogène, sollicité de façon intermittente, il risque de n'avoir qu'une vision incomplète, fragmentée et superficielle du dossier et de n'avoir, en pratique, qu'un accès limité au dossier de la procédure. Le juge de l'enquête et des libertés sera donc contraint le plus souvent à ne faire qu'enregistrer les actes du parquet » ; P. BEAUVAIS, « Politique pénale et séparation des pouvoirs », art. préc., *loc. cit.*, p. 104 : « Après des années de survalorisation de la magistrature 'debout' au nom de la politique pénale, il convient donc désormais de rééquilibrer les institutions pénales, et partant de renforcer le pouvoir du juge du siège, incarnation incontestée de l'indépendance de la justice ; d'une part en limitant les alternatives aux poursuites et au jugement ; d'autre part, en créant un grand juge des libertés garantissant les droits fondamentaux et le respect du contradictoire dans les procédures d'investigations ». Voir également, 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 », art. préc., p. 957 et s. ; du même auteur, « Quelle étendue de la juridictionnalisation ? » in O. DECIMA (dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 81, qui estime qu'il conviendrait d'introduire « un véritable débat contradictoire, au moment du déferement, devant un juge indépendant, tel qu'un 'juge de l'enquête' ». *Contra*, J. PRADEL, « L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ? », art. préc., spéc. n° 7, pour qui « le parquet, parce qu'il est composé de magistrats, donc de personnes chargées notamment de protéger les libertés individuelles, doit être titulaire de prérogatives importantes et ne pas être relégué au rang presque humiliant de substitut du juge des libertés et de la détention. Le parquetier doit donc, en toute logique, pouvoir décider certaines atteintes à la liberté, même si, pour les mesures les plus graves, c'est le juge des libertés et de la détention qui doit décider ». L'auteur ajoute que « la répartition des compétences entre le procureur et le juge doit s'effectuer selon trois critères : 1° celui de la gravité de l'atteinte aux libertés individuelles (droit d'aller et de venir, droit à l'intimité, droit à l'inviolabilité des domiciles) ; 2° celui de l'importance de l'infraction, certaines mesures très graves n'étant possibles que si l'infraction est punie d'une peine élevée (par exemple, égale ou supérieure à cinq ans d'emprisonnement) ; 3° celui de l'urgence, qui permet de valider des actes qui normalement seraient nuls quand ils sont effectués par un enquêteur et pas par un juge, le concept d'urgence correspondant aux divers cas de flagrance (art. 53 c. pr. pén.), mais pouvant, en fonction des circonstances, être étendu à d'autres situations. Par l'effet combiné de ces trois critères, peuvent être conciliés l'efficacité des enquêtes et le respect des libertés individuelles ».

régularité des actes d'investigation réalisés¹⁵⁷⁷. Le rapport Beaume, quant à lui, n'envisage qu'une amélioration de l'enquête pénale construite sur la base d'un parquet indépendant, sans s'attacher aux pouvoirs de traitement du parquet français¹⁵⁷⁸.

Or, sans qu'elle nous autorise à prétendre proposer des réformes pour le système anglais, la comparaison nous semble avoir permis, négativement, de dissiper les mauvaises questions soulevées par le renforcement des pouvoirs du parquet français et, positivement, de nous prémunir contre les insuffisances des réponses qui pourraient être esquissées en France.

600. Négativement, l'approche comparative nous a permis de distinguer, parmi les questions soulevées par le renforcement des pouvoirs du ministère public, les problématiques accessoires de la problématique fondamentale. L'évolution de la procédure pénale anglaise a ainsi pu servir de « test comparatif », pour reprendre la formule du Doyen Carbonnier : parce qu'elle tend, comme la procédure pénale française, vers un renforcement continu des pouvoirs octroyés au ministère public, elle soulève des questionnements similaires à ceux que nous nous sommes efforcés de mettre en lumière. Pourtant, parce qu'elle ne connaît pas le juge d'instruction et qu'elle garantit, au travers notamment de la doctrine de la *Constabulary Independence*, l'indépendance du ministère public, elle autorise à contredire la pertinence des réponses françaises. Aussi, si une réforme semble nécessaire en France, ce serait, nous semble-t-il, une erreur de faire de la suppression du juge d'instruction et de l'indépendance du parquet les mesures phares. Le plus essentiel nous paraît être d'opérer un rééquilibrage des pouvoirs au sein de l'autorité judiciaire, entre le parquet et le siège¹⁵⁷⁹, et de réinscrire les fonctions du ministère public dans un cadre juridictionnalisé.

601. Positivement, la comparaison nous a permis de faire ressortir que cette réinscription ne saurait s'appuyer sur la seule distinction qui se dessine en droit positif, au stade préparatoire, entre les pouvoirs d'enquête et les pouvoirs de juridiction. Une telle combinatoire ne peut constituer une sauvegarde efficace quand le curseur de la juridiction

¹⁵⁷⁷ COMITE DE REFLEXION SUR LA JUSTICE PENALE (présidé par P. Léger), rapp. préc., p. 43. Le comité recommande ainsi la mise en place d'une procédure simplifiée en matière criminelle où l'audience se limitera à la vérification du « caractère fondé de la reconnaissance de culpabilité (...) sans qu'il y ait un débat sur cette question, ni d'auditions de témoins ou d'experts tendant uniquement à démontrer la culpabilité de l'accusé ».

¹⁵⁷⁸ J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 5.

¹⁵⁷⁹ En ce sens, M. DELMAS-MARTY, « La phase préparatoire du procès pénal. Pourquoi et comment réformer ? », communication préc., p. 4.

est placé trop haut dans l'échelle des pouvoirs. Lorsque seules les prolongations de garde à vue au-delà de quarante-huit heures, les interceptions de communications téléphoniques ou les placements en détention provisoire sont soumis à autorisation du juge, la juridictionnalisation est largement symbolique puisque, dans l'immense majorité des affaires, le recours à de telles mesures n'est pas nécessaire. Aussi, pourrions-nous être tentés de restreindre les pouvoirs infrajuridictionnels reconnus au ministère public afin de multiplier les hypothèses où celui-ci se trouverait à court de coercition et, partant, dans la nécessité de saisir le juge. Mais, à la vérité, une telle restriction ne constituerait pas un véritable remède.

D'une part, puisqu'elle impliquerait de soumettre davantage de pouvoirs du ministère public à autorisation préalable du juge, se poserait nécessairement la question de la détermination d'un nouveau curseur et de la limite en-deçà de laquelle il conviendrait de ne pas descendre. Or, il ne nous paraît pas raisonnable d'envisager que le ministère public puisse voir ses pouvoirs légaux revenir à l'état dans lequel ils se trouvaient sous l'empire du code d'instruction criminelle et puisse se contenter d'une enquête préliminaire seulement consensuelle et d'une enquête de flagrance n'autorisant que des perquisitions et saisies coercitives¹⁵⁸⁰. De plus, une telle diminution des pouvoirs du ministère public ne s'opèrerait que statiquement, sans prendre en compte la dynamique des pouvoirs. Aussi, pour être véritablement effective, une telle diminution impliquerait que la jurisprudence renonce à favoriser la mutabilité de l'enquête préliminaire vers l'enquête de flagrance. Or, si nous avons pu critiquer la possibilité pour le juge de substituer son appréciation de la flagrance à celle de l'officier de police judiciaire¹⁵⁸¹, il ne nous paraît toutefois pas, là non plus, raisonnable d'envisager que la jurisprudence puisse revenir sur son indifférence à la source de la flagrance et sur sa faveur pour la substituabilité des cadres d'enquête.

D'autre part, parce qu'elle ne ferait que multiplier les hypothèses où la saisine du juge est nécessaire, sans pour autant renforcer la garantie qu'est censée constituer l'intervention du juge. Car multiplier les situations de carence coercitive ne présente d'intérêt que si l'intervention du juge est susceptible d'offrir une vraie plus-value en termes de garantie des droits : la perte d'efficacité de l'enquête ne peut se justifier que si elle s'accompagne d'un gain de légitimité. Or, on l'a vu, les modalités du contrôle mis en place par le droit positif

¹⁵⁸⁰ En ce sens, COMITE DE REFLEXION SUR LA JUSTICE PENALE (présidé par P. Léger), rapp. préc., p. 12 : « Il semble nécessaire de permettre aux enquêteurs d'effectuer certains actes coercitifs alors même qu'une infraction vient de se dérouler. Il n'est pas envisageable de soumettre à autorisation de l'autorité judiciaire la possibilité d'interpeller une personne en train de commettre une infraction ou de prendre la fuite ».

¹⁵⁸¹ Voir *supra*, n° 181.

sont fondamentalement insuffisantes : parce que le contrôle demeure opéré *a priori, ex parte* et de manière intermittente, il ne peut qu'être favorable au demandeur, voire confiner à l'entérinement. Le juge, peu impliqué dans l'enquête, s'y prononce finalement sur la nécessité d'un acte – et d'un acte seul –, sur la base des informations fournies par le seul demandeur. La nécessité de l'acte, qui est éventuellement érigée par la loi en condition de fond de l'autorisation du juge, se trouve, pour ainsi dire, satisfaite par les modalités formelles par lesquelles celui-ci est sollicité. De *lege ferenda*, toute procédure pénale qui ferait reposer la garantie des droits sur un système d'autorisation préalable du juge des actes qui nécessitent une surprise présentera toujours ces faiblesses, et il convient en conséquence de ne pas surinvestir dans les vertus d'un tel contrôle pour dessiner les principes d'attraction des fonctions du ministère public vers la juridictionnalisation.

Ainsi, l'extension du champ du contrôle du juge devrait, dans cette perspective, être également accompagnée d'une amélioration de la qualité du contrôle opéré par le juge. Et cette amélioration devrait transiter par l'adoption de modalités contraires à celles actuellement consacrées : que la vérification du juge s'opère non seulement *a priori*, mais *a posteriori*, de manière continue et en présence de la personne objet des investigations. En d'autres termes, que le juge ne se contente pas d'autoriser mais contrôle véritablement les investigations, qu'il puisse les réorienter d'office ou à la demande des parties, que son office soit permanent, que la personne qui subit les actes d'investigations puisse contester les mesures autorisées, que le contradictoire soit restauré et que la juridictionnalisation, aujourd'hui seulement préparatoire, devienne demain également préliminaire. Car finalement, ce qui paraît essentiel, ce n'est pas tant que le ministère public dispose de moyens moins efficaces pour construire son dossier mais c'est, d'une part, que soit toujours garanti le respect par celui-ci des conditions légales qui encadrent les moyens efficaces qui lui sont reconnus et, d'autre part, que la personne mise en cause, mais aussi le juge, disposent de moyens tout aussi efficaces pour déconstruire ce dossier¹⁵⁸².

¹⁵⁸² Aussi, la question dépasse-t-elle les oppositions classiques. En ce sens, voir M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure injuste » in M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES (dir.), *De l'injuste au juste*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 1997, p. 77 et s., spéc. p. 86 : « Si la procédure est accusatoire, la procédure est un moyen d'offrir au juge sur un plateau des versions construites et agencées l'une contre l'autre. Si elle est inquisitoire, elle lui donne les moyens de construire sa version autorisée. Elle le met à même de juger ». Ainsi, « le couple naturel d'une justice procédurale est dans l'organisation d'une procédure inquisitoire, où le juge peut rechercher la vérité et d'un respect du contradictoire qui permet aux parties de l'y aider. Il ne devrait pas être question de choisir l'un ou l'autre, l'un contre l'autre ».

602. Positivement encore, la comparaison nous a permis de faire ressortir que toute réorganisation de l'avant-procès ne saurait être isolée des mutations que connaît le procès lui-même.

D'une part, l'avant-procès a cessé de constituer une phase de mise en état préalable à l'audience de jugement. Il peut désormais fort bien être la seule étape empruntée dans l'*iter processualis* en raison des pouvoirs de traitement infrajuridictionnels reconnus au ministère public. Aussi, l'intervention du juge est-elle hypothétique et, avec elle, le contrôle de la légalité des investigations. Et il ne nous semble pas raisonnable de considérer que le ministère public puisse à la fois diriger l'enquête, contrôler la légalité des actes qu'il aurait autorisés ou éventuellement diligentés, décider de l'achèvement des investigations et de la complétude de la mise en état et, *in fine*, pouvoir suppléer les malfaçons ou insuffisances de son dossier en décidant d'une réponse pénale¹⁵⁸³.

D'autre part, le jugement présente aujourd'hui des modalités multiples qui remettent en cause la forme obligatoirement contentieuse à laquelle toute déclaration de culpabilité était, en France, historiquement subordonnée, soit que le contentieux soit inversé¹⁵⁸⁴, soit qu'il soit tout simplement évincé¹⁵⁸⁵. Or, puisque le système français – comme d'ailleurs le système anglais – considère que le contrôle de la légalité des investigations effectuées n'est qu'« accessoire »¹⁵⁸⁶ au jugement portant sur la culpabilité et que le juge ne peut soulever d'office des nullités, ce contrôle se trouve écarté lorsque le juge de jugement se prononce dans un cadre non-contentieux. En d'autres termes, puisque la fonction de contrôle de la légalité des actes d'investigation est une fonction « reliée »¹⁵⁸⁷, solidarisée à l'appréciation juridictionnelle de la culpabilité, la reconnaissance de culpabilité entraîne corrélativement l'exclusion du contrôle de la légalité des investigations.

Aussi, s'il n'était déjà pas souhaitable que le juge de la culpabilité soit également juge de la légalité des investigations¹⁵⁸⁸, n'est-il désormais pas possible de faire reposer le contrôle des investigations effectuées sur le juge de jugement, puisque l'intervention de celui-ci est

¹⁵⁸³ Ce, même si, comme le propose la Commission présidée par Jacques Beaume, le parquet se voit privé de ses pouvoirs d'enquête. Voir ainsi, J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 30.

¹⁵⁸⁴ Sur cette inversion, voir *supra*, n° 323.

¹⁵⁸⁵ Sur cette éviction, voir *supra*, n° 373.

¹⁵⁸⁶ L'expression de juridiction « accessoire » est utilisée par Serge Guinchard et *alii* pour désigner l'activité juridictionnelle que développe le juge saisi du principal au soutien de sa fonction juridictionnelle principale. Voir ainsi, S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 1124, p. 802. Voir également, pour désigner les décisions du juge qui permettent d'atteindre ou d'attendre la solution, CORNU (G) et FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, coll. « Thémis », 3^{ème} éd., Paris, 1996, p. 141.

¹⁵⁸⁷ L'expression de juridiction « reliée » est utilisée par Cornu et Foyer. *Ibid.*, p. 140.

¹⁵⁸⁸ Sur ce cumul, voir *supra* n° 367.

désormais soit hypothétique, soit parcellaire. Et, si l'on veut que soit assuré un contrôle efficace de la légalité des investigations, ce sont les modalités du contrôle qu'il faut revoir. Car finalement, ce qui paraît essentiel, si l'on conserve ou étend la faculté pour la personne mise en cause de reconnaître sa culpabilité, c'est de conférer une légitimité véritable aux procédures non-contentieuses en s'assurant que la reconnaissance de culpabilité ne puisse s'opérer malgré les illégalités commises, qu'elle ne permette pas d'évincer le contrôle de la légalité des actes d'investigation.

603. Dès lors, il apparaît fondamental que le ministère public redevienne nécessairement ce qui a toujours constitué sa raison d'être – une partie – et de restaurer ainsi la dimension libérale de l'institution – son rôle de contradicteur garant du respect des droits de la défense devant un juge impartial. En d'autres termes, que le parquet ne dispose, au fond, que d'un pouvoir de demande et non de décision. A défaut, l'évolution des systèmes processuels français comme anglais ne manquerait pas d'aboutir à une formidable régression : rejetant l'idée que le juge puisse être partie en s'autosaisissant, celle-ci aurait conduit à ce que la partie principale puisse se faire juge, en oubliant que l'épouvantail de l'inquisitoire n'est pas cantonné à ses seules manifestations historiques¹⁵⁸⁹.

Il apparaît également fondamental que les parties privées puissent elles-mêmes saisir le juge pour faire cesser toute partialité du ministère public, peu important le statut de ce dernier, que le juge ne soit pas intermittent dans ses fonctions et ne soit pas qu'un simple auxiliaire dont l'intervention se trouverait dépendante des options procédurales du ministère public, et qu'il soit saisi du dossier le plus en amont possible afin qu'il puisse

¹⁵⁸⁹ Comp. G. GIUDICELI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées*, *op. cit.*, p. 342 ; E. MATHIAS, « La marginalisation du juge d'instruction : vers un nouveau du modèle inquisitoire ? », art. préc. Voir également, M. R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, *op. cit.*, p. 156, pour qui l'opinion traditionnelle – selon laquelle le modèle inquisitoire pur ne se rencontre que lorsque toutes les fonctions procédurales sont concentrées entre les mains de l'organe qui décide du bien-fondé de l'accusation et où la participation d'un organe public en charge de la poursuite « est conçue comme l'introduction d'arrangements accusatoires dans l'administration de la justice » puisque le procureur est « considéré comme une partie engagée dans un litige avec la personne impliquée dans la procédure (c'est-à-dire le défendeur au procès pénal) » – est trop limitée. Selon l'auteur, « elle introduit des hypothèses de réactivité dans l'environnement d'un gouvernement réactif ; s'il ne peut être nié que le développement d'une fonction spéciale de poursuivant peut introduire des formes contentieuses dans l'administration de la justice, cela n'est pas susceptible de se produire dans un Etat véritablement actif. Dans un tel Etat, il n'y a aucune égalité ni aucune réciprocité des droits entre l'individu mis en cause dans la procédure et le poursuivant public : les intérêts de l'Etat et ceux de l'individu ne sont pas mis sur le même plan (...). En résumé, plutôt que d'être confronté à un adversaire se trouvant dans une position profondément similaire, l'individu est confronté à un chien de garde puissant qui ne se distingue du juge qu'en raison de sa fonction spécifique ». Et, pour l'Angleterre, voir P. ROBERT et A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, *op. cit.*, p. 44, qui relèvent que, « même dans les bastions de l'accusatoire, il est parfaitement clair que les phases antérieures au procès pénal, incluant les investigations policières et l'interrogatoire en garde à vue, se situent vers le pôle inquisitorial du continuum ».

avoir une juste vision¹⁵⁹⁰. L'impartialité implique en effet la réversibilité, que seul le juge peut garantir : les auteurs anglais ont parfaitement montré qu'un dossier n'est pas une donnée objective que les autorités en charge des investigations se contenteraient de recueillir immédiatement et objectivement, mais se construit progressivement et subjectivement. Comme le relèvent justement Mike McConville, Andrew Sanders et Roger Leng, « les dossiers ne sont pas fragiles ou solides, selon quelque réalité naturelle : ils sont des constructions élaborées de manière à dissimuler certaines lacunes probatoires ou au contraire à créer de telles lacunes »¹⁵⁹¹. Il est donc nécessaire que puissent toujours être garanties les conditions d'une déconstruction.

Ce qui apparaît fondamental c'est, en outre, que toute réponse pénale, quelle que soit la qualification que les législateurs peuvent donner à ces réponses – avertissement, mesure, sanction, peine –, quelle que soit la vocation que ceux-ci leur assignent – réparatrice, restauratrice, punitive –, soit subordonnée à la vérification et à la constitution préalable de

¹⁵⁹⁰ En ce sens, 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 », art. préc., *loc. cit.*, p. 401. Voir également, J. PRADEL, « La disparition du juge d'instruction dans l'avant-projet du futur code de procédure pénale », *D.* 2010, p. 1293 : « Voulu comme le contrôleur du parquet, il constituerait le merveilleux contrepoids, supposé efficace puisqu'il est un juge indépendant. Certes... Mais que pourra contrôler un juge qui n'interviendra que ponctuellement, à l'occasion d'une demande du parquet ou d'une partie, qui n'aura qu'une connaissance superficielle d'un dossier qu'il n'a pas constitué lui-même, contrairement au juge d'instruction ? L'enquête ne sera pas vraiment indépendante. Et le maître en restera bien le parquet. La défense ne sera pas gagnante ». Dans le même sens, G. LACUZEAU, « Analyse critique du pré-rapport Léger sous l'angle de l'action du parquet » in *Déviances et délinquances. Approches psycho-sociales et pénales*, Dalloz, coll. « Essais de philosophie pénale et de criminologie », vol. 8, Paris, 2009, p. 297 et s., spéc. p. 304, pour qui il y a tout lieu de penser que le « juge de l'enquête et des libertés », présenté comme « contrepoids à l'extension des pouvoirs du parquet » risque fort de n'être qu'un « 'faire valoir', ne disposant d'aucune visibilité sur l'enquête en cours, en somme un juge borgne, confiné au rôle de simple 'certificateur' de mesures attentatoires aux libertés (...) ».

¹⁵⁹¹ M. MCCONVILLE, A. SANDERS et R. LENG, *The Case for the Prosecution*, *op. cit.*, p. 201. Dans le même sens, voir M. REDMAYNE, *Expert Evidence and Criminal Justice*, OUP, coll. « Oxford Monographs on Criminal Law and Justice », Oxford, 2001, p. 5 et s. ; P. ROBERTS, « Science in the Criminal Process », (1994) 14 *Oxford Journal Of Legal Studies* 469, spéc. 471 : « Dans la plupart des enquêtes criminelles, le poursuivant construit un dossier auquel la défense réagit. Les procédures *adversariales* peuvent être pensées comme un débat formel au cours duquel l'accusation insiste sur la preuve de la culpabilité de l'accusé, et la défense, soit conteste l'hypothèse du poursuivant, soit la confirme par le biais d'un plaider-coupable. Le poursuivant a la haute main dès le début, car il élabore les termes du débat dans les premiers stades d'une enquête. Une hypothèse de culpabilité est progressivement affinée à mesure que l'enquête se poursuit. Au moment où la défense est en mesure de (con)tester le dossier, les termes pourraient avoir diminué au point qu'il soit difficile d'obtenir que les préoccupations de la défense soient à l'ordre du jour (...). Le poursuivant se construit une image probatoire au travers d'une série d'étapes, prenant à chaque étape des décisions qui influent sur la forme définitive de celle-ci » ; A. S. ZUCKERMAN, « Miscarriages of Justice. A Root Treatment », [1992] *Crim LR* 323, spéc. 325 : « Il est largement admis que l'affaire présentée par la police au procureur et, à travers lui, à la cour, se compose uniquement de faits ou de preuves. Rien ne serait cependant être plus éloigné de la vérité. L'affaire présentée par la police ne contient pas de faits bruts objectifs. La police présente une image complète de la réalité qui est en réalité entrelacée de conclusions qualificatives (telles que la description d'un comportement répondant à une définition juridique particulière), de preuves créées par la police résultant de son interaction avec le suspect (la confession), et qui est façonnée par de nombreuses décisions prises dans le cadre de l'enquête impliquant de poursuivre certaines pistes ou certaines hypothèses et d'en abandonner d'autres » ; A. SANDERS, « Constructing the Case for the Prosecution », art. préc., p. 229.

la culpabilité par le biais d'un acte juridictionnel. La rationalisation invoquée initialement pour justifier de la création de ces réponses peut en effet, paradoxalement, l'imposer. La pratique montre que, lorsque la répression n'est plus juridictionnalisée, elle peut s'exercer à l'encontre de comportements qui ne constituent pas des infractions et que, sans contrôle juridictionnel, c'est le principe de légalité qui s'étiole. Aussi, les réponses pénales ne soulagent-elles pas nécessairement les acteurs judiciaires des formes contraignantes de la juridictionnalisation mais peuvent-elles venir, au contraire, affliger ces acteurs de missions supplémentaires¹⁵⁹². En outre, si les réponses pénales doivent s'appliquer à une infraction, si l'objectif du législateur est d'économiser le temps des acteurs, il n'y a aucune raison de dénier aux réponses pénales les attributs de l'acte juridictionnel. Parce qu'une réponse a été apportée, la vocation de l'action publique s'épuise, et il n'y a aucune raison de refuser à la décision prise l'immutabilité qui résulte de ce corollaire de la chose jugée. Et, parce qu'il s'agit effectivement d'économiser le temps des acteurs, il n'y a aucune raison de ne pas leur attribuer la force exécutoire et l'interversion des prescriptions.

Ce qui apparaît fondamental c'est, enfin, de détacher l'examen de la régularité des actes d'investigation de celui portant sur la culpabilité de l'individu. En d'autres termes, de désolidariser le contentieux de l'annulation du contentieux de la culpabilité. L'aveu de culpabilité entraîne, en effet, dans chacun des systèmes, *a minima*, amputation de la phase probatoire du traditionnel *iter processualis*. Or, la portée de cette amputation est double, puisque celle-ci emporte, non seulement éviction de l'appréciation de la force probante des éléments de preuve recueillis au cours des investigations dans la perspective de la détermination par le juge de la culpabilité, mais aussi éviction de tout contrôle de la régularité des actes d'investigation effectués. Ce qui se profile est donc tout autant le spectre d'une enquête « *a minima* »¹⁵⁹³ que d'un sauvetage d'une enquête irrégulière. Or, si

¹⁵⁹² Voir ainsi, JURY DE CONSENSUS, Conférence de consensus, *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, Rapport du jury de consensus remis au Premier Ministre, Paris, 20 févr. 2013, n° 30, p. 16. Le jury de la conférence de consensus recommande « de permettre au parquet de déployer l'intégralité de son pouvoir d'appréciation et de décision et de mettre fin à la pratique d'une réponse systématique à tout acte délictuel, laquelle conduit à une judiciarisation excessive ». Dans le même sens, COMMISSION DE MODERNISATION DE L'ACTION PUBLIQUE (présidée par J.-L. Nadal), *Refonder le ministère public*, rapp. préc., pp. 47-48 : la Commission considère que « la survalorisation de la réponse pénale systématique a pour contrepartie l'émiettement et l'affaiblissement de l'action publique », que « l'essentiel des forces du parquet est ainsi absorbé par la mise en œuvre de réponses pénales de moyenne ou de faible intensité appliquées à un nombre toujours plus important d'affaires, au détriment d'un investissement plus poussé dans la poursuite de comportements plus graves ou plus complexes, qui échappent par nature à de telles réponses », et « juge impératif, sinon d'abandonner le taux de réponse pénale comme indicateur de 'performance', du moins d'en relativiser considérablement l'importance et la portée ».

¹⁵⁹³ En ce sens, E. MATHIAS, « Alternatives punitives consensuelles : leurres et travers de la répression volontaire », *Gaz. Pal.* 2006, n° 245, p. 2 et s., spéc. n° 10 : « En plaçant l'aveu au cœur des processus négociés, ne risque-t-on pas en effet de déséquilibrer le système de la preuve morale, de renforcer l'obsession

L'on peut concevoir que la reconnaissance de culpabilité puisse amputer l'*iter processualis* de la discussion portant sur la force probante des éléments de preuve recueillis, l'on ne saurait toutefois admettre qu'elle puisse conférer l'immunité processuelle à des éléments de preuve recueillis à la suite d'opérations d'investigation effectuées illégalement. Et, quelles que soient les affirmations solennelles des textes, qui proclament que l'utilisation d'une voie alternative au jugement contentieux ne doit pas conduire à sauver des procédures fragiles, le doute demeurera toujours, mettant en cause la légitimité même de la justice répressive : l'autorité qui propose une telle voie a un intérêt profond à ce que les activités d'investigation menées ne soient pas soumises à une vérification juridictionnelle approfondie, et la sauvegarde résultant de ce que le mis en cause peut toujours contester la régularité des investigations en exerçant son droit au juge demeurera toujours figurative, la contestation de la régularité – au résultat nécessairement aléatoire – ne sera ouverte qu'au prix d'une augmentation de la peine maximale encourue. Un dilemme du mis en cause qui n'honore pas la justice répressive.

604. En d'autres termes, il importe de restaurer une réalisation du *jus puniendi* qui soit garantiste et méthodique. Pour construire cette restauration, il est possible de puiser dans les systèmes processuels étrangers des enseignements précieux. Ainsi, les recompositions opérées par les procédures pénales allemandes et italiennes, qui ont conduit à la suppression du juge d'instruction et à l'octroi, au ministère public de la responsabilité des investigations – à l'exception des atteintes à la liberté d'aller et venir, à l'intégrité physique, à la vie privée, à la propriété qui sont en principe juridictionnalisées –, ont abouti à une recomposition des phases du procès pénal. Geneviève Giudicelli-Delage faisait ainsi remarquer que, l'enquête terminée, si le ministère public estime qu'il y a des charges suffisantes, celui-ci doit soumettre l'affaire au juge qui décidera, selon le cas, d'y mettre fin, d'ordonner un supplément d'information ou le renvoi devant la juridiction compétente : « l'entrée dans la voie de jugement n'appartient donc pas à la poursuite mais uniquement au juge » et la suppression du juge d'instruction ne s'est pas résumée à un simple transfert de pouvoirs au ministère public mais « a imposé une répartition nouvelle des acteurs et la recomposition des phases de la procédure pénale par la création d'une phase

de l'aveu' (...) au détriment des autres modes de preuves et, ce faisant, de consacrer, d'institutionnaliser une renonciation à la recherche de la vérité ? Poser la question, c'est bien sûr y répondre : dès lors que des aveux sont passés – qui sont le sésame pour un mode de répression rapide – pourquoi les personnels chargés de la recherche de la vérité se mettraient-ils en quête d'autres éléments de preuve ? ».

intermédiaire»¹⁵⁹⁴. Or, le transfert de pouvoirs au ministère public s'est d'ores et déjà produit en procédure pénale française pour l'immense majorité des affaires, et si se construit autour du couple formé par le ministère public et le juge des libertés et de la détention une séparation de l'enquête et de la juridiction – très favorable au ministère public on l'a vu –, celui-ci s'est opéré de manière elliptique au regard des exemples allemand et italien : le juge des libertés demeure figé dans le rôle d'un juge préparatoire auxiliaire et n'est pas devenu un juge préliminaire inévitable.

Il est également possible de s'inspirer des principes de solution dégagés par la procédure civile, et c'est cette voie que nous privilégierons. En effet, outre qu'elle présente elle aussi un modèle de procès où l'entrée en jugement est subordonnée au contrôle d'un juge – du moins pour les affaires de la compétence du tribunal de grande instance –, la procédure civile a pu constituer un réservoir dans lequel le législateur répressif a puisé des techniques inspirées d'une logique purement accusatoire et destinées à accélérer la marche des affaires – l'idée qu'il appartiendrait à chaque partie de recueillir ses preuves à l'exclusion d'un juge d'instruction, l'idée de l'artificialité de la forme obligatoirement contentieuse du procès pénal, l'idée qu'il était possible, pour les contentieux de masse, d'inverser le contentieux. Aussi, semble-t-elle pouvoir, corrélativement, constituer un secours lorsqu'il s'agit d'envisager les mécanismes garantissant les droits de la défense, comme le respect du contradictoire, et de s'assurer que la garantie juridictionnelle constitue une garantie substantielle.

¹⁵⁹⁴ 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 », art. préc., *loc. cit.*, pp. 393-394. Pour un constat similaire, voir COMMISSION JUSTICE PENALE ET DROITS DE L'HOMME, *La mise en état des affaires pénales*, rapp. préc., pp. 132-150, selon lequel les structures proposées par la commission « n'aboutissent pas à transmettre au ministère public les pouvoirs actuels du juge d'instruction. Elles organisent un nouvel équilibre caractérisé par les attributions suivantes : - au ministère public, les fonctions d'investigation, élargies par rapport à celles dont il dispose déjà ; - au juge, les pouvoirs juridictionnels, renforcés en matière de garanties des libertés individuelles, et le contrôle des investigations, celui-ci pouvant aller jusqu'au dessaisissement du ministère public par la chambre d'accusation ; - aux parties privées (défense et partie civile), de nouvelles prérogatives ». Sur la procédure allemande, voir J. LEBLOIS-HAPPE, « Eléments de la cohérence de la procédure pénale allemande. L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celles du juge dans la phase préliminaire du procès », Colloque, Cour de cassation, Cycle Procédure pénale 2006, 5^{ème} conférence, *Et à l'étranger ? Apport du droit comparé*, 27 avr. 2006 [en ligne], https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_leblois-happe_2.pdf, repris in Cour de cassation, *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2007, p. 241 et s. ; R. JUY-BIRMAN in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, *op. cit.*, p. 69 et s. Sur la procédure italienne antérieure à l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure pénale le 24 octobre 1989, voir A. GALATI, « La phase préparatoire du procès pénal dans le système italien », *RIDP* 1985, p. 151 et s. ; sur la procédure postérieure, voir G. D. PISAPIA, « Le nouveau code de procédure pénale italien » *APC* 1991, n° 13, p. 115 et s. ; P. TONINI et S. COLIZZI, « Le nouveau code de procédure pénale italien », *RSC* 1989, p. 206 et s. ; M. CHIAVARIO in M. DELMAS-MARTY, *Procédures pénales d'Europe*, *op. cit.*, p. 289 et s. ; E. ZAPPALA, « Le procès pénal italien entre système inquisitoire et système accusatoire », *RIDP* 1997, p. 113 et s.

C'est là, nous semble-t-il, que peuvent être (re)découverts les principes de la réinscription des fonctions du ministère public dans un cadre juridictionnel (Section 1^{ère}) et que peuvent être (re)trouvés les motifs permettant de surmonter les résistances qu'une telle réinscription peut susciter (Section 2^{nde}).

Section 1^{ère} **LES PRINCIPES DE LA REINSCRIPTION**

605. Qu'il soit naturel que chaque partie recueille les moyens de preuve nécessaires à la démonstration du bien-fondé de sa prétention, qu'il soit légitime d'inverser le contentieux lorsque le défendeur n'aurait aucun moyen de défense sérieux à faire valoir ou qu'il soit artificiel d'instaurer une vérification juridictionnelle en forme obligatoirement contentieuse là où les parties peuvent s'accorder éventuellement sous le contrôle d'un juge statuant de manière gracieuse, autant de préceptes qui gouvernent la réalisation judiciaire du droit privé qui ont progressivement influencé la réalisation du droit pénal. Comme l'avait relevé Florence Bussy, « la procédure civile, plutôt accusatoire, et la procédure pénale, plutôt inquisitoire, ont évolué l'une vers l'autre depuis l'entrée en vigueur de leur code respectif, sous l'influence notamment des principes européens, de sorte que les fonctions du juge et des parties dans chacune d'elles se sont progressivement rapprochées ; elles constituent des procédures accusatoires assorties de certains correctifs issus de la procédure inquisitoriale »¹⁵⁹⁵. Or, si cette transposition à la matière pénale des modes civilistes de règlement des différends peut sembler critiquable au pénaliste de tradition continentale dans la mesure même où le contentieux pénal « n'est nullement réductible à un conflit entre des intérêts privés »¹⁵⁹⁶, elle mériterait, paradoxalement, d'être approfondie. C'est peut-être une procédure civile présentant une forte tradition accusatoire aujourd'hui mâtinée de certains éléments d'inquisitoire qui pourrait venir assainir une procédure pénale se prétendant désormais accusatoire, mais qui demeure plus que jamais inquisitoire. Non sans une certaine ironie, certains principes de solution pourraient en effet être découverts dans ces mêmes modes de règlement des différends.

¹⁵⁹⁵ F. BUSSY, « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale », *RSC* 2007, p. 39, n° 2. Pour un constat similaire, voir E. VERGES, « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », art. préc.

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*

Une relecture du modèle de réalisation du droit privé s'avère en conséquence nécessaire pour éclairer toute réforme à venir de la réalisation du droit répressif : une relecture des autres procès nous permettrait de retenir des enseignements (§ 1^{er}) qui pourraient favoriser la construction d'un autre procès pénal (§ 2nd).

§ 1^{er} RETENIR LES ENSEIGNEMENTS DES AUTRES PROCES

606. C'est à la source des emprunts effectués par la procédure pénale qu'il faut remonter pour construire les principes d'une réinscription des fonctions du ministère public dans le processus juridictionnel. La procédure civile nous offre ainsi un modèle de juridiction préparatoire et provisoire (A) et un modèle de juridiction gracieuse et monitoire (B).

A. Le modèle civiliste de juridiction préparatoire et provisoire

607. Deux exemples nous paraissent particulièrement éclairants pour guider toute construction d'une réalisation garantiste du droit de punir : celui, d'une part, des ordonnances sur requête unilatérale et, à travers elles, des mesures d'instruction ordonnées en matière civile (1), celui, d'autre part, de la mise en état des affaires civiles (2)

1. La requête unilatérale et les mesures d'instruction en matière civile

608. *En procédure civile : une procédure ouverte à tout plaideur emportant éviction provisoire, au provisoire, du contradictoire.* La procédure civile offre à tout plaideur, en dehors d'un procès déjà engagé, la possibilité d'obtenir certains éléments de preuve. L'article 145 du code de procédure civile prévoit ainsi que tout plaideur peut, lorsqu'il « existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige », obtenir du juge toute mesure d'instruction légalement admissible¹⁵⁹⁷. Le code soumet ces mesures d'instruction *in futurum* au droit

¹⁵⁹⁷ Sur les mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 CPC, voir M. JEANTIN, « Les mesures d'instruction *in futurum* », *D.* 1980, chron. 205 ; M. BOURGEOIS, « Bilan de dix années d'application de l'article 145 du nouveau code de procédure civile relatif aux mesures d'instruction *in futurum* », *LPA*, 4 juill. 1984, p. 21 et s. ; G. CHABOT, « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *D.* 2000, p. 256 et s. ; F. DE BERARD, « Les mesures d'instruction *in futurum* : retour sur la procédure de l'article 145 du CPC », *Gaz. Pal.* 2012, n° 343, p. 19 et s. ; P. THERY, « L'article 145 du nouveau code de procédure civile », *Rev. Jur. Centre-Ouest* 1988, p. 210 et s. ; M. FOULON, « Quelques remarques d'un président de tribunal

commun du référé¹⁵⁹⁸ et de la procédure sur requête¹⁵⁹⁹. Aussi, un plaideur peut-il obtenir, dès le stade de « l'infra-litigieux », dans « l'antichambre du litige véritable »¹⁶⁰⁰, l'autorisation de procéder à une mesure à finalité probatoire sans avertir son éventuel futur adversaire en recourant à la procédure sur requête unilatérale puisque l'atteinte au contradictoire y est « structurelle en ce qu'elle résulte de la nature même de l'institution »¹⁶⁰¹.

Toutefois, la procédure sur requête unilatérale est encadrée. D'une part, elle est subsidiaire par rapport au référé. L'article 493 du code de procédure civile précise en effet que l'ordonnance sur requête est « une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse »¹⁶⁰². Le requérant doit donc démontrer une urgence extrême, incompatible avec l'organisation d'un débat contradictoire, ou bien prouver que l'effet de surprise est une condition de l'efficacité de la mesure, à l'image d'un constat d'adultère : on ne saurait mettre en œuvre une procédure sur requête s'il s'avère que l'adversaire peut être présent sans compromettre l'effectivité de la mesure et si l'on peut l'identifier¹⁶⁰³. A défaut, le requérant doit agir en référé. D'autre part, la procédure sur requête ne se caractérise pas par une éviction définitive, au provisoire, du contradictoire : celui-ci n'est que potentiellement différé. L'atteinte au principe du contradictoire ne peut en effet être tolérée que dans la mesure où la contradiction peut être

de grande instance sur l'article 145 du nouveau code de procédure civile » in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, Paris, 2000, p. 311 et s. ; I. DESPRES, « Retour vers le futur (l'article 145 du code de procédure civile) » in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard, op. cit.*, p. 693 et s.

¹⁵⁹⁸ J.-C. PEYRE, « Le référé-probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *JCP* 1984, I, 3158.

¹⁵⁹⁹ La requête présente ainsi un caractère subsidiaire par rapport au référé et, si un plaideur agit par requête, il lui faut démontrer que les circonstances exigent que la mesure ne soit pas prise contradictoirement. Pour une présentation de la jurisprudence civile rendue sur cette question, voir I. DESPRES, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, coll. « Bibliothèque des thèses », vol. 34, Paris, 2004, n° 258, p. 176 et s.

¹⁶⁰⁰ G. CHABOT, « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », art. préc., n° 6.

¹⁶⁰¹ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 651, p. 517.

¹⁶⁰² Sur le domaine des ordonnances sur requête, voir S. PIERRE-MAURICE, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 29, Paris, 2003, qui distingue les ordonnances « innommées » ou « générales », qui sont le résultat du pouvoir général accordé au président de la juridiction de prendre « sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement », et les ordonnances « nommées » ou « spéciales », qui résultent toujours d'un texte de loi (par exemple, l'octroi de la force exécutoire aux transactions en vertu de l'article 1441-4 du code de procédure civile ou l'autorisation donnée par le juge de l'exécution de pratiquer une saisie conservatoire sur les comptes du débiteur en vertu de l'article L. 511-1 du code des procédures civiles d'exécution).

¹⁶⁰³ En conséquence, le juge doit rechercher si la mesure sollicitée exige une dérogation à la règle de la contradiction : Cass. civ. 2^{ème}, 11 mai 2006, *Bull. civ. II* n° 128 ; *Procédures* 2006, comm. 154, Perrot (R.) ; Cass. civ. 2^{ème}, 30 avr. 2009, *Bull. civ. II* n° 105. De jurisprudence constante, le président doit d'ailleurs s'assurer que la mesure sollicitée par le requérant exige une dérogation à la règle du contradictoire, quand bien même l'adversaire aurait formé une demande en rétractation, demande qui, si elle introduit le contradictoire au niveau du recours, ne saurait rétroactivement le valider. Voir ainsi, Cass. com., 26 janv. 1999, *D.* 1999, somm. obs. Julien ; *Procédures* 1999, n° 121, obs. Perrot (R.).

ultérieurement rétablie, – et la précision est d'importance – au provisoire, et non pas seulement lors du débat au fond. Puisque les principes directeurs du procès civil prévoient que, « [l]orsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief » (art. 17 CPC), l'article 496, alinéa 2, du code ouvre une voie spécifique permettant au destinataire de la mesure de faire valoir ultérieurement ses observations : « [s]il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance ». Aussi, tout intéressé, et non seulement le futur adversaire, peut-il contester la mesure ordonnée pour en obtenir la modification ou la rétractation, devant la même juridiction du provisoire, statuant cette fois en référé, dans le respect du contradictoire¹⁶⁰⁴. Le code réserve donc la possibilité d'élever, au provisoire, le contentieux¹⁶⁰⁵ par une voie qui n'est pas à proprement parler une voie de recours, mais un recours « permettant de faire respecter le contradictoire *a posteriori* », qui vise « à parachever l'examen de la requête, à l'intérieur du même degré de juridiction, en enrichissant cet examen des données contradictoires qui seront apportées par celui qui a subi la mesure »¹⁶⁰⁶. Puisque ce « référé-rétractation »¹⁶⁰⁷ ne s'exerce qu'aux fins de rétablir le contradictoire, il n'est soumis à aucun délai spécifique¹⁶⁰⁸, et le juge peut modifier son ordonnance même si le juge du fond est saisi¹⁶⁰⁹. La connaissance de l'affaire par le juge cesse ainsi d'être partielle et de ne se fonder que sur les éléments de preuve recueillis par le seul demandeur : elle est désormais éclairée par toutes les parties.

¹⁶⁰⁴ L'article 496 du code de procédure civile trouve son origine dans la pratique instaurée à une époque où aucun texte n'envisageait de possibilité de modification ou de rétractation de l'ordonnance rendue sur requête d'insérer dans cette décision une clause dite « de réserve de référé ». Sur cette origine, voir R. Perrot, obs. *RTD civ.* 1980, p. 816 et s., spéc. p. 817 ; M. BORYSEWICZ, « La rétractation de l'autorisation de saisir. Etude sur les pouvoirs du juge des référés dans le domaine des saisies-arrêts et des saisies et mesures conservatoires de la loi du 12 nov. 1955 », *RTD civ.* 1964, p. 437, n° 31 et s.

¹⁶⁰⁵ En ce sens, PERROT (R.), « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête) », art. préc., *loc. cit.*, spéc. n° 10.

¹⁶⁰⁶ En ce sens, MOTULSKY (H.), « Les ordonnances sur requêtes. Rapport général de synthèse aux journées d'études judiciaires de Lille (mai 1964) », Librairies techniques, 1967, repris in MOTULSKY (H.), *Ecrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 195 : « (...) il s'agit, à mon avis, d'un cas d'utilisation spéciale de référé. On va devant le magistrat des référés parce qu'il y a une situation urgente, qu'il faut lui donner une solution, et que cette solution se trouve être la rétractation de l'ordonnance rendue sur requête. Je crois qu'on peut ainsi intégrer ce recours dans l'institution du référé, la particularité consistant cependant à utiliser le référé à titre de voie de recours » ; R. Perrot, obs. *RTD civ.* 1984, p. 368 : il s'agit là « moins d'un 'recours' que d'une procédure en continuation destinée à mieux éclairer le juge en lui donnant une vision contradictoire » ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne, op. cit.*, n° 2115, p. 1370.

¹⁶⁰⁷ Cette qualification est utilisée par plusieurs auteurs. Voir en ce sens, Y. STRICKLER et M. FOULON, « Le référé-rétractation », *D.* 2010, p. 456 et s. ; S. PIERRE-MAURICE, « Nature du référé-rétractation et notion de voie de recours », *RRJ* 2007-4, p. 1893 et s. ; A. VARNEK, *Le juge des requêtes, juge du provisoire*, Thèse, Strasbourg, 2013, n° 8, p. 25.

¹⁶⁰⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 26 nov. 1990, *Bull. civ.* II n° 247 ; *Gaz. Pal.* 1991, somm. p. 466, obs. Croze et Morel ; Cass. civ. 2^{ème}, 17 oct. 2002, *Bull. civ.* II n° 227 ; *D.* 2002, 3244.

¹⁶⁰⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 6 janv. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, pan. 117, obs. S. Guinchard.

En d'autres termes, en matière civile, l'obtention d'un élément de preuve est ouverte à tout plaideur, est subsidiairement unilatérale et, lorsque le contradictoire a été écarté en raison du recours à la procédure sur requête, tout intéressé peut contester la mesure prescrite afin de permettre de parachever et d'enrichir l'examen de la requête par le rétablissement de celui-ci *a posteriori*, au provisoire, et permettre au juge de rétracter sa décision.

609. En procédure pénale : une procédure ouverte au seul ministère public emportant éviction définitive, au provisoire, du contradictoire. Le ministère public, anglais comme français, peut, durant l'enquête, solliciter du juge une coercition dont il ne disposerait pas par le biais d'une requête unilatérale déposée devant le juge – *Justice of the peace* ou juge des libertés et de la détention –, comme le ferait un plaideur devant le juge civil.

L'analogie avec la procédure civile des ordonnances sur requête unilatérale apparaît toutefois, *de lege lata*, bien fragmentaire. D'abord, parce qu'en procédure pénale, seul l'un des plaideurs – le procureur de la République, en France, ou la police, en Angleterre – peut demander, par le biais d'une requête unilatérale, de bénéficier de la coercition, à l'exclusion de tout autre plaideur. En conséquence, la juridictionnalisation de l'enquête se trouve à la discrétion du ministère public, et le juge des libertés et de la détention, comme le *Justice of the peace*, se trouve n'être qu'un auxiliaire du ministère public, et du ministère public seul. Aussi, pourrait-il être tentant de bilatéraliser en matière pénale la procédure sur requête afin « de préserver l'équilibre des droits des parties », comme y invite *in fine* le I de l'article préliminaire du code de procédure pénale, ou de réduire l'*adversarial deficit*. Ensuite, parce que la procédure sur requête unilatérale utilisée en procédure pénale n'est pas, en France, légalement subsidiaire : le critère tiré de ce que la demande du procureur doit se fonder sur les « nécessités de l'enquête » est, on l'a vu, singulièrement flexible. De plus, la procédure emporte, au pénal, éviction définitive, au stade du provisoire, du contradictoire, là où le contradictoire, en procédure civile, n'est qu'éventuellement retardé. Il est certain cependant que certaines mesures d'investigation au pénal, comme certaines mesures demandées au civil, ne peuvent, pour être efficaces, se dérouler qu'en l'absence d'adversaire – par exemple, certaines perquisitions ou une captation de conversations téléphoniques au pénal ou un constat d'adultère au civil. Mais, en procédure civile, la mise à l'écart du contradictoire est une disposition grave, s'agissant d'un principe directeur du procès civil. L'atteinte au principe du contradictoire ne peut être tolérée, on l'a vu, que dans la mesure

où la contradiction peut être ultérieurement rétablie au provisoire, et non pas seulement lors du débat au fond. Or, en procédure pénale, le contradictoire ne sera rétabli qu'au stade du jugement, et encore à la condition que l'individu conteste sa culpabilité. Aussi, cette restauration peut-elle fort bien n'avoir jamais lieu. Pourtant, le contradictoire est également un principe directeur du procès pénal, comme le rappelle l'article préliminaire du code de procédure pénale – « [la procédure pénale doit être équitable et contradictoire (...)» –, et un recours devrait également être consacré par les textes relatifs aux requêtes formulées devant le juge des libertés et de la détention (et éventuellement devant le *Justice of the peace*). Or, malgré la cohérence du dispositif civil, le législateur pénal n'a pas tenté de le reproduire. Et le juge civil refuse d'en étendre le bénéfice à la matière pénale¹⁶¹⁰.

610. Les enseignements pour la construction d'une juridiction préparatoire en procédure pénale. La requête unilatérale civile offre ainsi au pénaliste un modèle susceptible d'intéresser la construction de l'avant-procès. Ce modèle s'articule autour de deux axes qui favorisent, tout à la fois, l'efficacité et la garantie des droits. D'une part, la requête unilatérale civile garantit une efficacité véritable à la mesure sollicitée par l'éviction du contradictoire qu'elle autorise : les actes à finalité probatoire nécessitant une surprise peuvent ainsi être efficacement réalisés. D'autre part, la requête unilatérale civile garantit une efficacité mesurée. L'éviction du contradictoire se trouve en effet limitée à sa stricte nécessité puisque le demandeur doit justifier que l'éviction du contradictoire est une condition de réussite de la mesure sollicitée. Le critère est donc plus rigoureux que celui tiré des « nécessités de l'enquête » qui régit actuellement les demandes d'actes déposées devant le juge des libertés et de la détention. En outre, la personne qui subit la mesure peut demander le rétablissement du contradictoire dès le stade du provisoire, quelle que soit la suite de la procédure, y compris en l'absence de saisine du juge du fond. Cette restauration du contradictoire permet de parfaire le contrôle du juge qui pourra ainsi s'assurer, *a posteriori*, de la nécessité de l'acte demandé et, dans la négative, rétracter sa décision. Cette possibilité de rétablir un contrôle juridictionnel *inter partes*, déniée, en procédure pénale, est gage de la qualité du contrôle du juge.

Aussi, la procédure civile connaît-elle d'une procédure provisoire *ex parte* mais, à la différence de la procédure pénale française comme anglaise, le contradictoire peut être

¹⁶¹⁰ TGI Bordeaux, 29 janv. 1986, *D.* 1987, 60, note Lamarque (visite domiciliaire sur le fondement de l'article L. 41 LPF). Sur les compétences du juge des référés en matière répressive, voir A. LACABARATS, « Les compétences du juge civil des référés en matière pénale », *Justices* 1998, n° 10, p. 151 et s.

rétabli *a posteriori*, au provisoire, par un recours offert à la partie à l'insu de laquelle la mesure a été ordonnée. C'est d'ailleurs pour cette raison que certains auteurs parlent, à propos de l'ordonnance sur requête, d'inversion du contentieux¹⁶¹¹. Preuve que l'inversion du contentieux peut constituer un instrument non seulement d'accélération de la procédure, mais aussi de rétablissement, au provisoire, du contradictoire.

611. Les enseignements tirés de l'étude de l'ordonnance sur requête unilatérale de la procédure civile s'avèrent ainsi intéressants pour la construction d'une juridiction préparatoire en procédure pénale. La mise en état des affaires civiles l'est tout autant pour la construction d'une juridiction pénale préliminaire.

2. *La mise en état des affaires civiles*

612. Une mise en état juridictionnellement encadrée. La mise en état des affaires civiles présente une caractéristique remarquable : alors même qu'elle intervient dans une procédure de tradition accusatoire, elle est pourtant contrôlée par le juge et, alors qu'elle est contrôlée par le juge, elle constitue une rationalisation efficace de la phase d'instruction. En effet, devant le tribunal de grande instance, en fonction de leur mise en état, les affaires suivent un cycle court ou un cycle long¹⁶¹², et le renvoi à l'audience des plaidoiries, généralement utilisé pour des affaires simples, peut être immédiat ou différé.

La procédure de renvoi immédiat à l'audience des plaidoiries est choisie par le président lorsque l'affaire lui paraît prête à être jugée sur le fond (art. 760 CPC) – lorsque les parties ont échangé leurs conclusions et se sont communiqué leurs pièces –, celui-ci rendant une ordonnance de clôture et fixant la date de l'audience qui peut être tenue le jour même. Lorsque le président estime qu'un ultime échange de conclusions ou qu'une ultime communication de pièces suffit à mettre l'affaire en état d'être plaidée et jugée, il convoque les avocats des parties à une deuxième conférence, à une date qu'il fixe, pour conférer une dernière fois de l'affaire, et il leur impartit le délai nécessaire.

Dans les autres hypothèses, le président renvoie l'affaire au juge de la mise en état et l'affaire emprunte alors le circuit long (art. 762 CPC). Dans l'hypothèse où le cycle long est

¹⁶¹¹ Voir ainsi, PERROT (R.), « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête) », art. préc., *loc. cit.*

¹⁶¹² Sur l'évolution du rôle du juge dans la mise en état des affaires civiles, voir DESIRY (R.), « Le rôle du juge dans le déroulement de l'instance civile », *D.* 1956, chron. XXVII, p. 145 et s. ; également, R. MARTIN, « Réflexion sur l'instruction du procès civil », *RTD civ.* 1979, p. 279 et s. Sur l'influence de Motulsky, voir N. FRICERO, « La mise en état : entre tradition et modernité », *Procédures* 2012, dossier 7.

retenu, le juge de la mise en état, à qui est confiée l'affaire, ne reste pas neutre : il dirige l'instruction et se trouve investi de pouvoirs d'injonction (art. 763, al. 3, CPC) dont le but est d'assurer le concours des parties, voire de tiers, à la manifestation de la vérité et de participer lui-même à son établissement en ordonnant toute mesures d'instruction utiles, à la demande des parties ou d'office, telles des expertises ou des visites des lieux (art. 771, 5°, CPC)¹⁶¹³. Il est d'ailleurs chargé de contrôler l'exécution des mesures d'instruction qu'il ordonne (art. 777 CPC). De surcroît, le juge de la mise en état est seul compétent pour statuer sur les exceptions de procédure, dans leur ensemble, y compris les exceptions de nullité, et sur les incidents de procédure susceptibles de mettre fin à l'instance, et ordonner toute mesure provisoire. Comme le relèvent Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland, « tout cela participe d'une rationalisation de la phase d'instruction, pour que la phase suivante des débats soit dédiée à une discussion fructueuse sur le fond des dossiers qui auront été préalablement mis en état. Il s'agit donc de favoriser une véritable mise en état intellectuelle des dossiers »¹⁶¹⁴.

¹⁶¹³ G. TARZIA, « Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuves » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, op. cit.*, p. 469 et s.

¹⁶¹⁴ L. CADIEU et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 907, p. 698. Sur l'évolution de la mise en état des affaires civiles et la recherche d'une rationalité dans le procès, voir M. DOUCHY-LOUDOT, « La scission des phases de l'instance : la mise en état » in *De code en code, Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr, op. cit.*, p. 233 et s. Le décret du 28 décembre 1998 avait complété l'article 771 du code de procédure civile, en énonçant que le juge de la mise en état était jusqu'à son dessaisissement seul compétent pour statuer sur les exceptions de procédure (exceptions d'incompétence, de litispendance et de connexité, dilatoires et de nullité), alors qu'il n'était jusque-là exclusivement compétent qu'en matière de nullités pour vice de forme. Le décret du 20 août 2004 a accru ses pouvoirs en lui donnant la possibilité d'ordonner le retrait du rôle en cas de demande écrite et motivée des parties et de statuer sur les incidents qui mettent fin à l'instance (péremption, désistement d'appel, acquiescement). Le décret du 28 mai 2005 a encore élargi ses attributions en lui octroyant, aux termes de son article 2, le pouvoir d'homologuer les accords des parties (art. 24), ainsi que celui d'accorder une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile (art. 26). Surtout, son article 27, modifiant l'article 775 du code de procédure civile, a accordé l'autorité de la chose jugée aux ordonnances statuant sur les exceptions de procédure. En conséquence, les ordonnances rendues par le juge de la mise en état dans ce cadre pourront faire l'objet d'un appel, qu'elles fassent droit ou non à la demande (art. 34 du décret modifiant l'art. 914 du CPC). Sur le décret du 28 décembre 1998, voir S. GUINCHARD, « L'ambition d'une justice civile rénovée. Commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *D.* 1999, n° 34, p. 65 : « L'objectif est clair : arriver à l'audience de jugement avec un dossier complètement apuré de tous les incidents de procédure ; ainsi se profile plus nettement qu'autrefois une instance en deux phases fonctionnellement bien distinctes : une phase d'instruction et de jugement des incidents et une phase de jugement au fond. Il s'agit là encore de faciliter le travail des juges du fond ». Voir également, G. VERDUN, « Le magistrat de la mise en état 'juge d'exceptions' », *Gaz. Pal.* 2000, n° 120, p. 2 et s. Sur le décret du 28 mai 2005, voir PERROT (R.), « Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* 2006, étude 3, qui relève que, dorénavant, le juge de la mise en état « se comportera, non plus comme un subordonné de la formation collégiale du tribunal dont la copie pourrait être révisée par elle, mais comme un véritable juge du premier degré au plein sens du terme » ; G. NARRAN, « La compétence du conseiller de la mise en état en matière d'exceptions de nullité après le décret du 28 décembre 2005 », *Gaz. Pal.* 2006, n° 119, p. 2 et s. ; F. RAJI, G. WENDEL, T. MALIN et B. RICHARD, « La réforme de la mise en état », *Procédures* 2006, n° 6, étude 11.

613. Les enseignements pour la construction d'une juridiction préliminaire en procédure pénale. La mise en état des affaires civiles offre ainsi au pénaliste un modèle intéressant d'avant-procès. Ce modèle s'articule autour de trois principes qui favorisent, là aussi, tout à la fois, la célérité et la garantie des droits.

D'abord, l'homogénéité par la juridictionnalisation. Le choix de l'orientation de l'affaire appartient au juge : le procès civil, chose traditionnelle des parties, a abandonné l'idée que l'orientation de l'affaire et le soin de diligenter l'instruction soient laissés aux seules parties, comme c'était le cas sous l'empire du code de procédure civile de 1806. Aujourd'hui, la responsabilité du bon déroulement de la mise en état, toutes les fois que la nature ou la complexité de l'affaire le justifient, est confiée à un juge du siège.

Ensuite, la flexibilité dans la juridictionnalisation. Si l'intervention du juge est obligatoire pour orienter l'affaire, la contraction ou la dilatation de la durée de l'avant-procès est effectivement fonction de l'état de l'affaire lors de la saisine du juge. Le choix du circuit y est véritablement déterminé par le besoin concret de mise en état que suscite l'affaire, ce qui constitue un gage de célérité. Or, la procédure pénale française oblige toujours, pour l'heure, le procureur à requérir l'ouverture d'une instruction préparatoire en matière criminelle, même si l'affaire ne présente pas une complexité redoutable et que l'on ne doit raisonnablement pas attendre de l'instruction une plus-value probatoire particulière. Dans une telle hypothèse, l'ouverture d'une instruction préparatoire ne présente d'intérêt véritable que par la possibilité reconnue à la personne mise en examen de demander des actes. A l'inverse, certaines affaires délictuelles complexes peuvent fort bien être traitées sans qu'un juge d'instruction ne soit saisi.

Enfin, la rationalité dans la juridictionnalisation. D'une part, le juge de la mise en état se voit reconnaître des pouvoirs inquisitoriaux puisqu'il peut d'office ordonner toute mesure utile. Aussi, se trouve-t-il « être un rouage intégré au mécanisme de la préparation de l'affaire au fond »¹⁶¹⁵, alors qu'en procédure pénale, le juge des libertés est dénué de tout pouvoir d'initiative et que c'est le juge de jugement qui se voit reconnaître le pouvoir d'ordonner – tardivement – des mesures d'instruction. D'autre part, le juge de la mise en état se voit reconnaître compétence pour statuer sur les exceptions de procédure. Il se voit ainsi confier le rôle de purger l'audience des questions accessoires, le règlement des questions accessoires devant, rationnellement, s'opérer au stade de l'avant-procès afin que

¹⁶¹⁵ MOTULSKY (H.), *Droit processuel* (textes recueillis par M.-M. Capel), *op. cit.*, p. 147.

l'audience se concentre sur les questions de fond¹⁶¹⁶. Or, en procédure pénale, ce rôle est, lui aussi, dévolu au juge correctionnel.

En d'autres termes, le rôle du juge de la mise en état des affaires civiles s'est accru d'« initiatives » et aussi de « charges nouvelles »¹⁶¹⁷. Celui-ci intervient obligatoirement, et non pas par intermittence comme peuvent le faire le juge des libertés et de la détention ou le *Justice of the peace*, et développera plus ou moins largement son office en fonction du besoin de mise en état.

614. La transposition du modèle de mise en état des affaires civiles aux affaires pénales. Cette flexibilité dans l'obligatorité, qui caractérise la mise en état des affaires civiles, pourrait être transposée dans une procédure pénale qui, en dehors du renforcement des prérogatives du parquet, manque cruellement de rationalité¹⁶¹⁸. Les affaires qui le justifient réellement feraient ainsi l'objet d'une mise en état dirigée par le juge. A l'inverse, les affaires dans lesquelles la matérialité des faits est établie, l'identification des auteurs, coauteurs ou complices effectuée et où la culpabilité apparaît non sérieusement discutable pourraient suivre une procédure allégée, voire faire l'objet d'un renvoi immédiat en jugement par le juge de la mise en état¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁶ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., n° 1814, p. 1181, qui observent que l'un des traits de la réforme de la mise en état dans le code de procédure civile est de « favoriser une dissociation du procès civil en deux phases, afin de réserver aux juges du fond l'essentiel, c'est-à-dire le jugement de l'affaire apurée de ses incidents ». Certains auteurs en appellent d'ailleurs à la mise en place d'un juge de la mise en état autonome, exclu de la participation aux débats et à la fonction de juger au fond. Voir en ce sens, F. SARDA, « Pour un juge d'instruction civil » in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à A. Devocq*, op. cit., p. 545 et s. Voir également, pour un juge de la mise en état qui soit clairement identifié, D. KARSENTY, « L'apparition des nouveaux droits fondamentaux de procédure en matière de mise en état », *JCP* 2007, I, 160.

¹⁶¹⁷ MOTULSKY (H.), « La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP* 1966, I, 1996, n° 6, repris in MOTULSKY (H.), *Écrits, études et notes de procédure civile*, op. cit., p.130 et s. Aussi, le juge de la mise en état ne doit pas « se contenter de 'suivre' la procédure, mais il doit contribuer lui-même à la marche de l'instance, au déblayage du terrain » et, surtout, à la réalisation de la triple idée qui est le fil conducteur de la réforme et d'après laquelle le jour de l'audience de plaidoiries doit intervenir dans un délai raisonnable, doit être « utile » et doit être consacré aux « vrais problèmes ». *Ibid.*, n° 10. Voir également, S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., n° 1809, p. 1191, qui constatent que l'« on a voulu que la direction du procès n'appartienne plus exclusivement aux parties, que le juge soit dans une large mesure le régulateur de la procédure ; on oscillait ainsi, par étapes, vers un système moins nettement accusatoire, plus inquisitoire, sans que l'on ose dépasser certaines limites » car « on craignait que le juge des mises en état ne devînt une sorte de juge d'instruction civil ».

¹⁶¹⁸ En ce sens, B. DE LAMY, « L'incidence des réformes de procédure pénale sur les acteurs du procès », *Dr. pén.* 2007, repère 8, qui souligne les « [i]ncertitudes idéologiques » d'une procédure pénale française qui « n'obéit plus véritablement à un modèle, les réformes ponctuelles qui se succèdent répondant souvent aux soucis les plus pressants sans vision d'ensemble ». Voir également, T. POTASZKIN, *L'éclatement de la procédure pénale. Vers un nouvel ordre procédural pénal ?*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 62, Paris, 2014.

¹⁶¹⁹ Comp. G. GIUDICELLI-DELAGE, « La justice pénale en crise ? », *Crises* 1994, n° 4, pp. 100-101.

L'instauration d'un juge de la phase intermédiaire présenterait d'indéniables avantages, ceux de garantir la régularité de la procédure tout en favorisant la célérité de celle-ci, si on lui reconnaissait les moyens de sa mission. Saisi, quelles qu'aient été les investigations préalablement effectuées, il pourrait, lors de l'appel des causes pénales, décider de l'orientation des affaires selon un cycle long, moyen ou court, en fonction des observations développées à cette occasion par les parties. Une (ou plusieurs) conférence(s) de mise en état pourrai(en)t être décidée(s) selon la pertinence des actes d'investigation qu'il conviendrait de diligenter, des éléments du dossier devant être communiqués, du nécessaire avertissement d'une victime dont l'existence aurait éventuellement été révélée. Par ailleurs, reconnu compétent pour soulever d'office les nullités de la procédure préparatoire lorsqu'elles sont d'ordre public, ce juge constituerait un filtre permettant que les questions relevant de la juridiction provisoire soient désormais cantonnées à la phase provisoire, antérieure au jugement correctionnel – comme c'est le cas en matière criminelle. Ce pouvoir de relever d'office – seul à même de garantir la légalité et donc la régularité des investigations effectuées – pourrait être utilement compensé par une purge subséquente des nullités. Le contentieux de l'annulation serait dès lors concentré devant le juge de la mise en état et ne viendrait plus parasiter l'audience de jugement. En effet, on ne voit pas bien comment la discussion de la régularité d'un acte d'enquête, éventuellement prolongée par le prononcé d'une nullité à un stade si tardif de l'*iter processualis*, peut se concilier avec l'efficacité perpétuellement recherchée par le législateur. Une telle compétence du juge de la mise en état des affaires pénales permettrait de plus de restaurer l'impartialité du juge de jugement qui ne serait plus à la fois le juge de la régularité d'une affaire et le juge de la culpabilité de l'individu. Or, ce cumul nous paraît problématique¹⁶²⁰. Lorsque la discussion porte sur un acte d'investigation important, en raison de son caractère incriminant, lorsqu'une irrégularité est constatée et la nullité prononcée, soit le renvoi de l'affaire vient encombrer le rôle de la juridiction, soit le juge est conduit à statuer au regard des autres éléments de preuve, mais il lui sera difficile de méconnaître, intellectuellement, l'existence de l'acte dont il vient de prononcer la nullité. Une telle purge permettrait de concentrer le débat devant le juge du fond sur la culpabilité – si elle est contestée – et sur la peine : le juge de la mise en état pourrait ainsi être l'organe traduisant la séparation du contentieux (obligatoire) de la régularité et du contentieux (facultatif) de la culpabilité.

¹⁶²⁰ Voir *supra*, n° 367.

615. La mise en état des affaires pénales et le juge des libertés et de la détention.

Cette recherche d'un modèle pénaliste de mise en état a déjà fait l'objet de propositions intéressantes de la doctrine. Jean Danet et Gildas Roussel constataient ainsi, dans le cadre des consultations réalisées par la Commission présidée par Jacques Beaume, que le juge des libertés et de la détention possède toutes les qualités d'un juge de la mise en état. Aussi, selon ces auteurs, il serait « tout à fait logique de concevoir, à terme, une enquête contradictoire au cours de laquelle ce juge sera compétent pour connaître des demandes et contestations du suspect lors de la mise en œuvre de la suspicion »¹⁶²¹. En plus de ses prérogatives actuelles, il pourrait être reconnu au juge des libertés et de la détention le pouvoir de « fixer un calendrier de procédure et des dates butoirs pour les investigations afin de mettre l'affaire en état d'être jugée dans un délai raisonnable », il pourrait « connaître des discussions relatives à la qualification des faits et à l'application d'un régime spécifique d'enquête » et « par ordonnance juridictionnelle enjoindre au parquet de communiquer à la défense les pièces dont il dispose afin de respecter le contradictoire et ordonner à la demande de la défense certains actes d'investigation »¹⁶²². En somme, afin de rééquilibrer les pouvoirs, le juge des libertés deviendrait, pour ces auteurs, le gestionnaire de la procédure.

Le modèle décrit par ces auteurs est séduisant à plus d'un titre. Il autorise ainsi une personne mise en cause à demander des actes au juge et s'efforce de concentrer le contentieux de l'annulation dans la phase antérieure de la procédure. En permettant à la personne suspectée de saisir le juge d'une demande d'acte ou d'une demande d'annulation, il rationalise l'examen de la légalité de ces investigations. Celui-ci serait effectué avant le renvoi en jugement. Toutefois, la juridiction du juge des libertés demeurerait essentiellement une juridiction contentieuse – et par conséquent facultative –, tant dans sa dimension préparatoire que dans sa dimension préliminaire. Quant au préparatoire, les investigations resteraient diligentées à la demande des plaideurs, donc par un parquet à court de coercition ou par la personne soupçonnée informée de l'enquête diligentée à son encontre. Les auteurs considèrent en effet que doit être réservée au juge des libertés la fonction de contrôler les actes les plus attentatoires à la liberté individuelle : « [s]'il peut être qualifié de juge de l'enquête, il ne doit pas ressusciter le juge d'instruction au stade policier

¹⁶²¹ J. DANET et G. ROUSSEL, « 'Pour de nouvelles règles introduisant la contradiction en phase d'enquête'. Propositions de réponses pour la Commission présidée par Monsieur le Procureur général Jacques Beaume visant à adapter l'architecture de l'enquête pénale pour renforcer les droits de la défense en garantissant l'efficacité des investigations », Annexe 19 in J. BEAUME, *Annexes. Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 12.

¹⁶²² *Ibid.*

en se voyant confier des prérogatives d'ordonner des investigations. Cette dernière tâche doit revenir au parquet »¹⁶²³. Quant au préliminaire, l'annulation d'un acte de la procédure demeurerait également subordonnée à une demande de la personne soupçonnée.

Pourtant, il nous semble que le juge de la mise en état des affaires pénales doit, comme son homologue civil, disposer de pouvoirs d'initiative en matière probatoire afin de pallier l'éventuelle faiblesse de la défense. En outre, il nous paraît nécessaire que figure, parmi les charges processuelles du juge, l'obligation de soulever d'office les nullités au moins lorsque celles-ci sont d'ordre public.

616. La mise en état des affaires pénales et le président du tribunal correctionnel.

La loi du 27 mai 2014 s'inscrit dans cette perspective, en esquissant un début de mise en état avant l'audience devant le tribunal correctionnel, en cas de saisine du tribunal par le biais d'une convocation par officier de police judiciaire ou par citation¹⁶²⁴. L'article 388-5 du code de procédure pénale, qui prévoit que les parties peuvent demander au tribunal, avant toute défense au fond ou à tout moment au cours des débats, qu'il soit procédé à tout acte nécessaire à la manifestation de la vérité, autorise celles-ci à s'adresser au président avant le début de l'audience. Ce dernier peut ainsi, après avis du procureur de la République, ordonner l'exécution des actes demandés sans attendre l'audience selon les règles applicables à l'enquête préliminaire.

Ce dispositif, qui vise à juger plus rapidement certaines affaires en évitant un report lorsque le supplément d'investigation est demandé à l'audience, constitue une amélioration. Cependant, l'intervention du juge avant l'audience demeure subordonnée à la demande des parties. En outre, la garantie offerte sera tributaire du délai d'audiencement car le texte pose comme condition à la décision du président, non seulement que la demande soit justifiée, mais aussi que l'exécution des actes soit possible « avant la date de l'audience »¹⁶²⁵.

¹⁶²³ *Ibid.*, p. 10.

¹⁶²⁴ Le dispositif prévu est exclu en cas de comparution immédiate ou en cas de saisine du tribunal par comparution par procès-verbal. L'article 394 du code de procédure pénale permettait toutefois d'ores et déjà au tribunal correctionnel, saisi dans le cadre d'une comparution immédiate, d'ordonner un supplément d'information confié à l'un de ses membres, à l'un des juges d'instruction du tribunal, ou encore un renvoi à l'instruction à la diligence du procureur de la République. Cette possibilité est désormais étendue à la comparution par procès-verbal.

¹⁶²⁵ En ce sens, P. GAGNOUD, « Le renforcement du contradictoire dans la phase des poursuites : vers une mise en état des affaires pénales ? », *Gaz. Pal.* 2014, n° 214, p. 10 et s., spéc. n° 18. Voir également, pour une critique du dispositif, R. OLLARD, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? - A propos de la loi du 27 mai 2014 », art. préc., n° 25 : « Si, d'une manière générale, l'on peut se réjouir d'une telle introduction du contradictoire, il ne s'agit là, au fond, que de palliatifs au défaut de caractère juridictionnel et contradictoire de l'enquête policière. Sans doute peut-on comprendre que dans les procédures de jugements rapides, lorsque les éléments sont accablants, les demandes d'actes soient directement sollicitées auprès de la

617. L'étude des juridictions préparatoire et préliminaire civiles recèle ainsi de très riches enseignements pour la construction d'un modèle d'avant-procès pénal. Il nous faut toutefois prolonger l'analyse car l'avant-procès pénal peut désormais constituer la seule phase du processus répressif.

B. Le modèle civiliste de juridiction définitive gracieuse et monitoire

618. Le procès civil offre au pénaliste deux modèles de protection juridictionnelle particulière : d'une part, une protection juridictionnelle, la juridiction gracieuse, en cas d'éviction du contentieux (1), d'autre part, une protection juridictionnelle, la juridiction monitoire, en cas d'inversion du contentieux (2).

1. La juridiction gracieuse : la protection juridictionnelle dans l'éviction du contentieux

619. *L'office du juge civil en matière gracieuse.* On sait que le juge civil, en principe amené à trancher les contestations qui s'élèvent entre les individus, est également appelé à exercer son contrôle sur certaines opérations juridiques souhaitées par les particuliers. En matière gracieuse, il est aujourd'hui couramment admis que le juge exerce, au travers de cette tutelle des intérêts privés, une véritable juridiction¹⁶²⁶. L'article 25 du code de

juridiction de jugement. En revanche, le report du contradictoire au stade judiciaire devient contestable lorsque l'enquête dure dans le temps alors même que, à défaut d'instruction, aucune demande d'actes ne peut être formulée par la défense ».

¹⁶²⁶ En ce sens, HEBRAUD (P.), « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil », art. préc., p. 334 : « Les différences entre la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse, qui sont de degré plus que de nature, recouvrent une unité substantielle : il s'agit toujours de protéger les intérêts privés en les plaçant sous la tutelle du droit » ; BRUILLARD (G.), « L'évolution de la notion de juridiction dite 'gracieuse' ou 'volontaire' et de celle de juridiction d'après les récents travaux de la doctrine italienne », *RIDC* 1957, p. 5 et s., qui conclut, *in fine*, que « le concept général de juridiction devrait être renouvelé » et qu'il « y aurait juridiction là où l'on rencontrerait une tutelle d'intérêts légitimes exercés au moyen de l'intervention d'un agent impartial, étranger à cet intérêt » ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 2048, p. 1327 ; L. CADDIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 99, p. 87. Dans le même sens, voir MOTULSKY (H.), « Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé », *Tr. Com. fr dip* 1948- 1952, p. 13 et s., reproduit in MOTULSKY (H.), *Ecrits, études et notes de droit international privé*, Dalloz, Paris, 1978, p. 23 et s., spéc. p. 27 : « Car ce n'est pas tout dire que, dans le fond, l'activité n'est pas juridictionnelle, mais administrative, ou de poser en principe que ces fonctions 'auraient pu' être confiées à des organes administratifs : le fait est que ce n'est pas le cas ; et le plus souvent, c'est précisément au magistrat, en raison de sa qualité de magistrat, autrement dit à l'organe judiciaire et juridictionnel comme tel, que le législateur s'adresse pour faire accomplir les actes de protection et de contrôle nécessités par le commerce juridique des particuliers (...). J'en conclus que si effectivement l'activité est différente de celle qui consiste à 'dire le droit' dans un litige, elle n'en conserve pas moins une nature juridictionnelle en ce sens que l'on trouve en face des autorités judiciaires investies de la mission de mettre en oeuvre (avec peut-être plus de pouvoir quand même) des dispositions de droit privé » ; HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 315 et s., p. 250 et s. : « L'examen de l'acte est confié au juge parce qu'il est tiers, étranger aux intérêts en cause, et que la loi veut qu'il agisse en juge. Autrement dit, la matière gracieuse n'a de sens que si l'on reconnaît au jugement gracieux

procédure civile définit ainsi la matière gracieuse comme la matière sur laquelle le juge statue « lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle »¹⁶²⁷. Deux conditions sont donc nécessaires en procédure civile pour que la matière soit qualifiée de gracieuse. D'une part, une condition négative, l'absence de litige, qui implique que l'intervention du juge se situe en dehors de toute contestation née et actuelle mais non que tout litige ultérieur soit absolument impossible. D'autre part, une condition positive, l'exigence légale d'un contrôle du juge, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant. Cette nécessité d'un contrôle juridictionnel doit procéder de la loi au sens matériel – ce qui inclut notamment la Constitution ou la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme –, et il est nécessaire que la volonté privée soit insuffisante à produire tous ses effets sans un tel contrôle. On a d'ailleurs fait remarquer

la qualification d'acte juridictionnel » ; I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 42 et s. et p. 233 et s., spéc. n° 25-31, pp. 56-60 ; L. AMIEL-COSME, « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices* 1997, n° 5, p. 135 et s. *Contra*, Planiol, note sous Cass. crim., 29 déc. 1906, *D.* 1906, 1, 337-339, pour qui la juridiction contentieuse est, à proprement parler, « la seule qui mérite le nom de 'juridiction', et, si l'on parle de 'juridiction gracieuse', c'est que l'autorité judiciaire, qui possède le pouvoir de juger, a reçu en même temps d'autres attributions de nature toute différente, auxquelles on a donné, par une extension injustifiée, le nom de 'juridiction', parce qu'elles appartiennent à des juges : mais tout le monde sent bien que ce n'est pas son pouvoir de juger que le juge exerce en les faisant » ; M. BANDRAC, « De l'acte juridictionnel et des actes du juge qui ne le sont pas » in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai, op. cit.*, p. 171 et s., spéc. pp. 173-174 : « Le droit, d'abord, n'est pas l'instrument nécessaire de l'acte juridictionnel, et, plus généralement, son rôle, en tant qu'instrument de la régulation sociale, est aujourd'hui mis en doute. L'acte de juridiction, ensuite, n'est pas l'exercice d'une protection tutélaire. Le litige ne réduit pas les justiciables à un état de minorité, et la juridiction contentieuse ne doit pas être assimilée au contrôle du bon exercice d'une semi-liberté. Enfin, l'unité ainsi comprise conduirait à reconnaître un caractère juridictionnel aux actes des officiers de l'état civil et, plus généralement à ceux de n'importe quel officier public, idée que personne ne défend ». Aussi, selon l'auteur, « [l]a ressemblance, au contraire, retient l'attention entre certains des actes individuels de l'administration et certaines des décisions gracieuses du juge judiciaire » ; D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, op. cit.*, pp. 291-294, qui relève que le législateur parle de matière gracieuse, non de juridiction gracieuse, et qu'à la différence de la *jurisdictio*, « où le juge dit le droit pour trancher un litige » et où « il applique la règle de droit qu'il a choisie comme adéquate aux faits de l'espèce », en matière gracieuse, le juge « se contente d'apprécier la légalité d'une mesure ou plus souvent une opportunité ». Ainsi, « il n'édifie pas un raisonnement juridique qui le conduit à un jugement mais apprécie une situation qui lui est soumise par les intéressés, parce que la loi les y oblige ». En conséquence, « en matière gracieuse, le juge ne remplit pas sa fonction de juge au sens strict du terme ». Voir également, M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge » in *Jean Foyer, auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit. Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 463 et s., spéc. n° 7, p. 467, pour qui « le lien entre litige et juridictionnel est si fondamental que l'on peut douter avec Jean Foyer du bien-fondé de la qualification de 'juridiction gracieuse' » ; G. WIEDERKEHR, « L'évolution de la justice gracieuse » in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai, op. cit.*, p. 483 et s., spéc. pp. 486 et 489, qui parle de « juridictionnalisation des décisions gracieuses » ; G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile, op. cit.*, n° 216, p. 230 ; R. MARTIN, *Théorie générale du procès (Droit processuel), op. cit.*, pp. 54-56.

¹⁶²⁷ Sur l'évolution de la notion de juridiction gracieuse, voir FOYER (J.), « La juridiction gracieuse après le code de procédure civile et jusqu'à la loi du 15 juillet 1944 » in *Études d'Histoire du Droit à l'Époque contemporaine, XIX^{ème}-XX^{ème} siècles*, Journées internationales de la Société d'histoire du droit, Poitiers-La Rochelle, 1983, Publication de la Faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, tome 13, 1985, p. 223 et s., spéc. 233, qui relève que les auteurs du nouveau code de procédure civile « ont repris à peu près mot pour mot les formules de M. Hébraud (...) ».

que l'intervention judiciaire en l'absence de litige est instituée parfois en vue de protéger la partie requérante, mais « bien plus souvent dans un esprit de méfiance à l'encontre de cette dernière, notamment dans les hypothèses où l'absence de litige rend suspectes ses intentions, par exemple en cas d'accord entre plusieurs requérants. Le contrôle du juge s'exerce alors dans l'intérêt de l'ordre public, mais également dans l'intérêt plus spécialement menacé des tiers »¹⁶²⁸. Le juge doit ainsi apprécier à la fois la légitimité et l'opportunité de la mesure sollicitée de lui, « que la mesure sollicitée est utile aux requérants, conforme à leurs intérêts et non contraire aux intérêts des tiers et de l'ordre public »¹⁶²⁹. Aussi, pour exercer cette mission, peut-il procéder, « même d'office, à toutes les investigations utiles » et « entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision » (art. 27 CPC). Il peut « fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'ont pas été allégués » (art. 26 CPC).

Il s'agit donc d'une procédure dans laquelle les pouvoirs du juge sont élargis. La contradiction ne peut exister entre les parties et le caractère de l'office du juge est inquisitorial. Sa saisine, à l'encontre du principe dispositif, englobe tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, et non pas seulement les faits allégués par les parties. Il peut procéder à des vérifications personnelles sans que les parties soient présentes, à l'encontre du principe du contradictoire, et n'a pas à en dresser procès-verbal. Il peut entendre sans formalités toutes les personnes susceptibles de l'éclairer. Il peut, enfin, se prononcer sans débat (art. 28 CPC), et l'audience n'est pas publique, ni le prononcé de la décision, sauf cas exceptionnels¹⁶³⁰. Toutefois, le ministère public doit avoir communication de toutes les affaires gracieuses (art. 798 CPC) pour pouvoir donner son avis. Comme le note un auteur, « l'effacement de la forme accroît forcément le pouvoir du juge, et le risque de son arbitraire. En matière contentieuse, la procédure nouvelle a étendu l'office du juge aux limites de l'acceptable ; en matière gracieuse, elle l'a distendu au-delà de toute limite. On peut se féliciter de cette évolution si l'on considère que le juge est la providence des justiciables, on peut la regretter si l'on aperçoit en lui la faiblesse humaine toujours encline à abuser du pouvoir qui lui est octroyé »¹⁶³¹.

¹⁶²⁸ M. BANDRAC, « Indications sommaires sur les principales modifications introduites dans les règles antérieures par le décret du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile », *JCP* 1976, I, 2799, n° 48.

¹⁶²⁹ J.-L. BERGEL, « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, chron. 28, p. 155.

¹⁶³⁰ Art. 451 CPC.

¹⁶³¹ R. MARTIN, « Matière gracieuse et ordonnances sur requête unilatérale », *JCP* 1976, I, 2787, n° 8.

620. *Les enseignements pour la construction de la mise en état des affaires pénales.*

La juridiction gracieuse du juge civil offre ainsi au pénaliste un modèle, alors que le procès pénal contemporain s'efforce d'évacuer la forme obligatoirement contentieuse de la réalisation du droit de punir. En effet, l'émergence, en droit français, de modes de sanction qui ne reposent plus sur le contentieux pourrait faire naître l'idée que le juge pénal exerce désormais un office gracieux¹⁶³². Pourtant, l'office du juge pénal français n'a jamais été véritablement construit sur une telle dichotomie, mais plutôt sur une compénétration du gracieux dans le contentieux¹⁶³³. On l'a vu, le procès pénal français – et même anglais, si l'on envisage la phase de détermination de la peine qui répond toujours au modèle du contentieux obligatoire – n'est que formellement contentieux, la forme contentieuse, qui résulte de l'institution d'un contradicteur en la personne du représentant du ministère public, permettant de consacrer une forme juridictionnelle garantissant le respect des droits de la défense, du contradictoire et l'impartialité du juge. Mais, au sein de cette forme contentieuse, la dimension gracieuse de l'office du juge n'est pas absente : le juge dispose toujours de pouvoirs d'investigation lui permettant de dépasser les seules informations résultant du débat contradictoire. En d'autres termes, l'inquisitoire s'ajoute au contradictoire.

Pour autant, la distinction toute civiliste de l'office contentieux et de l'office gracieux du juge n'est pas sans intérêt pour percevoir la réduction des pouvoirs du juge chargé de valider ou d'homologuer une transaction pénale policière, une composition pénale ou une proposition de peine réalisée dans le cadre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. La composition pénale, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et la nouvelle transaction pénale issue de la loi du 15 août 2014 semblent bien remplir les critères utilisés pour identifier la matière gracieuse. Il y a bien absence de litige né et actuel, et la loi – avant elle la Constitution en raison de la décision *Injonction pénale* du Conseil constitutionnel du 2 février 1995 – impose un contrôle du juge. Ce

¹⁶³² En ce sens, Y. CAPDEPON, « Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? », art. préc., n° 10 : « Ce déplacement de l'objet du procès s'effectue par le biais d'une disparition du litige sur la culpabilité et l'avènement de procédures pénales gracieuses, dont la composition pénale ou la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité sont des exemples types. Ici, le juge n'est pas saisi d'un conflit relatif à la culpabilité ou à la peine, il est saisi à titre gracieux d'une demande de validation ou d'homologation d'une procédure dans laquelle l'individu a reconnu sa culpabilité et accepté la peine qui lui a été proposée ». Voir également, A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 49, Paris, 2010, n° 299, pp. 168-169.

¹⁶³³ Sur cette compénétration, voir HEBRAUD (P.), « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil », art. préc., pp. 336-337, qui relevait que l'existence ou l'absence de contestation ne peuvent pas toujours être affirmées d'une manière absolue et certaine et que « la seule création d'un contentieux artificiel, notamment avec le ministère public, ne suffit pas, en principe, à faire perdre à l'affaire son caractère gracieux ».

contrôle se justifie tant par la nature de l'affaire – si l'auteur des faits peut renoncer à se prévaloir de la présomption d'innocence, une renonciation légère de celle-ci troublerait manifestement l'ordre public – que par la qualité du demandeur – le ministère étant partie et dirigeant la police judiciaire, il se situe à une position supérieure qui risque de léser les intérêts tant de l'auteur des faits que des tiers. Or, les procédures de transaction pénale, de composition pénale ou de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité présentent de profonds antagonismes avec la procédure gracieuse suivie en procédure civile. Alors que, on l'a vu, la procédure civile confère au juge des pouvoirs inquisitoriaux lui permettant d'exercer efficacement sa mission de tuteur des intérêts en cause, le législateur a, en matière pénale, voulu à l'inverse réduire au maximum les pouvoirs du juge : l'absence de contradictoire ne se voit pas compensée par un office véritablement inquisitoire du juge. Ainsi, en matière d'ordonnance pénale, le juge statue sans débat, sur la seule base du dossier de procédure transmis par le parquet¹⁶³⁴. En matière de transaction pénale¹⁶³⁵ et de composition pénale¹⁶³⁶, l'audition des parties n'est jamais obligatoire. En matière de CRPC, la présence du procureur n'est pas requise¹⁶³⁷. Or, le juge saisi d'une demande de validation de la proposition de composition pénale ou d'homologation de la proposition de peine dans le cas de la transaction pénale ou de la CRPC ne peut effectuer aucun acte d'instruction définitive, et il ne peut que valider ou refuser de valider celle-ci. Il ne peut en aucun cas la modifier. Comme le relève Yannick Capdepon, si le juge semble conserver le pouvoir de contrôler la « régularité formelle de la procédure » dans le cadre de l'ordonnance pénale, il demeure incertain dans le cadre de la composition pénale ou de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : « [s]i légalement ces dernières supposent toutes deux un contrôle de légalité, rien n'est précisé sur son étendue.

¹⁶³⁴ Art. 495-1, al. 2 et 3, CPP : « Le président statue sans débat préalable (...) » et « [s]'il estime qu'un débat contradictoire est utile ou qu'une peine d'emprisonnement devrait être prononcée », il ne peut que renvoyer le dossier au ministère public.

¹⁶³⁵ Art. 41-1-1 I°, dernier al., CPP : « La transaction autorisée par le procureur de la République, proposée par l'officier de police judiciaire et acceptée par l'auteur de l'infraction est homologuée par le président du tribunal de grande instance ou par un juge par lui désigné, après avoir entendu, s'il y a lieu, l'auteur de l'infraction assisté, le cas échéant, par son avocat ».

¹⁶³⁶ Art. 41-2, al. 6, CPP : « Lorsque l'auteur des faits donne son accord aux mesures proposées, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal aux fins de validation de la composition. Le procureur de la République informe de cette saisine l'auteur des faits et, le cas échéant, la victime. Le président du tribunal peut procéder à l'audition de l'auteur des faits et de la victime, assistés, le cas échéant, de leur avocat. Si ce magistrat rend une ordonnance validant la composition, les mesures décidées sont mises à exécution. Dans le cas contraire, la proposition devient caduque. La décision du président du tribunal, qui est notifiée à l'auteur des faits et, le cas échéant, à la victime, n'est pas susceptible de recours ». Nous soulignons.

¹⁶³⁷ Art. 495-9, al. 2, *in fine*, CPP : « (...) la présence du procureur de la République à cette audience n'est pas obligatoire ».

Est-il limité à la légalité de la procédure spécifique elle-même ou bien peut-il être étendu à la légalité des actes antérieurs à celle-ci ? »¹⁶³⁸.

Ainsi, alors que le législateur civil a construit la procédure gracieuse dans un sens inquisitorial permettant au juge d'exercer pleinement sa mission de contrôle, le législateur pénal a au contraire construit la procédure de validation ou d'homologation dans un sens très défavorable au contrôle du juge. Ce dernier est lié par les termes de la demande du procureur de la République et ne peut fonder sa décision sur des faits qui lui seraient étrangers. La loi ne lui octroie pas la possibilité d'entendre toutes les personnes susceptibles de l'éclairer. Aussi, n'est-il pas excessif de conclure qu'en matière pénale, la procédure apparaît en complète inadéquation avec la mission de contrôle que l'on attend traditionnellement d'un juge intervenant en matière gracieuse.

621. L'étude de la procédure gracieuse civile se révèle là encore fructueuse. Elle montre que l'unité substantielle revendiquée en procédure civile entre les diverses manifestations de l'office du juge se trouve brisée en procédure pénale. Alors que, dans la première, l'absence de litige impose un renforcement des pouvoirs du juge, dans la seconde, l'absence de litige conduit à une diminution des pouvoirs du juge. Cette unité substantielle de la juridiction civile en cas d'éviction du contentieux est encore confirmée en cas d'inversion du contentieux.

2. L'injonction de payer : la protection juridictionnelle monitoire dans l'inversion du contentieux

622. Notion de protection juridictionnelle monitoire. La procédure de l'injonction de payer offre un modèle de ce que Cécile Chainais a appelé la « protection juridictionnelle monitoire ». Le monitoire désigne en effet le procédé visant à forcer une personne à sortir de sa réserve qui était utilisé par le lieutenant criminel pour obliger tous ceux qui avaient connaissance d'un crime ou de quelque autre fait dont on cherchait l'éclaircissement à révéler ce qu'ils savaient. Or, « [l]a technique de l'injonction de payer est *monitoire* car elle s'inspire de cette pratique : elle vise, en rendant une décision en faveur du créancier, à

¹⁶³⁸ Y. CAPDEPON, « Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? », art. préc., n° 8. Selon l'auteur, « [m]ême si les textes n'évoquent pas cette question, il convient de considérer qu'il est du rôle du juge de vérifier la régularité de toute la procédure. D'ailleurs, si la personne poursuivie la relève durant l'homologation, le juge devra considérer que celle-ci ne consent plus à admettre sa culpabilité. S'il la relève lui-même, il devra refuser la validation ou l'homologation afin que l'affaire soit classiquement jugée. Il serait en effet contestable que ces nouvelles procédures constituent une sorte de purge des nullités de la phase d'enquête ».

forcer l'autre partie, par inversion du contentieux, à se découvrir, à se reconnaître débiteur »¹⁶³⁹.

La procédure d'injonction de payer, qui peut être utilisée en vue du recouvrement de toute créance civile dès lors que celle-ci est d'un montant déterminé, permet à un créancier d'obtenir une injonction du juge en adressant une requête au greffe de la juridiction du domicile de son débiteur précisant le montant de la somme réclamée ainsi que le fondement de la créance invoquée et accompagnée de tous documents justificatifs. Si le juge refuse de procéder à l'injonction, le demandeur ne dispose d'aucun recours contre ce refus et le créancier devra procéder selon le droit commun (art. 1409, al. 2, CPC). Si le juge rend l'ordonnance, une copie de celle-ci, ainsi que la requête elle-même, sont signifiées au débiteur à l'initiative du créancier. Le créancier pourra demander que cette ordonnance soit revêtue de la formule exécutoire dans le mois qui suit l'expiration du délai d'opposition, et, une fois rendue exécutoire, l'ordonnance produit les effets d'un jugement contradictoire (art. 1422 et 1423 CPC). Le débiteur peut toutefois s'opposer à l'ordonnance dans le mois qui suit la signification (art. 1412 CPC). Le jugement rendu sur cette opposition se substitue à l'ordonnance portant injonction de payer (art. 1420 CPC).

La doctrine insiste sur ce que l'absence de toute contradiction soulève avec acuité la question du déploiement de l'office du juge : la sauvegarde des droits du défendeur repose en effet tout entière sur le juge¹⁶⁴⁰. Cécile Chainais relève ainsi que « [l]e seul fait que la décision virtuelle puisse devenir une décision réelle impose au juge de faire office juridictionnel », envisageant notamment la question de la possibilité pour le juge du monitoire de relever d'office des moyens de droit¹⁶⁴¹. Elle s'interroge : « [n]e suffit-il pas que le relevé d'office des moyens de droit intervienne durant l'instance ordinaire qui succéderait à l'instance monitoire ? Ne peut-on compter que sur l'opposition pour permettre le plein déploiement de la protection juridictionnelle ? Dans ce cas, on pourrait, dans un souci d'économie processuelle, alléger l'office du juge du monitoire, en comptant

¹⁶³⁹ C. CHAINAIS, « L'injonction de payer française, modèle d'une protection juridictionnelle monitoire », art. préc., *loc. cit.*, n° 4, p. 623.

¹⁶⁴⁰ HEBRAUD (P.), « Le recouvrement des petites créances commerciales (décrets-lois des 25 août 1937 et 14 juin 1938), art. préc., n° 15 : « (...) l'absence de toute contradiction par le défendeur fait reposer sur le juge seul la sauvegarde de ses droits ». Voir également, C. CHAINAIS et G. TAPIE, « L'injonction de payer : maniement et remaniements », *D.* 2009, p. 860 et s., qui relèvent qu'il est fondamental que les juges veillent « à ce que l'injonction de payer ne devienne pas un moyen pour le créancier de contourner la règle de droit, spécialement dans des domaines où le débiteur, ignorant des règles d'ordre public qui le protègent, n'est pas enclin à contester l'ordonnance d'injonction de payer. Le juge demeure donc le garant nécessaire de la qualité de la décision rendue ».

¹⁶⁴¹ C. CHAINAIS, « L'injonction de payer française, modèle d'une protection juridictionnelle monitoire », art. préc., *loc. cit.*, n° 43, p. 641.

sur le plein exercice de cet office par un juge de l'instance ordinaire née de l'opposition, ultérieurement. L'existence d'un office juridictionnel *a posteriori* dispenserait d'exercer cet office *a priori* »¹⁶⁴². L'auteur fait toutefois remarquer que, si l'idée peut sembler séduisante, une telle proposition procéderait d'une vision incomplète de l'efficacité de l'injonction de payer, car ce serait oublier que, lorsqu'il rejette des requêtes en invoquant des moyens de droit, le juge du monitoire tarit à leur source des contentieux qui pourraient inutilement engorger les juridictions ordinaires par la suite¹⁶⁴³.

L'auteur ajoute au contre-argument d'économie processuelle un argument d'ordre juridique et sociologique : en théorie, l'accès au juge est garanti au débiteur. Si celui-ci respecte le délai qui lui est imparti, il peut toujours former opposition contre l'ordonnance rendue contre lui lorsqu'elle lui a été signifiée, et accéder ainsi à un examen juridictionnel approfondi, par le juge du fond, dans le cadre de l'instance ordinaire. Il en va différemment en pratique et c'est bien l'accès effectif au juge qui pose difficulté¹⁶⁴⁴.

¹⁶⁴² *Ibid.*, n° 49, p. 645.

¹⁶⁴³ *Ibid.*, n° 50, p. 645. Dans le même sens, voir E. GUINCHARD, « Commentaire sur la proposition de règlement instituant une injonction de payer européenne », *LPA* 2006, n° 98, p. 4 et s., spéc. n° 39, qui considère que « l'existence d'un contrôle sommaire préalable ne nuit pas à l'efficacité. Bien au contraire, elle évite les demandes infondées et la perte de temps, et donc d'efficacité, corrélative » ; du même auteur, « L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges », *RTD com.* 2008, p. 465 et s., spéc. n° 24 : « La protection des droits de la défense à travers un véritable contrôle préalable de l'apparence de créance, c'est-à-dire ne reposant pas sur les seules allégations du demandeur, n'est pas un obstacle à l'efficacité de [l'injonction de payer européenne], elle en est une condition : elle évite des débats ultérieurs sur la réalité ou non de faux renseignements par le demandeur. Il en va de même en matière de notifications » ; *Contra*, X. LAGARDE, « Réformer l'injonction de payer - Défense d'une proposition », *JCP G* 2008, I, 165, spéc. n° 6, qui soutient la proposition de la Commission Guinchard de transfert partiel des injonctions de payer aux greffiers en chef, même si la transmission des injonctions de payer aux greffes aurait pour effet d'anéantir le pouvoir du juge de relever d'office les moyens de droit, et spécialement ceux qui profitent au débiteur. Pour l'auteur, « le relevé d'office des moyens de droit est une manifestation des pouvoirs que le juge tient de l'article 12 du code de procédure civile. Il est une application possible du principe énoncé par l'alinéa premier de ce texte selon lequel 'le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables'. De la lecture de ce texte, il résulte ainsi que les règles relatives au relevé d'office ont en conséquence le litige pour champ d'application exclusif. Cette solution est au demeurant parfaitement conforme à l'esprit de la procédure civile et aux exigences du principe dispositif. De fait, lorsqu'il existe un litige, le relevé d'office d'un moyen entraîne un simple aménagement du débat, dont les principaux termes ont été définis par les parties. En revanche, lorsqu'il n'y a pas de litige, l'introduction d'un moyen de droit au profit de la partie taisante revient à créer un différend là où il n'y en avait pas. L'intervention du juge ne contribue plus au règlement d'un litige, elle a pour effet de le créer. Et là n'est pas l'office du juge civil. Précisément, la procédure d'injonction de payer repose sur le pari que le débiteur ne conteste pas le titre du créancier et qu'il y a simplement lieu de vaincre son inertie. On présume que le recouvrement de la créance ne justifie pas l'exercice d'une activité juridictionnelle mais qu'il pose exclusivement un problème d'exécution. Et c'est la vraisemblance de cette présomption que l'on teste en signifiant l'ordonnance au débiteur et en lui laissant le temps d'éventuellement s'opposer. Ce qui veut bien dire qu'avant cette phase de test, l'absence de litige est présumée. Et il ne revient en conséquence pas au juge saisi de la demande aux fins d'obtention de l'injonction de relever d'office les moyens de droit susceptibles de profiter au débiteur. Pas de litige, pas de relevé d'office ».

¹⁶⁴⁴ C. CHAINAIS, « L'injonction de payer française, modèle d'une protection juridictionnelle monitoire », art. préc., n° 51, p. 646. Dans le même sens, voir J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 7^{ème} éd., 2006, n° 521, qui relèvent que la procédure d'injonction de payer est « souvent utilisée par des professionnels contre des consommateurs, notamment les établissements de crédit

623. Application des enseignements civilistes à la procédure pénale. *Mutatis mutandis*, les arguments développés par la doctrine processuelle civiliste sont susceptibles d'être mobilisés à l'encontre de la procédure de l'amende forfaitaire et de l'ordonnance pénale, contraventionnelle comme délictuelle. L'absence de contradictoire oblige corrélativement à un renforcement de l'inquisitoire, et l'office du juge doit suppléer les carences en résultant afin que la technique de l'inversion juridictionnelle du contentieux – utilisée dans la procédure de l'ordonnance pénale – ne puisse être utilisée par le ministère public pour contourner la règle de droit répressif, procédurale ou substantielle. Il apparaît dès lors nécessaire que le juge puisse relever d'office les éventuelles nullités qui entacheraient les actes de la procédure. Une possibilité reconnue au juge ne méconnaîtrait nullement les exigences d'efficacité qui sous-tendent la technique de l'inversion du contentieux. Au contraire, comme le relèvent les processualistes à propos de l'injonction de payer, cette possibilité viendrait tarir à leur source des contentieux qui pourraient inutilement engorger les juridictions de police ou correctionnelles par la suite. En toute hypothèse, l'absence d'une intervention nécessaire du juge, pour que soit édicté le titre exécutoire, dans la procédure de l'amende forfaitaire, n'est pas sans soulever de très fortes craintes.

Quant à l'accès effectif au juge, il est évident que les frais éventuellement engagés pour contester l'amende forfaitaire ou l'ordonnance pénale, combinés à la fois à la peine minimale devant être prononcée dans le cadre de l'amende forfaitaire et au faible montant de cette amende au regard des frais devant être engagés en cas d'élévation du contentieux, constituent autant de freins à l'effectivité de l'accès au juge. C'est peut-être l'un des paradoxes du recours à l'inversion du contentieux, notamment dans le cadre de l'amende forfaitaire : la faiblesse de l'amende pouvant être prononcée rend relativement illusoire l'engagement de frais importants pour la contester.

624. Conclusion. Remonter à la source des inspirations de la procédure pénale française contemporaine nous a permis de confirmer notre impression de départ : que la procédure civile recèle de nombreux procédés qui permettraient de réinscrire les fonctions du ministère dans la juridictionnalisation. L'analogie opérée en procédure pénale demeure en effet bien fragmentaire et consiste trop souvent en une imitation au rabais des modèles

contre des emprunteurs. Elle n'est pas sans danger pour les consommateurs : celui contre qui une ordonnance est rendue n'ose généralement pas former opposition, dans la crainte d'exposer des frais supplémentaires, ou tout simplement laisse passer le délai d'un mois pour faire opposition. Des consommateurs sont ainsi privés, non en droit, mais en fait, de la possibilité de se défendre, et même de la possibilité de demander un délai de grâce ».

civilistes de juridiction préparatoire, provisoire, gracieuse ou monitoire. En matière pénale, le législateur semble procéder par ellipse, oubliant que le pluralisme des modèles civilistes de juridiction demeure toujours ordonné derrière l'idée que « la justice en tant que valeur n'est jamais absente du prétoire » et qu'il « appartient au juge d'en assurer la victoire »¹⁶⁴⁵ ; que les ruptures formelles avec le modèle de la juridiction contentieuse doivent s'accompagner d'une garantie substantielle : l'office du juge.

§ 2nd *APPLIQUER LES ENSEIGNEMENTS POUR CONSTRUIRE UN AUTRE PROCES PENAL*

625. Partant des enseignements que nous avons tirés de l'étude de la procédure civile, il nous semble possible de proposer un autre *iter processualis* où le contrôle de l'enquête par le juge ne serait pas, *in fine*, seulement subordonné à un besoin de coercition du procureur et apparaîtrait comme participant nécessairement du processus répressif.

Aussi, pourrions-nous distinguer une juridiction préparatoire qui demeurerait, comme l'est aujourd'hui l'intervention du juge des libertés (A), construite sur une progressivité, et une juridiction préliminaire construite sur un contentieux obligatoire (B).

A. La juridiction préparatoire : un contentieux progressif

626. S'il éprouve le besoin de recourir à davantage de coercition ou s'il estime que des mesures provisoires sont nécessaires pour s'assurer de la personne qu'il soupçonne, le parquet aurait la possibilité de s'adresser au juge. En retour, afin de garantir la qualité du contrôle du juge, la personne objet des investigations aurait la possibilité d'élever le contentieux dès le stade préparatoire.

Ainsi, si les pouvoirs d'enquête juridictionnalisés ne nécessitent pas d'être fondamentalement modifiés (1), ce sont les modalités de la juridictionnalisation de la phase préparatoire qui pourraient être améliorées (2).

¹⁶⁴⁵ MOTULSKY (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, p. 235 et s., repris in MOTULSKY (H.), *Ecrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, n° 22, p. 118.

1. Des pouvoirs d'enquête juridictionnalisés sensiblement identiques

627. L'enquête pourrait débiter comme aujourd'hui en flagrance ou en préliminaire. Des pouvoirs similaires à ceux reconnus par le droit positif à la police dans chacun de ces cadres respectifs pourraient être attribués.

En enquête préliminaire, les actes coercitifs qui sont possibles en flagrance (les perquisitions et saisies) devraient être autorisés par le juge.

En flagrance, seuls les actes les plus attentatoires aux droits et libertés devraient être autorisés par le juge : les écoutes téléphoniques, les géolocalisations, les visites de véhicules. Il pourrait toutefois être envisagé que le prolongement de la flagrance soit autorisé par le juge plutôt que par le procureur, comme c'est le cas actuellement.

628. Demeure certainement une interrogation : pourquoi si peu d'ambition au stade préparatoire alors que l'une des critiques régulièrement formulées à l'encontre des enquêtes est que celles-ci sont réalisées de façon non-contradictoire, à la différence de l'instruction préparatoire ? Deux raisons nous poussent à la modération.

D'une part, il ne paraît pas raisonnable de proposer la restauration d'un système similaire à celui du code d'instruction criminelle où la poursuite précédant l'instruction, le procureur se voyait contraint de requérir l'ouverture d'une information dès l'émergence du moindre soupçon de la commission d'une infraction, ce qui conduisait nécessairement à autoriser une information contre X¹⁶⁴⁶. La liaison du contentieux, qui nous semble nécessaire dès le stade du provisoire par l'instauration d'une phase préliminaire, ne nous semble pourtant pas devoir être opérée au stade du préparatoire avant qu'un suspect ait été identifié.

D'autre part, à l'inverse, parce qu'à ce stade – à condition qu'il existe une phase préliminaire – il ne paraît pas utile d'instaurer une protection du suspect par un contradictoire nécessaire, l'exercice des droits de la défense tels qu'ils résultent de la loi du 27 mai 2014, notamment le droit à l'information du suspect, pouvant suffire.

¹⁶⁴⁶ Pour une critique d'une telle combinatoire, voir E. MATHIAS, *Les Procureurs du droit : de l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, op. cit., pp. 249-251.

2. Des modalités de la juridictionnalisation préparatoire renouvelées

629. Un contradictoire différé au stade du préparatoire. La garantie d'un contrôle efficace nous semble devoir être trouvée dans des modalités similaires à celles que connaît la requête unilatérale civile. Il s'agirait ainsi d'évincer le contradictoire uniquement pour les actes qui nécessitent une surprise mais, même dans ce cas, de permettre de restaurer ce contradictoire lorsque l'effet de surprise n'est plus nécessaire en offrant à la personne objet des investigations la possibilité d'élever, au provisoire, le contentieux. Cette élévation du contentieux, qui peut conduire le juge à rétracter sa décision, présenterait plusieurs avantages. Elle permettrait d'abord l'information complète du juge qui n'aurait jusque-là statué que sur la base des arguments et preuves rapportés par le seul ministère public demandeur et offrirait à celui-ci, *a posteriori*, les moyens de contrôler que les conditions de la mesure qu'il a autorisée, c'est-à-dire sa nécessité et sa subsidiarité, étaient effectivement réunies. Elle permettrait ensuite au juge de contrôler, *a posteriori*, la régularité des mesures exécutées et que celles-ci sont notamment conformes à son autorisation. Elle permettrait enfin à tout intéressé, au stade du provisoire, de contester la mesure ordonnée, quel que soit le sort qui lui sera processuellement réservé à l'issue des investigations, donc en cas d'évitement des poursuites. Elle ne présenterait, à l'inverse, aucun véritable inconvénient, parce qu'elle serait soumise, à ce stade, à une demande contentieuse. A ce stade, il n'est en effet pas nécessaire que la restauration du contradictoire soit obligatoire car il est tout à fait possible que la personne qui a subi la mesure n'ait aucun argument véritable à faire valoir qui nécessiterait devoir faire l'objet d'un débat.

Aussi, les modalités du contrôle juridictionnel des mesures coercitives pourraient-elles être distinctes, selon que la mesure porte sur les personnes ou sur les choses.

630. Les modalités du contrôle juridictionnel des mesures probatoires portant atteinte à la liberté de la personne. Les mesures coercitives portant atteinte à la liberté de la personne, qu'elles soient réalisées dans un but probatoire ou conservatoire, devraient nécessiter pour leur prolongement (garde à vue) ou leur mise en œuvre initiale (placement sous contrôle judiciaire ou en détention) un défèrement de la personne devant le juge. Elles devraient être subordonnées au principe de subsidiarité et de nécessité. Le caractère contradictoire devrait ainsi permettre au juge de s'assurer que la privation ou la restriction de liberté constitue *l'ultima ratio* et, ainsi, qu'elle s'avère véritablement nécessaire. On pourrait toutefois admettre que le placement initial en garde à vue soit effectué par l'officier

de police judiciaire sous le contrôle du procureur puisque la nécessité et la proportionnalité de cette mesure pourraient être appréciées lors de la conférence de mise en état.

631. *Les modalités du contrôle juridictionnel des mesures probatoires portant atteinte à la vie privée et à la propriété.* Les mesures coercitives portant atteinte à la vie privée ou à la propriété réalisées dans une perspective probatoire, parce qu'elles nécessitent une surprise, pourraient quant à elles être autorisées par le juge sur simple requête unilatérale du procureur. Elles devraient elles aussi être subordonnées au principe de subsidiarité et de nécessité. Les procès-verbaux de saisies et de transcription des écoutes et, plus généralement, d'exécution des mesures autorisées devraient être, eux aussi, transmis au juge qui pourrait ainsi contrôler *a posteriori* l'exécution des mesures et rejeter les actes d'investigation dépassant le cadre de l'autorisation donnée ou valider les saisies incidentes effectuées. Il devrait également transmettre ces pièces à la personne chez qui la perquisition a eu lieu ou dont les biens auraient été saisis. En toute hypothèse, une fois les mesures exécutées, un recours serait ouvert à la personne chez qui la perquisition s'est déroulée ou dont les objets ont été saisis devant ce juge pour contester la nécessité de la perquisition et la régularité des saisies effectuées ou demander une restitution, même en l'absence de poursuite. Ainsi, la requête unilatérale pénale permettrait de restaurer le contradictoire, comme dans la requête unilatérale civile, et d'autoriser le juge à rapporter sa décision, y compris en l'absence de poursuites. Le contradictoire y serait, au stade du préparatoire, seulement différé et non plus totalement exclu.

B. La juridiction préliminaire : un contentieux obligatoire

632. *Rappel des problèmes posés par l'éviction du contentieux de la culpabilité.* Avec la marginalisation de l'instruction préparatoire en matière correctionnelle, l'annulation des actes d'investigation est aujourd'hui devenue une fonction juridictionnelle accessoire de la fonction de jugement au fond. Ce caractère accessoire du contentieux de l'annulation – qui, en lui-même, soulevait déjà la question de l'impartialité du juge de jugement¹⁶⁴⁷ – préservait toutefois les droits du prévenu puisque la phase de jugement était la suite nécessaire de la procédure. A l'audience, nécessairement contentieuse, le prévenu pouvait dès lors exciper, *in limine litis*, de la nullité de certains actes d'enquête. Or, l'émergence de

¹⁶⁴⁷ Sur cette question, voir *supra*, n° 367.

modalités de jugement en forme non-contentieuse ne permet plus de valider une telle combinatoire. La solidarisation de l'appréciation de la légalité et de l'appréciation de la culpabilité est devenue encore plus problématique, puisque le contentieux de la culpabilité n'est plus un contentieux obligatoire. L'exercice de cette fonction juridictionnelle accessoire que demeure le contrôle de la légalité des actes se trouve désormais subordonné à la contestation de la culpabilité : l'absence de contestation principale de la culpabilité entraîne, corrélativement, l'absence de toute possibilité de contestation accessoire de la légalité des actes d'enquête effectués. En procédure pénale comme ailleurs, *accessorium sequitur principale*¹⁶⁴⁸, et l'éviction du principal chasse l'accessoire.

Deux difficultés se profilent ainsi de la suppression de la dimension nécessairement contentieuse du jugement répressif.

La première difficulté consiste en ce que la reconnaissance de culpabilité peut, théoriquement, conférer une immunité aux actes d'enquête effectués illégalement, puisqu'il n'entre pas expressément dans l'office du juge de validation ou d'homologation de sanctionner les actes illégaux¹⁶⁴⁹. La sanction des actes effectués illégalement est désormais dévolue, dans une large mesure, au procureur qui l'exerce en refusant de poursuivre ou, à l'inverse, qui peut tenter de l'éviter en recourant à des modes de traitement non-contentieux¹⁶⁵⁰, et la « concurrence des procédures pénales » évoquée par Jean Danet se présente comme une concurrence des degrés de la vérification juridictionnelle de la légalité des actes. Aussi, le choix d'orientation effectué par le ministère public peut-il se fonder non seulement sur le fond du dossier, c'est-à-dire sur la gravité des faits constatés et la peine que ceux-ci semblent mériter, mais aussi sur la qualité de celui-ci, c'est-à-dire sur sa

¹⁶⁴⁸ Sur cet adage, voir, H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., Paris, 1998, n° 3, p. 1 ; G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé : étude sur la maxime « accessorium sequitur principale »*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 69, Paris, 1969 ; M. COTTET, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 544, Paris, 2013.

¹⁶⁴⁹ Sur la pluralité d'acception de la notion de sanction, voir P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. 23, p. 197 et s. Sur la sanction en procédure, voir, spécialement, L. CADIET, « La sanction et le procès civil » in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ, Paris, 2008, p. 125 et s., spéc. p. 136 et s., qui évoque, à côté de « [l]a sanction de l'action, sanction par le procès », « les sanctions de l'instance, sanctions dans le procès ».

¹⁶⁵⁰ Un auteur avait pu constater, à propos de la garde à vue, une telle évolution de la sanction juridictionnelle traditionnelle vers la sanction parquétière. Voir ainsi, P.-J. DELAGE, « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la 'sanction parquétière' », art. préc., p. 146 : constatant une nullité de la garde à vue, le parquetier peut « tenter de sauver la procédure, en choisissant des voies permettant de contourner, voire de faire échec au possible soulèvement de la nullité, ou bien anticiper sur la sanction juridictionnelle (en d'autres termes, anticiper sur la relaxe), en choisissant de mettre immédiatement un terme au processus judiciaire ». Or, « [q]uel que soit le choix pour lequel il optera, c'est bien à une forme de 'sanction' qu'il recourra : soit par un contournement de l'obstacle rencontré, soit par un 'déclassement' de la réponse pénale (c'est-à-dire en choisissant une voie aboutissant à l'obtention d'un 'bénéfice' moindre que celui originellement escompté), ou encore par un classement sans suite pur et simple de la procédure ».

complétude et sa légalité. Le ministère public n'envisagera rationnellement de renvoyer à l'audience contentieuse que les affaires solides, susceptibles de passer le test du débat contradictoire et du contrôle de légalité éventuellement demandé par le prévenu.

La seconde difficulté consiste en ce que l'individu qui souhaite contester la légalité de certains actes d'enquête ne peut plus, par la suite, reconnaître malgré tout sa culpabilité. La flexibilité qui est offerte au ministère public, et qui lui permet virtuellement de décider d'une réponse pénale dans le cadre de l'article 41-1 du code de procédure pénale, puis de proposer une CRPC, puis, en cas de refus, de renvoyer à l'audience, est refusée au prévenu.

633. Proposition : la double inversion des contentieux. Pour résoudre ces difficultés, il nous semble que le contentieux de l'annulation devrait être un contentieux obligatoire, préalable à toute reconnaissance ou contestation de culpabilité. Aussi, proposons-nous d'inverser doublement les modalités des contentieux et de la chronologie des contentieux. D'une part, une inversion des modalités des contentieux : là où le contentieux était facultatif, il deviendrait obligatoire (l'annulation), là où il était obligatoire, il deviendrait facultatif (la culpabilité criminelle). D'autre part, une inversion de la chronologie des contentieux : là où l'annulation était subordonnée à la contestation de la culpabilité, c'est la reconnaissance de culpabilité qui se trouverait subordonnée à l'absence d'annulation.

Ce nouvel agencement des fonctions juridictionnelles autoriserait certaines innovations qui favoriseraient la célérité de la procédure. D'une part, puisque le contrôle de la légalité y constituerait un contentieux obligatoire, il permettrait d'envisager que l'ordonnance de renvoi devant la juridiction de jugement rendue par le juge préliminaire en cas de contestation de la culpabilité puisse purger les nullités. L'audience de jugement serait ainsi apurée de son accessoire chronophage – les incidents probatoires – et pourrait se concentrer efficacement sur son principal – la détermination de la culpabilité, si celle-ci est contestée, ou la fixation de la peine. D'autre part, puisque que l'examen en la forme contentieuse de la légalité des investigations effectuées serait nécessairement préalable à tout plaidoyer de culpabilité ou d'innocence, et parce que sa mission de tutelle impose que le juge statuant en matière gracieuse jouisse de pouvoirs renforcés et statue en connaissance de cause, il serait possible de reconnaître au juge préliminaire cette fonction de recueillir et d'apprécier la reconnaissance de culpabilité. Il n'y aurait pas d'inconvénients. Si, comme l'avait souligné le Doyen Wiederkehr à propos de la procédure de redressement des entreprises, il serait choquant qu'un juge chargé de fonctions gracieuses puisse, lorsqu'une difficulté est soulevée au cours de la procédure, statuer contentieusement sur elle et

poursuivre ensuite sa tâche gracieuse puisqu'il serait alors « le juge de sa propre activité », « juge et partie »¹⁶⁵¹, il n'y aurait en revanche aucune difficulté à ce que le juge, statuant contentieusement sur la mise en état, puisse, postérieurement, statuer gracieusement sur la culpabilité. En outre, si nous avons dénoncé le cumul fonctionnel entre les mains du juge de jugement – à la fois juge accessoire de la légalité des investigations et juge principal de la culpabilité –, un tel cumul ne poserait pas ici de problème puisque le juge, dans notre perspective, serait juge principal de la légalité, juge par accessoire de la culpabilité.

Nous proposerons donc que le contrôle de la légalité des investigations devienne un contentieux obligatoire (1) et que le contrôle de la reconnaissance de culpabilité s'opère sur un mode gracieux (2).

1. Le contrôle de la légalité des investigations : un contentieux obligatoire

634. L'orientation de la mise en état. A l'issue de l'enquête, devrait être organisée une audience devant le juge de l'enquête préliminaire. Cette audience d'appel des causes devrait permettre au juge de s'assurer en toute hypothèse que les parties ont effectivement échangé en temps utile toutes les pièces de la procédure, de relever les nullités susceptibles d'affecter les actes d'investigation d'ores et déjà effectués, d'office ou sur demande du mis en cause selon qu'elles sont ou ne sont pas d'ordre public, de contrôler la recevabilité de l'action publique (si l'on conserve les réponses infrajuridictionnelles de l'article 41-1 CPP), de se prononcer sur des demandes d'actes formulées par la personne poursuivie. Le juge pourrait également statuer sur les exceptions d'incompétence, de litispendance ou de connexité, sur toute demande de provision, et il se verrait reconnaître compétence pour décider des mesures provisoires, notamment le placement sous contrôle judiciaire ou la détention provisoire. Ce juge serait en outre le destinataire des demandes de constitution de partie civile et compétent pour se prononcer sur la recevabilité de celles-ci.

La décision d'orientation s'effectuerait alors au regard de la nature de l'affaire ou de sa complexité, des observations des parties, de la qualité de la mise en état effectuée jusque-là sous la direction du parquet. Les affaires simples ou pour lesquelles le juge estime que les demandes d'investigation formulées par les parties sont inutiles ou déposées dans un but manifestement dilatoire, et qui n'appellent pas selon lui de complément d'investigation,

¹⁶⁵¹ G. WIEDERKEHR, « Jugement. De la distinction entre décision contentieuse et décision gracieuse », *Justices* 1995, n° 1, p. 246 et s., spéc. p. 250. L'auteur ajoute : « (...) (à celui qui objecterait qu'en matière répressive, avec des conséquences encore plus graves, le juge d'instruction est aussi le juge de l'instruction, on est tenté de répondre : justement !) ».

pourraient faire l'objet d'une décision immédiate de clôture. Si l'affaire n'est pas en état d'être jugée, mais qu'elle semble sur le point de l'être à brève échéance parce qu'il apparaît au juge, éventuellement averti par les observations des parties, que des compléments d'investigation simples à diligenter seraient nécessaires, le juge pourrait décider d'un renvoi à une audience ultérieure d'appel des causes. Il délivrerait pour ce faire commission rogatoire aux officiers de police judiciaire et serait chargé de contrôler les mesures d'investigation ordonnées.

Pour les affaires complexes, qui nécessitent davantage d'investigations, le juge pourrait décider d'un renvoi de l'affaire pour mise en état et désigner un juge de la mise en état. Après en avoir conféré avec les parties, ce juge fixerait un calendrier de la mise en état.

635. *La clôture de la mise en état.* A l'issue de cette mise en état, obligatoirement exercée en la forme contentieuse, se tiendrait une audience sur les charges. Le juge rendrait une ordonnance de clôture qui opèrerait décharge ou renvoi à l'audience du tribunal correctionnel ou de la cour d'assises. L'ordonnance de renvoi opèrerait une purge des nullités.

2. Le contrôle de la reconnaissance de culpabilité : un office gracieux

636. *Le plaidoyer de culpabilité postérieure.* Un plaidoyer de culpabilité ne pourrait être formulé qu'une fois que la régularité de la procédure aurait été contrôlée par le juge de la mise en état. La chronologie a ici tout son intérêt. Puisque l'admission de la culpabilité serait postérieure à la vérification de la légalité des investigations, la prise en compte de celle-ci pourrait paraître pleinement légitime : l'admission ne produirait plus cette conséquence de conférer une immunité à des actes d'investigation irréguliers. Les autorités de poursuite ne pourraient plus être soupçonnées de favoriser l'aveu pour sauver des procédures fragiles. L'aveu fait devant le juge pourrait dès lors se voir récompenser par une diminution de la peine maximale encourue. La diminution ne constituerait plus une récompense octroyée en échange de l'immunité ainsi conférée à des actes d'enquête éventuellement irréguliers, mais une reconnaissance de l'amendement de la personne. Un échange vertueux se substituerait à l'actuel échange vicieux qui n'honore pas la justice.

637. *Le juge préliminaire, juge homologateur : la restauration de l'unité substantielle de la juridiction répressive.* Or, parce que la juridiction gracieuse impose

que le juge exerce un contrôle sur des droits dont les individus n'ont pas la disponibilité, que le juge qui homologue l'accord dispose de pouvoirs inquisitoires qui sont commandés par la nature de son office, il nous semble que ce juge de la phase préliminaire pourrait parfaitement remplir cet office. Nous aurions à la fois la garantie des droits et la célérité.

A l'issue de l'ordonnance de renvoi, les parties disposeraient de la possibilité de saisir à nouveau le juge préliminaire, par requête, afin que soit constatée la reconnaissance de culpabilité de la personne renvoyée. Le juge de l'enquête préliminaire serait ainsi le mieux à même de vérifier que l'aveu de culpabilité est étayé par les faits de la cause tels qu'ils ressortent de la décision de renvoi. En outre, le juge préliminaire pourrait décider, à la manière de ce qui est prévu par le statut de la Cour pénale internationale, que, malgré l'aveu de culpabilité, une présentation plus complète des faits de la cause serait dans l'intérêt de la justice. Il pourrait en particulier, dans l'intérêt des victimes, demander au Procureur de présenter des éléments de preuve supplémentaires, y compris des dépositions de témoins, ou ordonner que le procès se poursuive selon la procédure contentieuse¹⁶⁵².

On pourrait également envisager que ce juge puisse constater, sans toutefois qu'il la favorise comme le juge de la mise en état civil¹⁶⁵³, la conciliation des parties privées en homologuant l'accord qui lui serait soumis par celles-ci, ce qui aurait pour effet de donner force de chose jugée et force exécutoire à l'accord homologué. On ferait dès lors cesser cette situation, discutable au regard de l'impératif de célérité recherché par le législateur français, de voir une justice pénale à qui il est demandé d'évacuer le contentieux de la régularité des actes d'investigation, celui de la culpabilité pénale et celui de la peine, pour se voir encombrée du contentieux de la responsabilité civile.

L'homologation de l'accord entraînerait caducité de la saisine du tribunal correctionnel ou de la cour d'assises. Cette homologation serait revêtue de l'autorité de la chose jugée, entraînerait l'extinction de l'action publique et aurait force exécutoire. La procédure serait en cela assez similaire à celle prévue par le droit positif lorsqu'il consacre le mécanisme de la double convocation par le procureur en cas de CRPC.

*

638. Conclusion de la section 1^{ère} : les principes d'une réalisation garantiste du droit de punir. Nous avons pu relever tout au long de cette étude que la

¹⁶⁵² Art. 65(4) du Statut de Rome.

¹⁶⁵³ Voir ainsi le pouvoir général du juge civil tiré de l'article 21 du code de procédure civile.

juridictionnalisation de la répression se caractérise aujourd'hui, en droit français et anglais, par une flexibilité qui présente plusieurs avantages pour le ministère public.

Avant-dire droit, c'est-à-dire au stade de la traditionnelle mise en état de l'affaire, elle est d'abord facultative à défaut d'être obligatoire : elle est limitée à un besoin du parquet (de mesures coercitives ou de mesures conservatoires en attente de l'audience correctionnelle ou de l'audience d'homologation en cas de CRPC). Elle est ensuite intermittente à défaut d'être continue : en principe, le juge des libertés statue seulement *a priori*, il n'est qu'exceptionnellement chargé de contrôler l'exécution de la mesure autorisée. Elle est en outre unilatérale à défaut d'être contradictoire, puisque le juge de l'avant-procès ne peut être saisi que par le ministère public et non par la personne objet des investigations. Elle est enfin préparatoire à défaut d'être préliminaire : le juge des libertés ne contrôle pas l'enquête.

Au fond, c'est-à-dire au stade de la traditionnelle détermination de la culpabilité pénale, elle est, d'une part, facultative à défaut d'être obligatoire : elle est limitée à un besoin de rétribution du parquet (qui peut résulter de la nature des mesures souhaitées par le parquet, *ie* des peines d'emprisonnement et d'amende *stricto sensu* ou des attributs conférés à l'acte juridictionnel, *ie* la constitution du premier terme ou un facteur aggravant la peine en cas de récidive). Elle est, d'autre part, alternativement contentieuse ou gracieuse.

Aussi, même si le détail du modèle que nous avons dégagé peut certainement être amendé ou discuté, il nous semble qu'*a minima*, la réinscription des fonctions du ministère public pourrait être esquissée autour de quelques principes. D'abord, la permanence de l'office du juge de l'avant-procès, la restauration d'un contradictoire jusque-là retardé, la possibilité pour ce juge de relever d'office des nullités. En d'autres termes, la construction d'une véritable juridiction préliminaire, là où la juridiction de l'avant-procès n'est que préparatoire. Ensuite, la séparation du contentieux (obligatoire) de la régularité des actes et du contentieux (facultatif) de l'annulation. L'intérêt principal d'une telle combinaison résulterait de ce que l'absence d'élévation du contentieux de la culpabilité ne permettrait plus d'éluder le contrôle de la régularité des actes effectués. Les propositions de réforme les plus séduisantes sur le plan intellectuel pèchent sur cette question, à notre sens fondamentale, puisqu'elles font reposer le contrôle de la régularité des actes d'enquête sur la contestation de la culpabilité¹⁶⁵⁴. En outre, en cas de contestation de la culpabilité, le

¹⁶⁵⁴ Voir, par exemple, J. DECHEPY, *Les mutations de la chambre de l'instruction. Propositions pour une reconstruction de l'avant-procès pénal autour d'une juridiction du second degré*, *op. cit.*, pp. 499-501, qui propose un système proche de celui envisagé par la commission Léger, dans lequel le ministère public prendrait la direction des

débat relatif à la culpabilité se trouverait apuré des questions ayant trait à la régularité des actes d'enquête effectués. Enfin, l'utilisation des ressources offertes par le modèle de l'inversion du contentieux résultant de la requête unilatérale à l'issue de l'enquête. La phase préliminaire juridictionnalisée permettrait de restaurer un contradictoire qui n'aurait été jusque-là que différé. L'intérêt principal d'une telle combinatoire résulterait de ce que le contradictoire pourrait être rétabli au stade provisoire, et non pas seulement au stade d'un jugement au fond qui peut fort bien n'avoir jamais lieu.

Toutefois, ce sont les entraves qu'il convient de dépasser.

Section 2nde **LES ENTRAVES A LA REINSCRIPTION**

639. L'expérience praticienne, teintée d'empirisme, pourrait s'opposer à la restauration de la juridictionnalisation. Comme le relevait le Doyen Carbonnier, « la défiance à l'égard d'un système a été érigée, par beaucoup, à la hauteur d'un système »¹⁶⁵⁵. A quoi bon, en effet, restaurer la juridictionnalisation de nos aïeux qui s'est révélée incapable d'absorber le flux continuellement grandissant des infractions et qui ne présente qu'un intérêt limité – les prévenus n'ont la plupart du temps rien à dire – doublé d'un coût financier considérable ? Construction artificielle, détachée des réalités de terrain ! Et pourtant, les constructions théoriques demeurent nécessaires pour celui qui admet – nous en sommes – qu'un code de procédure pénale ne doit pas simplement constituer la ratification législative des expérimentations mises en place pour répondre à des problématiques de ressources humaines. D'ailleurs, plus les praticiens dénoncent les constructions juridiques, plus ils s'efforcent de légitimer leurs pouvoirs par de nouvelles constructions juridiques – la

investigations, y compris celles qui étaient jusque-là réservées à la voie de l'instruction préparatoire. Selon cet auteur, « [l]a répartition des compétences au sein des phases de l'enquête entre le juge et le procureur se fera comme suit : pour l'enquête préalable sur le mode flagrance : la police judiciaire agira de façon autonome pour toutes les mesures autorisées et sous la simple surveillance du parquet. Un contrôle *a posteriori* sera possible via le contentieux de l'annulation (...). Pour l'enquête préalable en dehors de la flagrance : la police judiciaire agira uniquement sur autorisation du procureur de la République pour toutes mesures autorisées par la loi (...). Un contrôle *a posteriori* pourra avoir lieu grâce au contentieux des nullités ». Quant au juge de l'enquête et des libertés, il sera, au stade de l'enquête préalable, « le destinataire des requêtes en annulation effectuées par les parties privées dans le mois qui suivra l'accomplissement de l'acte en question. Une fois saisi à cette fin, le juge ne fera que répondre à la requête et n'aura pas à examiner l'ensemble de la procédure. Ce sera chose faite lors de la clôture de l'enquête préalable, par la formation de jugement compétente en cas de renvoi, ou par la chambre de l'enquête et des libertés en cas d'enquête contradictoire ».

¹⁶⁵⁵ CARBONNIER (J.), « Introduction » in *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, *op. cit.*, p. 51.

nécessaire séparation des fonctions, la nécessaire indépendance et impartialité du ministère public.

C'est donc que, sous le masque de l'empirisme, se cache aussi une figure du scepticisme qu'il faut dépasser. Aussi, tenterons-nous de surmonter les entraves théoriques (§ 1^{er}) et pratiques (§ 2nd) au principe de la réinscription.

§ 1^{er} LES ENTRAVES THEORIQUES AU PRINCIPE DE LA JURIDICTIONNALISATION

640. Sur le plan théorique, deux arguments peuvent être principalement avancés à l'encontre des principes esquissés : le risque d'une résurgence de l'inquisitoire, d'une part (A), et le caractère suffisant de la restauration du contradictoire devant le ministère public, au stade de l'orientation du dossier, d'autre part (B).

A. La résurgence de l'inquisitoire

641. *La confusion des fonctions de justice.* La juridictionnalisation de la décision de renvoi devant la juridiction de jugement se voit opposer le traditionnel argument de la confusion des fonctions de poursuite et de jugement. Dans son rapport, la Commission présidée par Jacques Beaume notait ainsi que « l'appréciation de la fin d'enquête confiée à un juge induira nécessairement une confusion supplémentaire entre les divers intervenants judiciaires. Ainsi, en cas de complément d'investigation estimé nécessaire, le juge de la clôture soit exécutera lui-même ou fera exécuter par des enquêteurs les investigations utiles – et il se transformera en juge d'instruction... – soit enjoindra au parquet d'effectuer les actes – ce qui constituera une atteinte illégitime à l'indépendance du ministère public à l'égard du siège et une immixtion dans la conduite de l'enquête, laquelle ne doit incomber, selon le groupe de réflexion, qu'au ministère public ». En outre, « la décision sur la saisine du juge du fond (sur le principe et le mode de saisine mais également sur l'envoi en troisième voie ou le classement sans suite de l'enquête) qui serait confiée à un juge de la clôture, constituerait une substitution au pouvoir propre du ministère public dans son cœur de métier : l'exercice de l'action publique – et une confusion supplémentaire entre autorité de poursuite et de jugement »¹⁶⁵⁶.

¹⁶⁵⁶ J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, préc., pp. 75-76, 3 b) et c).

Nous avons déjà vu que la pertinence du principe de la séparation des fonctions peut être discutée¹⁶⁵⁷. Rappelons simplement ici que toute distribution des fonctions tend à assurer un contrôle mutuel de l'exercice de ses fonctions par chacun des organes appelés à intervenir et, notamment, des organes en charge des poursuites et des organes chargés du jugement. Or, pour parvenir à cet objectif, il est nécessaire que l'organe en charge du contrôle dispose des moyens de son contrôle. C'est d'ailleurs ce qui justifie que le juge de jugement puisse décider d'un supplément d'information. C'est historiquement ce qui a justifié que le procureur puisse effectuer des enquêtes officieuses : puisqu'il disposait du pouvoir de décider en opportunité de la poursuite, il lui était nécessaire de recueillir quelques informations sur les faits. A l'inverse, la séparation des fonctions – donc la spécialisation des organes dans une unique fonction – n'a jamais constitué une garantie d'un contrôle mutuel des organes : les publicistes nous ont enseigné que les fonctions sont hiérarchisées et que jamais un organe inférieur ne peut contrôler utilement un organe qui lui est supérieur et que toute spécialisation des fonctions organisée dans la perspective d'assurer un contrôle mutuel des organes constituait « un prodigieux monument d'absurdité », pour reprendre l'énergique formule d'Einsenmann. Aussi, reconnaître au juge des pouvoirs d'investigation, ce n'est pas lui permettre de s'immiscer dans la fonction d'enquête, c'est lui donner les moyens de son contrôle en garantissant l'indépendance de sa prise de décision juridictionnelle, donc d'exercer sa propre fonction. Hélie l'avait déjà relevé à propos des pouvoirs de la chambre du conseil établie par le code d'instruction criminelle, estimant que celle-ci pouvait ordonner un complément d'information si la procédure ne lui paraissait pas complète car, dans ce cas, « elle ne réforme pas ses actes, elle ne lui prescrit pas de procéder à telle ou telle mesure, elle ne s'immisce pas dans la direction de l'instruction... il appartient au juge d'instruction de procéder ensuite aux actes qui lui semblent devoir compléter la procédure ». D'ailleurs, relève-t-il, « le pouvoir d'ordonner les mesures préparatoires propres à éclairer le jugement, n'est-il pas le corollaire nécessaire du pouvoir de juger ? »¹⁶⁵⁸.

En outre, la confusion dénoncée est d'ores et déjà pratiquée par le parquet, qui se voit tout à la fois reconnaître toutes les fonctions de police judiciaire, les pouvoirs de direction d'enquête et la fonction de contrôler la régularité des actes d'enquête dans le cadre de l'appréciation des poursuites. Certes, dans cette optique, la Commission Beaume insiste sur

¹⁶⁵⁷ Voir *supra*, n° 544.

¹⁶⁵⁸ Voir HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome VI, *op. cit.*, n° 405, pp. 109-110.

ce que « le rôle du parquet n'est pas – et n'aurait pas dû être – de diriger le déroulement quotidien de toutes les enquêtes, mais bien d'assurer le contrôle de la légalité des moyens mis en œuvre par la police judiciaire, de la proportionnalité des actes d'investigations à la nature des faits et aux personnes concernées, de l'opportunité de conduire l'enquête dans telle ou telle direction, enfin de la qualité de son contenu, avant de prendre une décision d'action publique sur la suite pénale à lui donner » et qu'il y « a incompatibilité certaine à prétendre contrôler l'acte auquel on a personnellement participé »¹⁶⁵⁹. Mais, partant de ce constat, elle ne propose pas de retrancher des attributions du parquet la direction de l'enquête, seulement de supprimer les pouvoirs d'enquête du parquet. Or, la séparation des fonctions, telle que semble l'entendre la commission lorsqu'il s'agit de critiquer l'instauration d'un juge préliminaire, devrait interdire au parquet toute direction des investigations. Et la raison en est simple : si le parquet doit pouvoir diriger l'enquête, c'est parce qu'il doit *in fine* contrôler celle-ci pour prendre sa décision relativement à la poursuite. Et il devrait en être de même du juge préliminaire.

Enfin, rappelons que la dévolution de la décision de renvoi devant la juridiction de jugement à un organe juridictionnel n'a rien de véritablement novateur. Les révolutionnaires, les rédacteurs du code d'instruction criminelle ou du code de procédure pénale, l'avaient déjà consacré, en matière criminelle, en confiant la mise en accusation au jury d'accusation, puis à la chambre des mises en accusation, à la chambre d'instruction jusqu'à la loi du 15 juin 2000 et, en matière correctionnelle, en confiant la mise en prévention au juge de paix (sous l'empire de la loi des 19-22 juillet 1791) ou à la chambre du conseil.

642. Le risque de pré-jugement. L'instauration d'un juge de la phase préliminaire pourrait également présenter le risque d'un pré-jugement de l'affaire. Confier en effet la décision de renvoi à un juge entraînerait le risque d'un pré-jugement qui pourrait influencer trop lourdement la juridiction de jugement ultérieurement saisie¹⁶⁶⁰. Il convient toutefois de s'entendre sur la notion de pré-jugement qui n'a, en apparence, aucune signification précise.

¹⁶⁵⁹ J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 29.

¹⁶⁶⁰ En ce sens, par exemple, C. RIBEYRE, « Réforme de l'enquête pénale. Observations sur les questions soulevées par le groupe de travail chargé d'une mission relative à l'amélioration de la procédure pénale d'enquête », obs. préc., p. 10 : « Faut-il que la décision de poursuite soit adoptée par un magistrat du siège, à l'instar de ce qui se pratique en Italie avec le juge de l'audience préliminaire ou ailleurs avec un jury d'accusation ? Ce serait confondre les rôles de poursuite et de jugement et il y aurait un risque de pré-jugement qui pourrait influencer trop lourdement la juridiction de jugement ultérieurement saisie ».

Si l'on entend par pré-jugement que le juge de la mise en état jugerait de la complétude de l'investigation et constaterait, par sa décision, que les actes d'enquête sont en tous points réguliers, il est heureux qu'il y ait pré-jugement, ou plutôt jugement au provisoire, parce que c'est le but même de la juridictionnalisation de la phase intermédiaire¹⁶⁶¹. Il y aurait en effet pré-jugement ou plutôt jugement préalable des questions provisoires.

Si l'on envisage le pré-jugement comme une influence exercée par le juge de la mise en état sur la culpabilité ou sur la peine qu'il conviendrait d'appliquer, l'argument nous semble excessif puisqu'il devrait également pouvoir être opposé à la décision de renvoi prise aujourd'hui par le ministère public. Puisque ce dernier dirige la police judiciaire et dispose de pouvoirs considérables d'investigation, il semble raisonnable de considérer que la décision de poursuite qu'il prend s'appuie sur des éléments puissants de conviction qui ne manquent pas d'influer sur la juridiction de jugement. Puisque le procureur de la République poursuit plutôt que de recourir à une réponse pénale ou à une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, c'est qu'il existe des charges suffisantes étayées par des éléments de preuve réguliers qui seront susceptibles de résister à l'épreuve du débat contradictoire devant la juridiction.

643. *L'absence de qualité de partie du mis en cause et le spectre d'une résurgence de l'enquête officieuse.* Une autre série d'arguments pourraient encore être soulevés à l'encontre de l'instauration d'un recours juridictionnel ouvert au suspect pour obtenir

¹⁶⁶¹ En ce sens, HEBRAUD (P.), « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux. A propos de la condamnation pénale », art. préc., n° 10, pp. 153-154, *ad notam* : « Les jugements avant dire droit, et spécialement les décisions relatives à l'instruction pénale, ont été présentées comme de simples actes administratifs, tendant à l'accomplissement d'un acte ultérieur, le jugement sur le fond (...). Mais le jugement sur le fond n'est-il pas aussi l'acte qui permet l'accomplissement de mesures d'exécution ? Si la décision d'instruction crée le statut d'accusé (...) le jugement pénal crée le statut de condamné. Ces observations tendent à exprimer le fait que ces décisions sont une étape d'une opération d'ensemble, opération à procédure, qui a pour but et pour terme le jugement sur le fond. Mais cela ne justifierait-il pas, au contraire, l'extension à tous ces éléments du caractère juridictionnel qui marque l'acte final ? Non seulement ils participent à ce caractère parce qu'ils font partie du procès, s'insèrent dans la contestation qui divise les parties et sont également issus d'un débat contradictoire, mais encore le fond du droit n'est, quoiqu'on en dise, nullement absent ; sous l'apparence d'une décision de pure procédure, le droit des parties est consolidé ou compromis, et la décision définitive, agissant sur l'ordonnancement juridique, est préparée. C'est ce qu'exprime la notion de préjugé, qui caractérisait le jugement interlocutoire (...) ». Aussi, « en matière pénale, les décisions d'instruction, avec le caractère juridictionnel qu'on leur a volontairement donné, ont la valeur d'une protection avancée de l'innocence (...). Le juge d'instruction ne se borne pas à un rôle d'agent administratif, il a bien pour mission de porter un jugement sur la culpabilité, jugement non définitif, certes, qui ne vaut qu'à titre de première approximation, mais qui n'en porte pas moins sur le fond ». Voir également, du même auteur, obs. sous Cass. crim., 20 juin 1946, *JCP G* 1946, II, 3391, à propos des décisions réglant l'instruction : « En réalité, ces décisions sont de véritables jugements, qui contribuent, chacune selon sa nature, à peser le droit des parties ; la décision réglant l'instruction comporte déjà une appréciation sur le fond de l'affaire, du point de vue spécial de l'instruction, c'est-à-dire comme une première appréciation de la culpabilité du prévenu qui, comme le débat possessoire, constitue une défense avancée de l'innocence ».

l'accomplissement ou l'annulation d'un acte. Frédéric Desportes faisait ainsi valoir devant la Commission présidée par Jacques Beaume que la personne suspecte, bien qu'ayant la qualité d'accusé au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde ou celle de suspect au sens des directives 2012/2013/UE et 2013/48/UE, n'est pas encore une partie et ne bénéficie donc pas encore de la plénitude des droits accordés à la personne poursuivie, qu'elle soit mise en examen ou prévenue. En outre, il estime qu'alourdir à l'excès la procédure d'enquête initiale risque de n'avoir d'autre effet que de créer un avatar de l'information et donc de faire renaître l'enquête officieuse¹⁶⁶².

Le premier argument nous semble procéder d'une ellipse. D'une part, ce n'est pas parce que le mis en cause se voit dénier la qualité de partie qu'il devrait lui être refusé la possibilité de demander des actes ou de formuler des requêtes en nullité. C'est, à l'inverse, parce qu'il est mis en cause qu'il devrait se voir reconnaître la qualité de partie par la possibilité de demander des actes ou de formuler des requêtes en nullité. D'autre part, rien n'impose théoriquement que la possibilité d'exercer un recours implique l'attribution de la qualité de partie¹⁶⁶³. Rappelons que, dans le cadre de l'ordonnance sur requête unilatérale, dont nous avons fait notre modèle, le recours devant le juge qui a ordonné non-contradictoirement une mesure peut être exercé par tout intéressé. C'est donc à l'intérêt à agir, non à la qualité à agir, que doit être subordonnée la possibilité de saisir le juge¹⁶⁶⁴. D'ailleurs, rappelons que la personne qui subit la mesure n'est pas partie, précisément parce que les circonstances ou l'efficacité de la mesure justifient qu'elle ne soit pas appelée, non parce que cette qualité lui est déniée : elle ne le sera, éventuellement, qu'*in futurum*.

Quant au risque d'une renaissance de l'enquête officieuse mis en avant, il est inexistant si la saisine préalable d'un juge de la mise en état est nécessaire pour obtenir le renvoi devant une juridiction de jugement ou l'homologation d'un accord. On imagine mal que

¹⁶⁶² F. DESPORTES, « Mission relative à l'amélioration de l'enquête pénale », préc., n° 4.4.1, p. 18.

¹⁶⁶³ En ce sens, Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, coll. « Bibliothèque des thèses », Paris, 2013, n° 481, p. 262, qui évoque la notion de « garanties de défense » qui « visent à assurer l'effectivité des droits de la défense », dont le domaine dépasse « largement le seul domaine processuel de droit commun, pour s'appliquer, par exemple, face au pouvoir décisionnel des autorités administratives indépendantes, d'un employeur, de l'administration active ou encore du procureur de la République lors des enquêtes policières. Sur un plan personnel, la garantie des droits de la défense ne bénéficie, par principe, qu'aux seules parties à l'acte juridique par lequel se manifeste le pouvoir décisionnel, c'est-à-dire les personnes susceptibles de subir les effets de droit qui y sont attachés ». Voir également, C. RIBEYRE, « Réforme de l'enquête pénale. Observations sur les questions soulevées par le groupe de travail chargé d'une mission relative à l'amélioration de la procédure pénale d'enquête », obs. préc., p. 9 : « Les droits de la défense peuvent donc s'appliquer avant que l'action publique soit déclenchée, dès lors que la notion de partie peut s'entendre au sens large de partie à une procédure ou à un acte, et non pas d'une partie au procès ».

¹⁶⁶⁴ L'auteur reconnaît lui-même que l'absence de recours offert à la personne ayant subi une perquisition en dehors de toute poursuite soulève des difficultés au regard de la jurisprudence *Ravon c/ France* de la Cour européenne. Voir ainsi, F. DESPORTES, « Mission relative à l'amélioration de l'enquête pénale », préc., p. 18. Sur cette jurisprudence, voir *supra*, n° 276.

puisse se développer, à côté de l'enquête préliminaire – qui est le cadre par défaut –, une enquête officieuse. Quel en serait l'intérêt si le ministère public n'a d'autre possibilité que de saisir le juge de la mise en état lorsqu'il souhaite renvoyer en jugement ? Le risque véritable qui existe ne réside pas dans une renaissance de l'enquête officieuse, mais plutôt dans le développement d'un jugement officieux, c'est-à-dire d'un jugement qui, comme l'était l'enquête officieuse, se voit conférer des attributs moins puissants et donc assortir de garanties moins importantes. En d'autres termes, que le ministère public se voit reconnaître des pouvoirs de traitement autonomes qui excluent toute poursuite et donc la nécessité de saisir le juge de la mise en l'état. Mais ce risque existe déjà, nous pensons l'avoir suffisamment démontré, et c'est justement pour éviter la renaissance de tels court-circuits qu'il convient de subordonner toute réponse pénale à l'examen préalable du juge et de revenir à une juridictionnalisation nécessaire de la réalisation du *jus puniendi*.

B. La suffisance du contradictoire

644. *Le procureur, juge de la mise en état ?* Plutôt que tenter de faire renaître une figure de l'inquisitoire, il serait tentant de s'en remettre au principe du contradictoire pour sauvegarder les droits du mis en cause. En instituant un débat contradictoire préalable à la décision sur l'action publique, la loi du 27 mai 2014 a, d'ailleurs, précisément eu pour objectif de sauvegarder les droits du mis en cause. De nombreux auteurs considèrent que le principe du contradictoire se trouve amélioré par une audience tenue devant le ministère public en présence de la personne qu'il envisage de déférer devant le juge et de son conseil¹⁶⁶⁵. Les vœux légitimes formulés par les auteurs, tendant à l'amélioration de l'information du suspect, à son complet accès au dossier, à sa possibilité de demander des actes d'investigations au procureur dans la phase préparatoire, réalisés dans une large

¹⁶⁶⁵ En ce sens, les travaux préparatoires de la loi du 27 mai 2014 relèvent que ces modalités d'assistance par un avocat conduisent à une « [amélioration] du contradictoire dans la phase précédant immédiatement le jugement ». Voir ainsi, J.-P. MICHEL, Rapport fait au nom de la commission des lois, Sénat, n° 380, 19 févr. 2014, p. 25 ; J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 79 : « La mission prend acte que la loi de transposition de la directive B a instauré un débat contradictoire sur l'état et l'orientation de la procédure » ; C. RIBEYRE, « Réforme de l'enquête pénale. Observations sur les questions soulevées par le groupe de travail chargé d'une mission relative à l'amélioration de la procédure pénale d'enquête », obs. préc., p. 10, en faveur d'une « audience sur l'orientation du dossier pénal [qui] se déroulerait (...) entre le représentant du parquet et le suspect, assisté par un défenseur ayant un accès préalable au dossier ». Voir également, F. DESPORTES, « Mission relative à l'amélioration de l'enquête pénale », préc., p. 17. ; P. GAGNOUD, « Le renforcement du contradictoire dans la phase des poursuites : vers une mise en état des affaires pénales ? », art. préc., n° 214, p. 10 et s., qui évoque une « incursion mesurée du contradictoire lors de la présentation devant le procureur de la République ».

mesure par la loi du 27 mai 2014, paraissent en effet pouvoir être résumés dans l'affermissement du contradictoire dans la phase d'enquête et à l'issue de celle-ci.

Pourtant, il nous semble qu'une telle approche, et les solutions mises en place par la loi, constituent une méprise tant sur la vocation naturelle du ministère public que sur le sens qu'il convient de donner au principe de la contradiction (1) et, par conséquent, sur la portée des solutions qui sont mises en place par la loi (2).

1. La cause du malentendu : le ministère public non plus instrument mais destinataire du contradictoire

645. Des fragments de contradiction. Se produit désormais au niveau du défèrement ce qui se produisait jusque-là dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou de la composition pénale.

L'importance acquise par la phase de défèrement, comme la place centrale prise par le procureur de la République dans les procédures pénales accélérées, produit des conséquences sur la manière dont le contradictoire s'exerce. Le ministère public n'y figure plus comme le contradicteur nécessaire du mis en cause, comme l'instrument du « contradictoire » : il en est désormais le destinataire. Comme le relève David Déchenaud, « c'est bien lui que la personne mise en cause s'attache à convaincre, ce qui place le procureur dans une position totalement différente de celle qui devrait être la sienne »¹⁶⁶⁶. Sur ce point là encore, on constate que l'institution s'est émancipée de sa *ratio*, et que son émancipation perturbe les catégories traditionnelles des processualistes. Car, en réalité, on ne peut même pas considérer que le ministère public serait, dans ces hypothèses, le destinataire du contradictoire au lieu d'en être l'instrument. Puisque le ministère public a cessé d'être le contradicteur de la personne mise en cause, il nous faut reconnaître qu'il n'y a plus de contradictoire : faute de contradicteur, le contradictoire ne peut être respecté. L'injonction traditionnelle faite au juge l'exprime bien : *audi alteram partem*, « écoute l'autre partie »¹⁶⁶⁷. Mais, précisément, quelle est cette autre partie qui s'oppose au mis en cause dans la phase du défèrement ?

Aussi, les évolutions législatives récentes ne doivent-elles pas faire illusion : notre système procédural s'efforce de renforcer le contenu d'un « contradictoire » dont il affaiblit continuellement les prémisses théoriques. Les éléments de preuve recueillis au cours de

¹⁶⁶⁶ D. DECHENAUD, « Le contradictoire et les procédures pénales accélérées », art. préc., n° 19, p. 118.

¹⁶⁶⁷ H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines du droit français*, op. cit., n° 27, p. 39.

l'enquête et dont dispose le ministère public n'ont plus vocation à convaincre le juge du fond – qui ne sera peut-être jamais saisi –, mais à se convaincre lui-même ou à convaincre la personne déférée qu'ils sont d'une force telle qu'il est inutile de contester sa culpabilité¹⁶⁶⁸.

2. La conséquence : la réduction du contradictoire aux droits de la défense

646. Un contradictoire sans contradicteur. Le renforcement prétendu du « contradictoire » dans l'enquête et dans la phase de défèrement ne sont, en réalité, qu'une amélioration – légitime au demeurant – des droits de la défense.

Le contradictoire ne saurait en effet être assuré par les seules améliorations tirées de l'accès au dossier, de la possibilité de demander au procureur des actes ou de l'organisation d'une discussion avec celui-ci préalablement au renvoi en jugement. Le contradictoire implique certes que soit respecté un ensemble de règles tendant à garantir la libre discussion, telle la communication du dossier¹⁶⁶⁹, mais il demeure fondamentalement une « situation juridique qui naît lorsque les parties adverses (demandeur et défendeur) sont à même de faire valoir leurs moyens de défense et leurs prétentions respectives dans l'instance qui les oppose »¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁸ Les commentateurs de la réforme insistent d'ailleurs sur le caractère symbolique du dispositif. Voir en ce sens, F. FOURMENT, « Le défèrement nouveau, ou l'assistance sans contradictoire (assumé) », *Gaz. Pal.* 2014, n° 210, p. 19 et s., pour qui le dispositif issu de la loi du 27 mai 2014 témoigne d'un genre nouveau, « l'assistance sans contradictoire, ou alors selon un contradictoire non assumé (...) ». Provoqué à raison de ce que le procureur de la République 'envisage de poursuivre une personne' selon les procédures de convocation par procès-verbal ou comparution immédiate (al. 1^{er}), le défèrement place le représentant du ministère public dans la situation de décider de la suite à donner à l'affaire selon la large palette de ses prérogatives figurant à l'article 40-1 (al. 4). Comment cette intention-là – poursuivre selon les procédures de convocation par procès-verbal ou de comparution immédiate – peut-elle, après de simples observations de l'avocat *a priori* limitées à la régularité de la procédure, à la qualification retenue, au caractère éventuellement insuffisant de l'enquête et à la nécessité de procéder à de nouveaux actes, produire une réponse radicalement différente, le cas échéant plus favorable à la personne mise en cause ? La procédure de comparution immédiate accroît en effet le risque de condamnation à une peine d'emprisonnement ferme. Au terme du défèrement nouveau, avec assistance d'un avocat, le procureur de la République s'écartera peut-être plus souvent de son intention première. Plus qu'un droit à l'assistance de la personne déférée, selon certaines pratiques judiciaires, le défèrement pourra acquérir un caractère, de fait, contradictoire ». Voir également, P. GAGNOUD, « Le renforcement du contradictoire dans la phase des poursuites : vers une mise en état des affaires pénales ? », art. préc., n° 11 : « Si cette disposition rappelle de manière fortement symbolique que le procureur ne pourra en droit prendre une décision qu'après avoir entendu et consigné ces observations, elle peut néanmoins apparaître assez théorique, ou même pour le moins superfétatoire. En effet, soit l'orientation envisagée d'emblée par le procureur dans le cadre de sa permanence téléphonique a été longuement murie tout au long de l'enquête et il y a peu de chance qu'il décide de la modifier, soit la lecture de la procédure est en décalage complet avec les comptes rendus téléphoniques qui lui ont été faits et il lui appartient alors d'en tirer lui-même toutes les conséquences ».

¹⁶⁶⁹ Rapp., « Contradictoire », sens 1 b), in CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, *op. cit.*, p. 215.

¹⁶⁷⁰ « Contradictoire », sens 1 a), *ibid.*

Il nous semble en conséquence que l'on ne saurait parler de contradictoire véritable qu'en présence d'un contradicteur et d'un juge tiers. L'on peut ainsi fort bien améliorer les droits de la défense, en améliorant le contenu du contradictoire, sans toutefois garantir celui-ci, faute de contradicteur et faute de juge, ou plutôt parce que le contradicteur est devenu juge¹⁶⁷¹. Comme le relevait Marie-Anne Frison-Roche, le contradictoire est un « instrument de protection de la partie », « il fonctionnera donc en présence d'une partie »¹⁶⁷². Et, si les mesures mises en place par la loi du 27 mai 2014 constituent certainement un progrès, elles ne sauraient tromper : le ministère public, qui décide de la pertinence d'une demande d'acte, qui décide de l'orientation du dossier, ne se pose pas en contradicteur de l'individu – comme le voudrait sa position traditionnelle – mais en juge, et en juge partial, puisqu'il a dirigé ou effectué l'enquête et qu'il est destiné éventuellement à être partie dans la phase postérieure de la procédure. Pour parler de contradictoire, il faudrait que la police soit considérée comme partie demanderesse à l'audience devant le parquet, solution choquante en droit français et qui ne serait pas sans rappeler le système anglais antérieur au *Prosecution of Offences Act* 1985, où la police jouait, devant le *Justice of the peace*, le rôle de contradicteur¹⁶⁷³.

647. Une contradiction contradictoire. Ces ambiguïtés fondamentales risquent bien de limiter l'amélioration qui est attendue du dispositif mis en place par la loi. En effet, soulever la nullité d'un acte d'investigation effectué par un adversaire futur, c'est lui permettre de refaire l'acte avant l'audience¹⁶⁷⁴ ou, si cela s'avère impossible, de proposer

¹⁶⁷¹ Voir, dans le même sens, D. DECHENAUD, « Le contradictoire et les procédures pénales accélérées », art. préc., *loc. cit.*, n° 3, p. 112 : « Parfois mal distingué, en doctrine comme en jurisprudence, du principe plus général des droits de la défense ou de celui de l'égalité des armes, le contradictoire a pourtant un contenu spécifique », c'est-à-dire qu'« il garantit aux parties la possibilité d'être informées du déroulement de la procédure, de prendre connaissance des actes et pièces qui la constituent, et de présenter leurs observations au juge qui rendra sa décision » ; L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 483, Paris, 2008, n° 29, p. 26, pour qui les droits de la défense sont « un ensemble plus vaste que le contradictoire, qui n'en est qu'un élément, il est vrai déterminant ». Dans le même sens, voir M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, Thèse, Paris II, 1988, p. 32, pour qui il y a « relation d'appartenance du contradictoire aux droits de la défense » ; L. CADIET, J. NORMAND ET S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès, op. cit.*, p. 633 et s. : « En vérité, la distinction des droits de la défense et du contradictoire est plutôt de l'ordre du genre et de l'espèce. Le contradictoire est un élément des droits de la défense, qui sont plus larges ». Et, pour le procès civil, voir MOTULSKY (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile » in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey, Paris, 1961, tome II, n° 12 et 23, repris in MOTULSKY (H.), *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, pp. 68 et 76 ; G. WIEDEKEHR, « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, p. 36 et s.

¹⁶⁷² M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, thèse préc., p. 60.

¹⁶⁷³ Voir *supra*, n° 42.

¹⁶⁷⁴ En ce sens, F. DESPORTES, « Mission relative à l'amélioration de l'enquête pénale », préc., p. 17, qui note que l'organisation d'un débat devant le procureur, préalablement à la décision de poursuite, permettrait à la

une sanction qui n'implique pas un contrôle juridictionnel de la régularité des actes d'enquête. Si la première hypothèse peut paraître légitime, elle a fort peu de chance de se présenter en pratique si l'avocat est habile : celui-ci préférera attendre l'audience pour tenter de soulever une nullité qui ne pourra à ce stade être corrigée. Quant à la seconde, si elle est illégale, elle constituera certainement une solution déplaisante pour parer à la difficulté soulevée dans la première hypothèse. En d'autres termes, l'« audience » organisée entre le procureur et le mis en cause permettra essentiellement au premier d'affiner sa stratégie.

Or, pour éviter les risques de chacune de ces solutions, c'est un autre dispositif qu'il faudrait mettre en place, à savoir une purge des nullités antérieures à l'audience au fond qui impliquerait l'obligation de soulever les moyens de nullités antérieurement à l'audience au fond, ou une vérification de la régularité des investigations antérieures à la reconnaissance de culpabilité, solutions qui impliquent toutes deux que la phase préliminaire soit véritablement juridictionnalisée¹⁶⁷⁵.

§ 2nd LES RESISTANCES PRATIQUES AU PRINCIPE DE LA JURIDICTIONNALISATION

648. *Le spectre de la paralysie.* Plusieurs obstacles pratiques sont bien-sûr susceptibles de s'opposer au modèle de juridictionnalisation que nous avons proposé. Ces arguments, que la Commission Beaume a elle-même avancés, sont au nombre de trois.

Le premier est d'ordre pratique : en s'appuyant par exemple sur les statistiques de 2012, il serait difficile matériellement de mettre en place une telle mise en état. « Comment peut-on imaginer qu'un débat final de mise en état entre parquet et défense, devant un juge, puisse être organisé pour environ 800.000 poursuites correctionnelles et classements d'opportunité ? », s'interroge la Commission¹⁶⁷⁶. L'instauration d'une telle procédure de renvoi représenterait ainsi « un travail administratif et judiciaire d'un tel poids que le processus pénal y connaîtrait à bref délai une thrombose assortie d'aphasie et de paralysie

personne mise en cause de « faire valoir des arguments susceptibles de convaincre le procureur de la République de l'inopportunité des poursuites ou, à tout le moins, de la nécessité d'investigations supplémentaires » et qu'elle serait, en même temps, « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice en évitant que la juridiction de jugement ne soit saisie d'une affaire incomplètement instruite ou promise à la relaxe ».

¹⁶⁷⁵ Voir C. RIBEYRE, « Réforme de l'enquête pénale. Observations sur les questions soulevées par le groupe de travail chargé d'une mission relative à l'amélioration de la procédure pénale d'enquête », obs. préc., p. 10, qui se prononce pour la possibilité de saisir le juge à l'issue de l'« audience » de défèrement, si le parquet refuse de réaliser les actes d'investigation demandés, et pour une purge subséquente des nullités. Toutefois, cet auteur estime qu'une telle audience ne présenterait pas d'intérêt lorsque le parquet souhaiterait s'orienter vers une alternative aux poursuites.

¹⁶⁷⁵ J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 74, 1.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*

irréremédiables. Où et quand trouverait-on assez de parquetiers, de juges, de greffiers et fonctionnaires et même d'avocats disponibles à une telle évolution procédurale ? »¹⁶⁷⁷. Il est clair que l'instauration d'une telle procédure ne serait pas sans conséquence sur l'organisation des juridictions. Toutefois, il convient de remarquer que, contrairement à ce que laisse entendre la Commission, les décisions de classement ne feraient pas l'objet d'un contrôle juridictionnel. De plus, si l'on pousse la logique de notre modèle jusqu'à son terme, se dégageraient nécessairement des postes de juge d'instruction et de parquetier que l'on pourrait utilement mobiliser : rappelons que le développement des prérogatives du parquet ne s'est lui-même pas opéré sans recrutement de parquetiers et qu'en conséquence, le transfert des fonctions du parquet vers le juge peut lui-même s'accompagner d'une affectation de ces personnels vers les nouveaux postes. Enfin, malgré l'énormité apparente du nombre d'affaires traitées par les juridictions correctionnelles, il faut comparer celui-ci au nombre d'affaires soumises à la mise en état devant le tribunal de grande instance. Et, hors référés et hors ordonnances sur requête, hors compétence commerciale, les tribunaux de grande instance ont traité en 2012 un nombre d'affaires équivalent, sans thrombose, aphasie ou paralysie irrémédiable¹⁶⁷⁸.

Le second a trait aux délais. Pour la Commission en effet, « la généralisation d'une mise en état juridictionnalisée à la fin de chaque enquête comporterait de fait un abandon explicite du principe de l'orientation pénale en temps réel en fin d'enquête et donc, le retour à des délais déraisonnables de la réponse de justice »¹⁶⁷⁹. Mais, pourrions-nous répondre, qu'est-ce qui interdirait au parquet de saisir immédiatement le juge de la mise en état en faisant convoquer l'individu en garde à vue directement devant le juge ?

Le troisième, enfin, n'est pas un argument qui va à l'encontre de notre position, il tendrait plutôt à un constat similaire au nôtre, la nécessité d'une purge des nullités à l'issue de la phase d'investigation : « si la juridictionnalisation de la clôture de l'enquête a un sens, elle aura pour mission de « purger » l'enquête initiale de tous ses vices pour offrir au juge du fond un dossier abouti. Purge de l'insuffisance d'abord des éléments de preuve, fortement contestée à ce stade par le Barreau et qui, de toute façon, n'empêchera pas le juge du fond d'ordonner s'il l'estime utile un supplément d'information. Mais surtout, purge des nullités procédurales »¹⁶⁸⁰. Toutefois, la Commission fait remarquer que,

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*

¹⁶⁷⁸ 705.312 affaires nouvelles, 712.498 affaires terminées. Voir ainsi, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Les chiffres-clés de la justice 2013*, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_Chiffres_cles_2013.pdf, pp. 10-11.

¹⁶⁷⁹ J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 75, 2.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 76, 3. d).

« s'agissant d'une décision proprement juridictionnelle, elle nécessitera inévitablement l'ouverture de voies de recours (appel et cassation), entraînant des délais d'attente du jugement au fond bien plus longs que l'actuelle pratique judiciaire qui joint très heureusement, sauf exception, 'l'incident au fond' »¹⁶⁸¹. Il nous faut cependant remarquer que la position de la Commission pourrait se défendre dans la perspective où il y aurait toujours un jugement contentieux au fond, mais qu'elle élude les hypothèses grandissantes où il n'y a pas de jugement contentieux au fond. Nous l'avons vu, dans ce cas, le contrôle de la légalité de l'enquête repose uniquement sur le parquet.

*

649. Conclusion de la section 2^{de}. Les entraves théoriques et pratiques à la restauration de la juridictionnalisation des fonctions du ministère public pourraient être surmontées si l'on s'efforçait de dépasser les apparences.

Les arguments théoriques qui peuvent être avancés à l'encontre de l'instauration d'un juge de la phase intermédiaire viennent paradoxalement en démontrer davantage la nécessité. D'une part, l'atteinte à la séparation des fonctions qu'impliquerait le contrôle de la décision de poursuite, et au travers elle de la légalité des investigations effectuées, est en réalité imposée par la *ratio* du principe qui sous-tend la règle prétendument violée. Puisque l'objectif de toute distribution de fonctions est bien d'assurer un contrôle mutuel des autorités répressives les unes sur les autres, le meilleur moyen de contredire cet objectif est de spécialiser chaque organe judiciaire dans une seule et unique fonction et le meilleur moyen d'y parvenir est d'autoriser chaque organe judiciaire à prendre part, dans une certaine mesure, à l'activité de l'autre, car seule une telle combinatoire peut corriger la hiérarchie naturelle des fonctions. D'autre part, le risque de pré-jugement qu'entraînerait la création d'un juge de la phase intermédiaire serait finalement heureux, car c'est effectivement le but même de la proposition que nous avons formulée. Puisqu'il s'agit de s'assurer que les investigations ont été effectuées conformément à la loi, puisqu'il s'agit de s'assurer de la parfaite mise en état de l'affaire avant sa présentation devant la juridiction qui sera éventuellement saisie, il est normal que les questions provisoires soient effectivement préalablement jugées afin qu'elles ne parasitent plus l'audience de jugement.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*

Les entraves pratiques à la juridictionnalisation de la phase intermédiaire se révèlent en revanche plus sérieuses. Elles ne sont toutefois pas insurmontables si l'on prend en compte la rationalisation opérée et, à travers elle, l'économie qui en résulte. Les affaires simples qui devaient nécessairement faire l'objet d'une instruction parce que criminellement qualifiées pourraient être mises en état plus efficacement. Elles ne viendraient plus nécessairement encombrer le rôle des cours d'assises si l'on admet qu'elles puissent faire l'objet d'une procédure sur reconnaissance de culpabilité. Surtout, les audiences de jugement seraient soulagées du contentieux de l'annulation et ne seraient plus encombrées par des affaires qui nécessitent un supplément d'information. Aussi, un contrôle préalable au renvoi à l'audience ne nuirait-il pas nécessairement à l'efficacité.

*

**

650. Conclusion du Chapitre 2nd : la restauration d'un juge préliminaire : vox clamantis in deserto ? « L'institution d'une juridiction pour examiner les actes de l'instruction écrite et pour en régler le cours », écrivait Hélie en 1855, dans la première édition de son *Traité d'instruction criminelle*, à propos des chambres du conseil et d'accusation instituées par le code d'instruction criminelle, « est une des plus belles créations de la procédure » ; elle constitue une « puissante barrière élevée entre l'instruction et les juges du fond » qui « arrête et rejette toutes les poursuites qui sont dénuées de fondement, toutes les informations qui ne sont pas établies sur de graves indices ou sur des preuves, toutes les procédures témérairement commencées et dont la continuation constituerait un abus de la justice »¹⁶⁸². Il pouvait ainsi conclure que cet examen préliminaire est « l'unique frein de l'instruction, l'unique limite de la puissance presque illimitée que la loi a attribuée au droit de poursuivre et au droit d'instruire » et que « [s']il est utile, pour qu'aucune infraction n'échappe à l'action judiciaire, que sa vigilance ne rencontre aucun obstacle, il est également utile qu'un pouvoir modérateur contrôle ses actes et les arrête s'ils enfreignent les bornes ou les règles de sa mission »¹⁶⁸³.

¹⁶⁸² HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome VI, *op. cit.*, n° 392, p. 5.

¹⁶⁸³ *Ibid.*, p. 7.

On sait que la chambre du conseil fut critiquée puis supprimée¹⁶⁸⁴, que cette suppression fut regrettée et qu'une restauration fut vainement tentée¹⁶⁸⁵. Hélie pouvait écrire en 1867, dans la seconde édition de son *Traité*, que « c'est la nécessité des choses qui avait scindé ces fonctions » de l'instruction¹⁶⁸⁶ et que la suppression de la chambre du conseil avait conduit à ce que le juge d'instruction « apprécie ses propres actes » : « il prononce sur l'instruction qu'il a édifiée, il décide si elle est ou non fondée, s'il a eu raison d'instruire ou s'il s'est trompé ; il statue sur les fins de non-recevoir, sur les questions préjudicielles, sur les questions de compétence ; il pèse les indices et présomptions, il préjuge la culpabilité. Et pour accomplir une œuvre si considérable, il n'a plus le contrôle du tribunal, l'appui et l'opinion de ses collègues, la discussion que dégage la vérité, il est seul »¹⁶⁸⁷. Garraud considérait, quant à lui, que la répartition initiale des rôles entre le juge d'instruction et la chambre du conseil constituait une garantie solide : « [d]ans le système qui avait prévalu en 1808, le magistrat instructeur rassemblait les preuves, mais il n'était pas seul à les apprécier :

¹⁶⁸⁴ Voir ainsi l'exposé des motifs de la loi du 17 juillet 1856, cité par HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome V, H. Plon, 2^{ème} éd., Paris, 1867, n° 2041, p. 60 : « (...) le juge d'instruction et la chambre du conseil constituent moins deux juridictions distinctes qu'une juridiction scindées » car ces « deux pouvoirs, qui sont l'instrument de la police judiciaire, se rencontrent et se pénètrent sans cesse ». On fit également remarquer que la distinction théorique des fonctions de l'instruction était méconnue par l'organisation pratique de la procédure devant la chambre du conseil car le juge d'instruction, en étant membre, c'est son point de vue qui prévalait dans l'immense majorité des cas : « Le juge saisit la chambre et la chambre peut seule dessaisir le juge. Tour à tour ils se dominant et s'asservissent. La chambre est appelée à résoudre toutes les questions de compétence, et cependant le juge peut la prévenir en déclinant la compétence territoriale. Le juge se meut librement dans son ministère, aucun acte d'instruction ne pouvant lui être prescrit, et cependant la chambre a le droit de déclarer l'instruction incomplète. Une fois que la procédure est édifiée, et quand le moment est venu de procéder à son apurement, la chambre absorbe le juge dans son sein pour le faire concourir à cette opération ; mais dès que le juge a pris séance, il peut dans certains cas dicter la loi à la chambre et imposer sa volonté ». Voir également, GUILLOT (A.), *Des principes du nouveau code d'instruction criminelle (Discussion du projet et commentaire de la loi)*, Larose et Forcel, Paris, 1884, p. 228 : elle entravait la prompte expédition des affaires tout en méconnaissant la séparation entre l'instruction et le jugement puisque, « dans la plupart des tribunaux, elle était tout à la fois chambre du conseil et chambre de jugement, elle se renvoyait à elle-même l'affaire qu'elle devait juger comme tribunal correctionnel ».

¹⁶⁸⁵ Un projet tendant à rescuciter la chambre du conseil avait été déposé par Dufaure et finalement voté en 1909 par le Sénat. Le juge d'instruction ayant fait son rapport en était exclu, la chambre ne pouvait être celle qui statuerait au fond sur les faits correctionnels. Cependant, les fonctions de cette section du tribunal ne consistaient pas à régler l'instruction, mais à statuer, au cours de la procédure, sur les incidents qui se rattachent à la détention préventive. Garraud remarquait qu'il ne s'agissait pas, soit d'associer la chambre du conseil à certaines opérations de l'instruction, soit de partager, entre elle et le juge d'instruction, la responsabilité des décisions, mais seulement de contrôler, par son intervention, les pouvoirs du juge d'instruction sur la liberté de l'inculpé. Voir ainsi, GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome III, *op. cit.*, p. 304. La loi du 7 février 1933 tenta une restauration de la chambre du conseil, mais dans l'optique d'un contrôle de la détention préventive, remise en cause par la loi du 25 mars 1935.

¹⁶⁸⁶ HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome V, 2^{ème} éd., *op. cit.*, n° 2044, p. 67.

¹⁶⁸⁷ HÉLIE (F.), *ibid.*, n° 2045, p. 69. Dans le même sens, voir MORIZOT-THIBAUT (C.), *De l'action du pouvoir sur les magistrats chargés de l'instruction criminelle*, A. Chevalier-Marescq et Cie, Paris, 1902, p. 130 : « (...) on ne sut pas assez distinguer l'institution de la pratique des magistrats. Bonne en elle-même, c'est pour la faute des hommes qu'elle fut condamnée ».

rien ne pouvait mieux garantir qu'une telle division de fonctions les intérêts engagés dans l'instruction »¹⁶⁸⁸.

Ces arguments résonnent d'une tonalité nouvelle si l'on prend soin de constater que le magistrat omnipotent de l'avant-procès n'est plus le juge d'instruction, mais le magistrat du ministère public. Que l'instauration d'une juridiction, chargée d'examiner les actes de l'instruction écrite et d'en régler le cours préliminaire, autrefois motivée par l'omnipotence du juge d'instruction, se trouve désormais commandée par la prépotence du ministère public. Que l'instauration d'une juridiction préliminaire devrait désormais dépasser le seul contrôle des actes d'instruction et du règlement de la procédure pour viser également les pouvoirs de sanction du procureur.

La figure du juge instructeur effraie là où la figure du parquet instructeur rassure, et l'argument séparatiste interdit l'instauration d'un juge préliminaire là où il pouvait naguère en justifier la création ou la restauration. Pourtant, le ministère public apprécie désormais effectivement ses propres actes, prononce sur l'instruction qu'il a édifiée, décide si elle est ou non fondée, s'il a eu raison d'instruire ou s'il s'est trompé ; pèse les indices et présomptions, juge la culpabilité. Et aucune barrière n'est élevée entre l'instruction du parquet et les juges du fond, le magistrat du ministère public disposant même d'un pouvoir qui était refusé au juge d'instruction, celui de proposer des sanctions à l'issue de ses investigations. Le moment ne serait-il pas venu d'introduire dans notre procédure pénale, comme nous y invitaient Hélie et Garraud, ce pouvoir modérateur qui contrôlerait véritablement les actes du magistrat instructeur et les arrêterait s'ils enfreignent les bornes ou les règles de sa mission ?

¹⁶⁸⁸ GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome III, *op. cit.*, n° 991, p. 301.

Conclusion du Titre 2nd

651. L'équivoque portant sur les voies de la juridictionnalisation des fonctions du ministère public s'est dissipée.

Si les fonctions du ministère public n'ont plus nécessairement vocation à servir la fonction juridictionnelle du juge répressif – et corrélativement à être contrôlées par ce dernier –, leur encadrement ne pourrait s'opérer efficacement par le recours aux règles de la responsabilité civile ou de la responsabilité pénale. Car chercher à moraliser et discipliner, substantiellement, l'activité du ministère public par le biais de la responsabilité de l'organe plutôt que par l'annulation processuelle, des actes irréguliers qu'elle produit, nécessiterait de remettre en cause la vocation indemnitaire de la responsabilité civile et la vocation répressive subsidiaire de la responsabilité pénale. En outre, la voie anglaise d'un contrôle juridictionnel des décisions du ministère public par le juge administratif, par le biais de la *judicial review* qui présente le mérite, à la différence du droit français, de ne pas conférer une immunité substantielle aux décisions du ministère public au motif qu'elles s'inscriraient dans un cadre judiciaire, paraît trop étrangère à la tradition française pour avoir quelque chance de convaincre le juriste continental.

Aussi, la sanction juridictionnelle des dysfonctions détachées du procès pénal poserait-elle davantage de problèmes qu'elle ne viendrait en résoudre.

652. La seule voie qui soit à la fois cohérente et garantiste consiste alors à réinscrire les fonctions du ministère public dans un processus juridictionnalisé, en restaurant la *ratio* profonde de l'institution, et à permettre au ministère public de déployer ses activités d'investigation en les soumettant éventuellement au contrôle d'un juge préparatoire,

toujours au contrôle d'un juge préliminaire.

Bien sûr, le modèle que nous avons tracé peut toujours être discuté dans ses détails. Il nous semble toutefois que les principes dégagés répondent dans leurs grandes lignes à l'objectif que nous nous étions fixé : permettre à l'institution de manifester le génie profond qui a justifié sa création en l'obligeant à redevenir partie et ainsi à participer à une réalisation du *jus puniendi* à la fois méthodique et garantiste.

Conclusion de la Seconde partie

653. Les vertus « subversives » et « décapantes » de la méthode comparative qu'annonçaient Horatia Muir-Watt et Virally se sont pleinement confirmées. Et, même si l'humilité scientifique suppose que le comparatiste se forme une assez claire conscience de ce qu'il peut seulement espérer voir s'entrouvrir les portes de la falsifiabilité, le « test comparatif » auquel nous avons soumis les ministères publics anglais et français nous a-t-il au moins permis de relativiser certains doutes formulés à l'encontre de notre propre système. Aussi, en restaurant l'estime de soi du système national, a-t-elle réfuté la tentation de l'appel aux solutions étrangères et nous a-t-elle permis de relativiser fortement la pertinence des solutions esquissées pour contrebalancer le renforcement des prérogatives du ministère public français.

654. Une réforme du ministère public français s'avère certainement nécessaire. Toutefois, elle devrait porter sur les fonctions de celui-ci avant d'être concentrée sur son statut. Nous avons trop tendance en France à déplorer la dépendance statutaire du parquet sans percevoir que celui-ci dispose d'une indépendance fonctionnelle véritable, lorsque l'on compare l'institution continentale à son homologue anglaise. Nos doutes nous conduisent à éclipser la problématique centrale posée par l'évolution du ministère public et à ouvrir, au contraire, la voie de son renforcement, en conférant une légitimité de substitution – l'indépendance ou l'impartialité – à la légitimité naturelle du parquet qui réside dans son rôle de contradicteur nécessaire de la personne mise en cause.

Or, la problématique demeure véritablement d'ordre fonctionnel. C'est bien la maîtrise complète par le ministère public du traditionnel *iter processualis* qui pose problème, non le statut du parquet, et il faut se garder de procéder par ellipse. Peu importe sa dépendance à l'égard de l'exécutif si le ministère public se trouve dans la nécessité de se constituer partie

et si l'accès au juge est garanti au justiciable. Car la vocation du ministère public doit toujours demeurer conforme à sa *ratio* primitive : garantir l'impartialité du juge en raison de l'obligation dans laquelle il doit se trouver de se constituer partie pour obtenir la réalisation du droit de punir.

Conclusion générale

655. La confrontation s'achève et il nous faudrait déclarer un vainqueur, sous peine de déni. La justice, pourtant, imposerait qu'il n'y en ait pas et que les deux combattantes – la juridictionnalisation de la répression pénale et l'institution du ministère public – demeurent sur l'estrade, toujours entrelacées.

656. L'institution d'un ministère public partie avait permis la naissance d'une contestation formelle grâce à laquelle la répression pénale pouvait revendiquer une indiscutable légitimité.

La répression pénale, en effet, ne s'est véritablement juridictionnalisée que du jour où un contradicteur a pu être toujours opposé à la personne mise en cause. Alors qu'elle demeurait marquée du sceau de sa naturelle unilatéralité – la seule partie dont l'existence est absolument inéluctable dans la répression, faisait remarquer Hébraud, est bien la personne que l'on soupçonne¹⁶⁸⁹ –, l'institution du ministère public lui avait permis de se

¹⁶⁸⁹ Voir HEBRAUD (P.), « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux. A propos de la condamnation pénale », art. préc., n° 25, p. 191. Voir également en ce sens, R. MARTIN, *Théorie générale du procès (Droit processuel)*, op. cit., n° 12, p. 8. Selon cet auteur, dans un Etat de droit, l'acte de punir doit être précédé de quelques précautions, le prévenu ne pouvant être livré à la discrétion du juge sans recevoir le moyen de se défendre. Or, « ce moyen est essentiellement le débat, la contradiction ». On peut très bien concevoir l'examen de la culpabilité comme une démarche purement unilatérale. D'ailleurs, tel était le cas sous l'empire de l'ordonnance de 1670. Mais l'organisation d'un débat contradictoire donne au prévenu ou à l'accusé le droit à la parole pendant le processus d'élaboration de la décision. Elle étend ainsi le droit à la critique : « Ce droit à la défense et ce droit à la critique sont réalisés par la forme contradictoire du procès, alors même que la contradiction ne lui est pas immanente. Mais cette contradiction institutionnalisée n'a pas sa fin en elle-même. Elle ne serait que mystification si elle ne servait que de théâtre pour déguiser la discrétion du juge dans sa décision (...). La contradiction n'est pas une fin en soi, elle ne prend son sens que comme méthode menant à la vérité judiciaire ».

réaliser en une forme litigieuse. En se voyant opposer un contradicteur, la personne mise en cause accédait ainsi à la fois à un juge véritable et au moyen de se défendre par le débat, la contradiction. Aussi, l'institution du ministère public fut-elle suscitée par la lente attraction de la répression vers un processus juridictionnalisé tout autant qu'elle suscita ce processus. L'emprunt de litigiosité que permettait l'institution, et qui constituait en retour le chemin qu'elle devait suivre pour parvenir à la répression, fut en tous points remarquable car le juge pouvait désormais recueillir par décantation « la représentation des faits la plus adéquate du droit » à la suite de la « confrontation heuristique d'argumentations dont la pluralité neutralise la partialité respective »¹⁶⁹⁰.

L'institution du ministère public s'est pourtant détachée des conditions qui l'ont vu naître pour vivre désormais d'une vie propre. Sa qualité de partie justifie désormais l'évacuation formelle de la contestation sur laquelle reposait la répression pénale. Aussi, la réalisation du droit de punir ne transite-t-elle plus, pour le ministère public, par l'adoption préalable et nécessaire de la qualité de partie. Lorsqu'il souhaite parvenir à la réalisation du droit répressif, la loi lui offre désormais les ressources lui permettant, non seulement de mettre les affaires en état en usant de pouvoirs coercitifs, mais aussi de répondre aux infractions en usant de pouvoirs rétributifs. Partie nécessaire au procès pénal, le ministère public n'est désormais plus nécessairement partie. La litigiosité formelle n'est plus la condition de la réalisation du droit de punir, elle n'en est désormais que la mesure. S'opère ainsi progressivement une gradation symétrique des niveaux de coercition ou de rétribution recherchés et des degrés de litigiosité qu'il est nécessaire au ministère public d'emprunter.

657. Mais en perdant de vue sa *ratio* première, l'institution réactive les vieux démons unilatéralistes de la procédure pénale pour finalement ne réaliser qu'un à-peu-près droit pénal.

Or, ces vieux démons ne sauraient être chassés par l'apparent consensualisme sur lequel les pouvoirs du ministère public s'appuient. La thèse du consensualisme, pas plus que son antithèse, la litigiosité, ne constitue une donnée naturelle qui devrait s'intégrer dans la répression pénale. Et, après tout, si l'on a pu dénoncer le caractère artificiel de l'emprunt nécessaire de litigiosité qui caractérisait l'*iter processualis* répressif, l'on pourrait également

¹⁶⁹⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels » in D. D'AMBRA, F. BENOIT-ROHMER et C. GREWE (dir.), *Procédure et effectivité des droits*, Actes du colloque des 31 mai et 1^{er} juin 2002 organisé à la Faculté de droit de Strasbourg par l'Institut de recherche Carré de Malberg et l'Equipe droits de l'Homme du groupe de recherche sur les identités et les constructions européennes, Nemesis, Bruylant, coll. « Droit et justice », Bruxelles, 2003, n° 22, p. 12.

dénoncer, *mutatis mutandis*, l'emprunt de consensualisme qui justifie l'accroissement des pouvoirs du parquet. Car c'est bien pour offrir des formes juridictionnelles à la répression pénale que fut suscitée la création d'un ministère public, non les formes juridictionnelles qui étaient destinées à permettre au ministère public de dépasser les résistances qu'il serait susceptible de rencontrer.

En outre, la légitimité judiciaire du ministère public peine à masquer que la procédure pénale, et au travers elle le droit pénal, ne saurait saisir ce non-droit, dont le Doyen Carbonnier avait fait l'hypothèse, sous peine de se condamner lui-même à demeurer un à peu-près-droit. En instituant le ministère public organe du pan-juridisme répressif, le législateur ne convie pas l'infrajuridique dans la *domus* processuelle. Il en vient plutôt à mettre celle-ci en péril et transforme la personne mise en cause en sans-abri du droit. Il oublie que le droit pénal, comme le droit tout entier, doit être sage et « se méfier de ses propres excès », qu'il est pour lui prudent de ménager « des espaces où la contrainte qui est inhérente au droit cessera de s'appliquer, donnera un repos aux individus, des aires de repos, de respirations nécessaires pour la santé de la société et du même coup pour la santé du droit »¹⁶⁹¹.

658. Churchill avait relevé naguère, dans un célèbre discours à la chambre des communes, que les méthodes utilisées pour lutter contre la criminalité sont parmi les meilleurs critères d'évaluation du niveau de civilisation d'un pays : « [L]a reconnaissance posée et objective des droits de l'accusé par l'État, et même des criminels condamnés par l'État, l'examen de conscience constant par toutes les personnes chargées de punir, le désir et l'empressement de réintégrer dans le monde industriel tous ceux qui ont payé leur dette au prix d'une peine (...) sont les symboles qui, dans le traitement réservé au crime et aux criminels, marquent et mesurent la force vive d'une nation et constituent la preuve de la vertu qui l'anime »¹⁶⁹². Garraud l'avait à son tour souligné en une formule plus ramassée : c'est toujours par la procédure « que se présente la répression et qu'elle se légitime »¹⁶⁹³.

Cette légitimité par la procédure, les systèmes répressifs anglais et français l'ont largement acquise grâce à l'institution d'un ministère public. Les multiples visages que cette dernière revêt désormais ne doivent pas faire oublier la vocation profondément libérale de

¹⁶⁹¹ CARBONNIER (J.), « L'hypothèse du non-droit », *Droit et Cultures* 2004/2, n° 48, p. 231 et s., repris in *Ecrits*, *op. cit.*, p. 741.

¹⁶⁹² Discours à la Chambre des communes du 20 juillet 1910, *The Official Report, House of Commons (5th Series)*, *Hansard*, vol. 19, § 1354.

¹⁶⁹³ GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome I, *op. cit.*, n° 1, p. 1.

l'institution : son rôle ancillaire au bénéfice de la juridictionnalisation de la répression. Faire du ministère public un juge, c'est aller à l'encontre de sa nature profonde et oublier cette vérité simple : nous n'en aurions pas besoin s'il devait être juge. D'être contradicteur, voilà son génie propre. C'est peut-être peu. Mais c'est déjà beaucoup.

Bibliographie

I. HISTOIRE, SOCIOLOGIE, PHILOSOPHIE, LINGUISTIQUE, BIOLOGIE,

A. OUVRAGES ET DICTIONNAIRES

1. En anglais

EMSLEY (C.), *The Great British Bobby*, Quercus Publishing Plc, Londres, 2010.

EMSLEY (C.) (ed.), *Policing in its Context 1750-1870*, The Macmillan Press, Londres, 1983.

2. En français

ALARY (E.), *L'histoire de la gendarmerie, de la Renaissance au troisième millénaire*, éd. Perrin, coll. « Tempus », Paris, 2011.

ARON (R.), *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, coll. « Tel », Paris, 1967.

AUBOUIN (M.), TEYSSIER (A.) et TULARD (J.) (dir.), *Histoire et dictionnaire de la police du Moyen-Âge à nos jours*, Robert Laffont, coll. « Bouquins », Paris, 2005.

BEDARIDA (F.), *La société anglaise du milieu du XIX^{ème} siècle à nos jours*, éditions du Seuil, coll. « Points Histoire », Paris, 1990.

BERLIERE (J.-M.) et LEVY (R.), *Histoire des polices en France. De l'ancien régime à nos jours*, Nouveau Monde éd., Paris, 2013.

BERNARD (C.), *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Flammarion, coll. « Champs classiques », Paris, 2008.

BOUDON (R.) et BOURRICAUD (F.), *Dictionnaire critique de la sociologie*, PUF, coll. « Quadrige », 2^{ème} éd., Paris, 2002.

CANTO-SPERBER (M.) (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, tome 1, PUF, coll. « Quadrige », 4^{ème} éd., Paris, 2004.

- CHASSAIGNE (P.)**, *Histoire de l'Angleterre*, Flammarion, coll. « Champs Histoire », Paris, 2008.
- COTTRET (B.)**, *Histoire de l'Angleterre*, éditions Tallandier, coll. « Texto », Paris, 2007.
- DE SAUSSURE (F.)**, *Cours de linguistique générale*, Grande bibliothèque Payot, Editions Payot et Rivages, Paris, 1993.
- DENYS (C.) (dir.)**, *Circulations policières, 1750-1914*, Presses Universitaires du Septentrion, Lille, 2012.
- DIEU (F.)**, *La gendarmerie, secret d'un corps*, éd. Complexe, Paris, 2002.
- DURKHEIM (E.)**, *La division du travail social*, PUF, coll. « Quadrige », 7^{ème} édition, Paris, 2007.
- EMSLEY (C.)**, *Gendarmes and the State in Nineteenth-Century Europe*, OUP, Oxford, 1999.
- FERRO (M.)**, *Histoire de France*, Odile Jacob, coll. « Poches », Paris, 2003.
- KOJEVE (A.)**, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, coll. « Tel », Paris, 1981.
- KYMLICKA (W.)**, *Les théories de la justice : une introduction*, La découverte/Poche, Paris, 2003.
- LECOMTE (D.) (dir.)**, *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2003.
- LEVY-BRUHL (H.)**, *Aspects sociologiques du droit*, éd. Rivière, Paris, 1955.
- LIZUREY (R.)**, *Gendarmerie nationale, les soldats de la loi*, PUF, coll. « Questions judiciaires », Paris, 2006.
- POPPER (K.)**, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, Paris, 1973.
- POPPER (K.)**, *La connaissance objective*, Flammarion, coll. « Champs essais », Paris, 1998.
- RAWLS (J.)**, *Théorie de la justice*, éd. Points, coll. « Essais », Paris, 2009.
- ROSANVALLON (P.)**, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, éd. du Seuil, coll. « Points essais », Paris, 2008.

B. ARTICLES

1. En anglais

- EMSLEY (C.)**, « The Thump of Wood on a Swede Turnip : Police Violence in Nineteenth Century England », (1985) 6 *Criminal Justice History* 125.

2. En français

- BOYER (A.)**, « Réfutabilité » in D. LECOMTE (dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2003, p. 822 et s.
- CHASSAIGNE (P.)**, « L'Angleterre, ennemie héréditaire ? », *Revue historique des armées* [en ligne], 264/2011, 16 sept. 2011, <http://rha.revues.org/7313>.

- EMSLEY (C.)**, « La légitimité de la police anglaise : une perspective historique comparée », *Déviance et société*, 1989, vol. 13, n° 1, p. 23 et s.
- FARCY (J.-C.)**, « La gendarmerie, police judiciaire au XIX^{ème} siècle », *Histoire, économie et société* 2001, n° 3 : « Les miroirs de la santé », p. 385 et s.
- LEVY (R.)**, « Un aspect de la mutation de l'économie répressive au XIX^{ème} siècle : la loi de 1863 sur le flagrant délit », *Revue historique*, 1986, 274/1, p. 43 et s.
- OGIEN (R.)**, « Impartialité » in M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, tome 1, PUF, coll. « Quadrige », 4^{ème} éd., Paris, 2004, p. 891 et s.
- TULARD (J.)**, « 1800-1815. L'organisation de la police » in M. AUBOUIN, A. TEYSSIER et J. TULARD (dir.), *Histoire et dictionnaire de la police du Moyen-Âge à nos jours*, Robert Laffont, coll. « Bouquins », Paris, 2005, p. 270 et s.

II. DROIT

A. OUVRAGES GENERAUX ET DICTIONNAIRES

1. En anglais

- ANDREWS (J. A.) et HIRST (M.)**, *Criminal Evidence*, Sweet and Maxwell, 1^{ère} éd., Londres, 1987.
- ASHWORTH (A.)**, *Principles of Criminal Law*, OUP, 4^{ème} éd., Oxford, 2003.
- ASHWORTH (A.)**, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, 5^{ème} éd., Cambridge, 2010.
- ASHWORTH (A.) et REDMAYNE (M.)**, *The Criminal Process*, OUP, 4^{ème} éd., Oxford, 2010.
- BAILEY (S.H.), CHING (J.P.L.) et TAYLOR (N.W.)**, *Smith, Bailey and Gunn on The Modern English Legal System*, Sweet & Maxwell, 5^{ème} éd., Londres, 2007.
- BARNETT (H.)**, *Constitutional and Administrative Law*, Cavendish Publishing, 4^{ème} éd., Londres, 2002.
- BLACKSTONE (W.)**, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1 : « Rights of Persons », Clarendon Press, 1^{ère} éd., Oxford, 1765.
- BLACKSTONE (W.)**, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4 : « Of Public Wrongs », Clarendon Press, 1^{ère} éd., Oxford, 1769.
- CANE (P.) et CONAGHAN (J.) (ed.)**, *The New Oxford Companion to Law*, OUP, Oxford, 2008.
- CHITTY (J.)**, *A practical Treatise on the Criminal Law*, vol. 1, Edward Earle, Philadelphie, 1819.
- DE SMITH (S.) et BRAZIER (R.)**, *Constitutional and administrative law*, Penguin, 6^{ème} éd., 1989.
- DEAKIN (S.), JOHNTON (A.) et MARKENISIS (B.)**, *Tort Law*, OUP, 6^{ème} éd., Oxford, 2008.
- DELMAS-MARTY (M.) et SPENCER (J. R.) (dir.)**, *European Criminal Procedure*, Cambridge

University Press, Cambridge, 2002.

- DENNIS (I.)**, *The Law of Evidence*, Sweet and Maxwell, 4^{ème} éd., Londres, 2010.
- GLOVER ALEXANDER (G.)**, *The Administration of Justice in Criminal Matters (in England and Wales)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1915.
- HARRIS (P.)**, *An Introduction to Law*, Cambridge University Press, 7^{ème} éd., Cambridge, 2006.
- HART (W. O.)**, *Hart's Introduction to the Law of Local Government and Administration*, Butterworths, 6^{ème} éd., Londres, 1957.
- HOLDSWORTH (W. S.)**, *A History of English Law*, vol. 1, Little, Brown and Company, 3^{ème} éd., Boston, 1922.
- HOSTETTLER (J.)**, *A History of Criminal Justice in England and Wales*, Waterside Press, Londres, 2009.
- KENNY (C. S.)**, *Outlines of Criminal Law*, Cambridge University Press, 7^{ème} éd., Cambridge, 1915.
- KORKOUNNOV (N. M.)**, *General Theory of Law*, The Macmillan Company, 2^{nde} éd., New York, 1922.
- LAW (J.) et MARTIN (E. A.) (ed.)**, *A Dictionary of Law*, OUP, 7^{ème} éd., Oxford, 2009.
- MAGUIRE (M.)**, **MORGAN (R.) et REINER (R.) (ed.)**, *The Oxford Handbook of Criminology*, OUP, Oxford, 2012.
- MCCONVILLE (M.) et WILSON (G.) (ed.)**, *The Handbook of the Criminal Justice Process*, OUP, Oxford, 2002.
- MURPHY (P.)**, *Murphy on Evidence*, OUP, 11^{ème} éd., Oxford, 2009.
- NEWBURN (T.) et NEYROUD (P.) (ed.)**, *Dictionary of Policing*, Willan, Londres, 2008.
- PHILIPPS (S. M.) et AMOS (A.)**, *A Treaty on the Law of Evidence*, Saunders and Benning, 8^{ème} éd., Londres, 1838.
- RADZINOWICZ (L.)**, *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, vol. 3 : « Cross-Currents in the Movement for the Reform of the Police », Stevens and Sons Limited, Londres, 1956.
- REIMANN (M.) et ZIMMERMANN (R.)**, *The Oxford Handbbook of Comparative Law*, OUP, Oxford, 2006.
- ROBERTS (P.) et ZUCKERMAN (A.)**, *Criminal Evidence*, OUP, 2^{ème} éd., Oxford, 2008.
- ROGERS (W. V. H.)**, *Winfield & Jolowicz on Tort*, Sweet and Maxwell, 18^{ème} éd., Londres, 2010.
- SANDERS (A.)**, **YOUNG (R.) et BURTON (M.)**, *Criminal Justice*, OUP, 3^{ème} éd., Oxford, 2007.
- SANDERS (A.)**, **YOUNG (R.) et BURTON (M.)**, *Criminal Justice*, OUP, 4^{ème} éd., Oxford, 2010.
- SPARCK (J.)**, *A Practical Approach to Criminal Procedure*, OUP, 9^{ème} éd., Oxford, 2002.
- SPENCER (J. R.)**, *Jackson's Machinery of Justice*, Cambridge University Press, 8^{ème} éd., Cambridge, 1989.
- STEPHEN (J. F.)**, *A General View of the Criminal Law of England*, Macmillan and Co, Londres, 1863.

- STEPHEN (J. F.)**, *Digest of the Law of Evidence*, Macmillan and Co, Londres, 1876.
- STEPHEN (J. F.)**, *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, Macmillan and Co, Londres, 1883.
- TAYLOR (J. P.)**, *A Treatise on the Law of Evidence : As Administered in England and Ireland*, vol. II, Maxwell and Son, 7^{ème} éd., Londres 1878.
- UGLOW (S.), DICKSON (L.), CHENEY (D.) et DOOLIN (K.)**, *Criminal Justice*, Sweet and Maxwell, 2^{ème} éd., Londres, 2002.
- WADE (H. W. R.) et FORSYTH (C. F.)**, *Administrative Law*, OUP, 10^{ème} éd., Oxford, 2009.
- WIGMORE (J. H.)**, *A treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common law*, vol. 3, Canadian edition, Canada Law Book Company, Little, Brown and Company, Toronto et Boston, 1905.
- ZANDER (M.)**, *Cases and Materials on the English Legal System*, Cambridge University Press, 10^{ème} éd., Cambridge, 2007.
- ZANDER (M.)**, *The Law-Making Process*, Cambridge University Press, 6^{ème} éd., Cambridge, 2004.

2. En français

- ANCEL (M.) et RADZINOWICZ (L.) (dir.)**, *Introduction au droit criminel de l'Angleterre*, Les éditions de l'épargne, coll. « Les grands systèmes de droit pénal contemporains », Paris, 1959.
- ANDRIANTSIMAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.) et SUDRE (F.) (dir.)**, *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2008.
- ARNAUD (J.-J.) et alii (dir.)**, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., Paris, 1993.
- AYRAULT (P.)**, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire, dont les grecs et romains ont usé es accusations publiques*, J. Caffin et F. Plaignard, Paris, 1643.
- BERENGER (A.)**, *De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception, et les doctrines des tribunaux*, L'Huillier, Paris, 1818.
- BERTHELEMY (H.)**, *Traité élémentaire de droit administratif*, Rousseau, Paris, 13^{ème} éd., 1933.
- BOBBIO (N.)**, *Essais de théorie du droit*, Bruylant LGDJ, coll. « La pensée juridique », Paris, 1998.
- BONGERT (Y.)**, *Histoire du droit pénal. Cours de Doctorat*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 2012.
- BOITARD (J.-E.)**, *Leçons sur les codes pénal et d'instruction criminelle*, Cotillon, 8^{ème} éd., Paris, 1863.
- BOULOC (B.)**, *Procédure Pénale*, Dalloz, coll. Précis, 24^{ème} éd., Paris 2014.
- BOURGUIGNON (M.)**, *Manuel d'instruction criminelle*, tome I, Librairie de jurisprudence et d'administration d'Antoine Bavoux, 3^{ème} éd., Paris, 1823.
- BOURGUIGNON (M.)**, *Jurisprudence des codes criminels*, tome I, Librairie de jurisprudence et d'administration d'Antoine Bavoux, Paris, 1825.
- CADIET (L.) (dir.)**, *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004.

- CADIET (L.) et JEULAND (E.),** *Droit judiciaire privé*, Lexisnexis, coll. « Manuel », 8^{ème} éd., Paris, 2013.
- CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.),** *Théorie générale du procès*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., Paris, 2013.
- CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.),** *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 7^{ème} éd., 2006.
- CARBASSE (J.-M.),** *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^{ème} éd., Paris, 2014.
- CARBONNIER (J.),** *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2004.
- CARNOT (M.),** *De l'instruction criminelle*, tome I, Nève, 2nde éd., Paris, 1829.
- CHAPUS (R.),** *Droit administratif général*, tome I, Montchrestien, 15^{ème} éd., Paris, 2001.
- CONSTANTINESCO (L.-J.),** *Traité de droit comparé*, tome 2 : *La méthode comparative*, LGDJ, Paris, 1974.
- CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.),** *Procédure pénale*, Armand Colin, 4^{ème} éd., Paris, 2002.
- CORNU (G.),** *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. « Domat Droit privé », 3^{ème} éd., Paris, 2005.
- CORNU (G.) (dir.),** *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8^{ème} éd., Paris, 2000.
- CORNU (G) et FOYER (J.),** *Procédure civile*, PUF, coll. « Thémis », 3^{ème} éd., Paris, 1996.
- COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.),** *Procédure civile*, Dalloz, coll. « Sirey Université », 17^{ème} éd., Paris, 2014.
- CUCHE (P.),** *Précis de droit criminel*, Dalloz, Paris, 1925.
- DABIN (J.),** *Théorie générale du Droit*, Dalloz, 3^{ème} éd., Paris, 1969.
- DAVID (R.),** *Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, LGDJ, Paris, 1950.
- DELMAS-MARTY (M.) (dir.),** *Procédures pénales d'Europe*, PUF, coll. « Thémis Droit Privé », Paris, 1995.
- DESPORTES (F.) et LAZERGES-COUSQUER (L.),** *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 3^{ème} éd., Paris, 2013.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.),** *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Librairie du recueil Sirey, 3^{ème} éd., Paris, 1947.
- DU BOYS (A.),** *Histoire du droit criminel des peuples modernes depuis la chute de l'empire romain jusqu'au XIX^{ème} siècle*, tome 3, Auguste Durand, Paris, 1860.
- DU PASQUIER (C.),** *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Delachaux et Niestlé SA, 3^{ème} éd., Neuchâtel, 1948.
- DUGUIT (L.),** *Traité de droit constitutionnel*, tome II : *La théorie générale de l'Etat*, éd. de Bocard, Paris, 1928.
- EISENMANN (C.),** *Cours de droit administratif*, tome II, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2014.
- ESMEIN (A.),** *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Editions Panthéon-Assas,

Paris, 2001 (réimpression de la 6^{ème} édition, revue par J. Barthélémy, parue en 1914 aux éditions Sirey).

- ESMEIN (A.)**, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 2010 (réimpression de l'édition parue en 1882 aux éditions L. Larose et Forcel).
- FLOUR (J.)**, **AUBERT (J.-L.)** et **SAVAUX (E.)**, *Les obligations, 2. Le fait juridique*, Sirey, coll. Université, 14^{ème} éd., Paris, 2011.
- GAMBARO (A.)**, **SACO (R.)** et **VOGEL (L.)**, *Traité de droit comparé. Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, LGDJ, Paris, 2011.
- GARÇON (E.)** et **PELTIER (V.)**, *Droit de la peine*, Litec, coll. « Manuels », Paris, 2010.
- GARRAUD (R.)**, *Précis de droit criminel*, L. Larose et Forcel, 3^{ème} éd., Paris, 1888.
- GARRAUD (R.)**, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome I, Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1907.
- GARRAUD (R.)**, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome II, Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1909.
- GARRAUD (R.)**, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome III, Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1912.
- GARRAUD (R.)** et **(P.)**, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome IV, Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1926.
- GENY (F.)**, *Science et technique en droit privé positif*, tome 3 : *Elaboration technique du droit positif*, Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1921.
- GHESTIN (J.)**, **BILLIAU (M.)** et **LOISEAU (G.)**, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, Paris, 2005.
- GUINCHARD (S.)** et *alii*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., Paris, 2003.
- GUINCHARD (S.)** et *alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, coll. « Précis », 6^{ème} éd., Paris, 2011.
- GUINCHARD (S.)** et **BUISSON (J.)**, *Procédure pénale*, Lexisnexis, 10^{ème} éd., Paris, 2014.
- GUINCHARD (S.)**, **CHAINAIS (C.)** et **FERRAND (F.)**, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. « Précis », 32^{ème} éd., Paris, 2014.
- HALPERIN (J.-L.)**, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Flammarion, coll. « Champs », Paris, 2006.
- HELIE (F.)**, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome I, C. Hingray, Paris, 1845.
- HELIE (F.)**, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome II, C. Hingray, Paris, 1846.
- HELIE (F.)**, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome III, C. Hingray, Paris, 1848.
- HELIE (F.)**, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome IV, C. Hingray, Paris, 1851.
- HELIE (F.)**, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome V, C. Hingray, 1^{ère} éd., Paris, 1853.

- HELIE (F.)**, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome VI, C. Hingray, 1^{ère} éd., Paris, 1855.
- HELIE (F.)**, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome III, H. Plon, 2^{ème} éd., Paris, 1866.
- HELIE (F.)**, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome IV, H. Plon, 2^{ème} éd., Paris, 1866.
- HELIE (F.)**, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, tome V, H. Plon, 2^{ème} éd., Paris, 1867.
- HERON (J.)**, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, Paris, 1990.
- HERON (J.)**, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 3^{ème} éd. par T. LE BARS, Paris, 2006.
- JEULAND (E.)**, *Droit processuel général*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2^{ème} éd., Paris, 2012.
- JOUSSE (D.)**, *Traité de la justice criminelle en France*, tome III, Debure père, Libraire, 1771.
- KELSEN (H.)**, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, LGDJ et Bruylant, Paris, 1997 (réimpression de l'édition parue en 1945 à New-York aux éditions Russell and Russell Publishers).
- KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, LGDJ et Bruylant, Paris, 1999 (réimpression de l'édition parue en 1962 aux éditions Dalloz).
- LABORDE (A.)**, *Cours élémentaire de droit criminel*, Arthur Rousseau, Paris, 1891.
- LABORDE (A.)**, *Cours élémentaire de droit criminel*, Arthur Rousseau, 2^{ème} éd., Paris, 1898.
- LAINGUI (A.) et LEBIGRE (A.)**, *Histoire du droit pénal*, tome II : *La procédure criminelle*, Cujas, Paris, 1979.
- LAFERRIERE (E.)**, *Traité de la juridiction administrative*, tome 2, Berger-Levrault, 2^{ème} éd., Paris, 1896.
- LE GRAVEREND (J.-M.)**, *Traité de la législation criminelle*, Tarlier, Libraire-éditeur, Bruxelles, 1832.
- LE TOURNEAU (P.)**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. « Dalloz Action », Paris, 2002.
- LE POITTEVIN (G.)**, *Dictionnaire-Formulaire des parquets et de la police judiciaire*, tome 2, Arthur Rousseau, Paris, 1885.
- LEGRAND (P.)**, *Le droit comparé*, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 3^{ème} éd., Paris, 2009.
- LOCRE DE ROISSY (J. G.)**, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, tomes XXIV et XXV, Treuttel et Würtz, Libraires, Paris, 1831.
- MANGIN (M.)**, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, Société typographique belge, Bruxelles, 1839.
- MARTIN (R.)**, *Théorie générale du procès (Droit processuel)*, Editions juridiques et techniques, Semur-en-Auxois, 1984.
- MAYAUD (Y.)**, *Droit pénal général*, PUF, 4^{ème} éd., Paris, 2013.
- MERLE (R.) et VITU (A.)**, *Traité de droit criminel*, tome II, Cujas, 2^{ème} éd., Paris, 1973.

- MERLIN (P. A.),** *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome VII, Garnery, 3^{ème} éd., Paris, 1808.
- MERLIN (P.A.),** *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome XIV, Garnery, 5^{ème} éd., Paris, 1828.
- MITTERMAIER (C. J. A.),** *Traité de la preuve en matière criminelle*, De Cosse et N. Delamotte, Paris, 1848.
- MOTULSKY (H.),** *Droit processuel* (textes recueillis par M.-M. Capel), éd. Montchrestien, Paris, 1973.
- MUYART DE VOUGLANS (P. F.),** *Institutes au Droit Criminel*, Lebreton, Paris, 1757.
- ORTOLAN (J.-L.-E.),** *Eléments de droit pénal : pénalité - juridictions - procédure, suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence avec les données de nos statistiques criminelles*, E. Plon Frères, Paris, 1855.
- ORTOLAN (J.-L.-E.),** *Eléments de droit pénal : pénalité - juridictions - procédure, suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence avec les données de nos statistiques criminelles*, tome 2, E. Plon et Cie, 5^{ème} éd. rev. complétée et mise au courant de la législation française et étrangère par Albert Desjardins, Paris, 1886.
- PLANIOL (M.),** *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, LGDJ, 8^{ème} éd., Paris, 1920.
- POTHIER (R.-J.),** *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, tome 9, *Traité de la procédure criminelle*, Pichont-Béchet, Paris, 1827.
- PRADEL (J.),** *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. « Précis », 3^{ème} éd., Paris, 2008.
- PRADEL (J.),** *Procédure pénale*, Cujas, 17^{ème} éd., Paris, 2013.
- PRADEL (J.), CORSTENS (G.) ET VERMEULEN (G.),** *Droit pénal européen*, Dalloz, coll. « Précis », 3^{ème} éd., Paris, 2009.
- RASSAT (M.-L.),** *Traité de procédure pénale*, Ellipses, Paris, 2010.
- RENUCCI (J.-F.),** *Traité de droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 2^{ème} éd., Paris, 2012.
- ROBERT (J.-H.),** *Droit pénal général*, PUF, coll. « Thémis Droit privé », 6^{ème} éd., Paris, 2005.
- ROGRON (J. A.),** *Code d'instruction criminelle expliqué par ses motifs et par des exemples*, Tarlier, Libraire-éditeur, Bruxelles, 1832.
- ROGUIN (E.),** *La science juridique pure*, tome 1, LGDJ, Paris-Lausanne, 1923.
- ROLAND (H.) et BOYER (L.),** *Locutions latines du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., Paris, 1998.
- ROUBIER (P.),** *Théorie générale du droit (Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales)*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, 2005 (réimpression de la 2^{ème} édition parue en 1951 aux éditions Sirey).
- ROUBIER (P.),** *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, 2008 (réimpression de la 2nde édition parue en 1960 aux éditions Dalloz et Sirey).
- ROUX (J. A.),** *Cours de droit criminel français*, tome II : *Procédure pénale*, Recueil Sirey, 2^{ème} éd., Paris, 1927.
- SERPILLON (F.),** *Code criminel ou commentaire sur l'ordonnance de 1670*, Périsse, Lyon, 1767.
- SOLUS (H.) et PERROT (R.),** *Droit judiciaire privé*, tome III : *Procédures de première instance*, Sirey, Paris, 1991.

- SPENCER (J. R.)**, *La procédure pénale anglaise*, PUF, coll. « Que sais-je », Paris, 1998.
- STEFANI (G.) et LEVASSEUR (G.)**, *Droit pénal général et procédure pénale*, tome II : *Procédure pénale*, Dalloz, coll. « Précis », 3^{ème} éd., Paris, 1968.
- TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.)**, *Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., Paris, 2013.
- TREBUTIEN (E.)**, *Cours élémentaire de droit criminel*, tome II : *Instruction criminelle*, A. Lahure, Imprimeur-éditeur, 2^{ème} éd. par LAISNE-DESHAYES (J.) et GILLOUARD (L.), Paris, 1884.
- VERGES (E.)**, *Procédure pénale*, Lexisnexis, coll. « Objectif droit », 4^{ème} éd., Paris, 2014.
- VIDAL (G.)**, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, tome II : *Procédure pénale - Domaine de la loi en matière pénale*, Rousseau, 9^{ème} éd. par MAGNOL (J.), Paris, 1949.
- VILLEY (E.)**, *Précis d'un cours de droit criminel*, Pédone-Lauriel, 2^{ème} éd., Paris, 1880.
- VOUIN (R.)**, *Manuel de droit criminel*, LGDJ, Paris, 1949.

B. OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, THESES

1. En anglais

- ATIYAH (P. S.)**, *Pragmatism and Theory in English Law*, Stevens & Sons, Londres, 1987.
- BARLOW (T.)**, *The Justice of the Peace. A Treatise Containing the Power and Duty of that Magistrate*, Londres, 1795.
- BEARE (M. E.) et MURRAY (T.) (ed.)**, *Police and Government Relations : Who's Calling the Shots ?*, University of Toronto Press, Toronto, Buffalo, Londres, 2007.
- BEATTIE (J. M.)**, *Crime and the Courts in England 1660-1800*, OUP, Oxford, 1986.
- BELLAMY (J. G.)**, *Criminal Law and Society in Late Medieval and Tudor England*, St Martin's Press, New York, 1984.
- BENTLEY (D.)**, *English Criminal Justice in the Nineteenth Century*, The Hambledon Press, Londres, 1998.
- BEVAN (V.) et LIDSTONE (K. W.)**, *A Guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984*, Butterworth and Co, 1^{ère} éd., Londres, 1985.
- BOND (J.)**, *A Complete Guide for Justices of the Peace*, Printed by the Assigns of Richard and Edward Atkins, Londres, 3^{ème} éd., 1696.
- BURN (R.)**, *The History of the Justice of the Peace, and Parish Officers*, vol. 1, part. 1, H. Lintot, In the Savoy, 1756.
- BUTLER (D.) et HALSEY (A. H.) (dir.)**, *Policy and Politics, Essays in honour of Norman Chester*, Macmillan and Co, Londres, 1978.
- CAPE (E.) et YOUNG (R.) (ed.)**, *Regulating Policing. The Police and Criminal Evidence Act 1984. Past, Present and Future*, Hart Publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2008.
- CHOO (A. L.-T.)**, *Abuse of process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, OUP, coll. « Oxford Monographs on Criminal Law and Justice », 2^{ème} éd., Oxford, 2008.
- CLARK (D.)**, *Bevan and Lidstone's the investigation of crime : a guide to the law of criminal investigation*, Lexisnexis UK, 3^{ème} éd., Londres, 2004.

- CLAYTON (R.), TOMLINSON (H.) et PURCHASE (M.),** *Civil Actions Against the Police*, Sweet and Maxwell, 3^{ème} éd., Londres, 2005.
- COBBETT (W.),** *The Parliamentary History of England*, vol. XXV, T. C. Hansard, Londres, 1815.
- COKE (E.),** *The fourth part of the Institutes of the Laws of England concerning the Jurisdiction of Courts*, Printed at London by M. Flesher for W. Lee and D. Pakeman, Londres, 1644.
- CORRE (N.) et WOLCHOVER (D.),** *Bail in Criminal Proceedings*, OUP, 3^{ème} éd., Oxford, 2004.
- DALLIGAN (D. J.),** *Due Process. A Study of Administrative Procedures*, OUP, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- DALTON (M.),** *The country justice : containing the practice of the Justices of the Peace out of their sessions, gathered for the better help of such Justices of the Peace as have not been much conversant in the study of the laws of this realm*, Printed for the Society of Stationers, Londres, 1618.
- DAMASKA (M. R.),** *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven et Londres, 1986.
- DAMASKA (M. R.),** *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven et Londres, 1997.
- DEVLIN (P.),** *The Criminal Prosecution in England*, Yale University Press, New Haven, 1958.
- DINGWALL (G.) et HARDING (C.),** *Diversion in the Criminal Process*, Sweet and Maxwell, Londres, 1998.
- DIXON (D.),** *Law in Policing : Legal Regulation and Police Practices*, OUP, Oxford, 1997.
- DUFF (A.), FARMER (L.), MARSHALL (S.) et TADROS (V.) (dir.),** *The Trial on Trial, Truth and Due Process*, vol. 1, Hart Publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2004.
- DUFF (A.), FARMER (L.), MARSHALL (S.) et TADROS (V.) (dir.),** *The Trial on Trial, Judgment and Calling to Account*, vol. 2, Hart Publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2006.
- EDWARDS (J. L. J.),** *The law Officers of the Crown*, Sweet and Maxwell, Londres, 1964.
- EDWARDS (J. L. J.),** *The Attorney General. Politics, and the Public Interest*, Sweet and Maxwell, Londres, 1984.
- FIONDA (J.),** *Public Prosecutors and Discretion. A Comparative Study*, OUP, Clarendon Press, coll. « Oxford Monographs on Criminal Law and Justice », Oxford, 1995.
- FORSYTH (W.),** *Hortensius. An Historical Essay on the Office and Duties of an Advocate*, John Murray, 3^{ème} éd., Londres, 1879.
- GLENN (H.P.),** *Legal Traditions of the World : Sustainable Diversity in Law*, OUP, Oxford, 2007.
- GROSS (H.),** *A Theory of Criminal Justice*, OUP, New-York, 1979.
- HALE (M.),** *Pleas of the Crown or a Methodical Summary of the Principal Matters Relating to the Subject*, Printed by the Assigns of Richard and Edward Atkins, Londres, 1696.
- HARRISON (J.), CRAGG (S.), WILLIAMS (H.), et KHAN (S.),** *Police Misconduct : Legal Remedies*, Legal Action Group, 4^{ème} éd., Londres, 2005.
- HAY (D.) et SNYDER (F.) (dir.),** *Policing and Prosecution in Britain 1750-1850*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

- HOLMES (O. W.),** *The Common Law*, Macmillan and Co, Londres, 1882.
- JEFFERSON (T.) et GRIMSHAW (R.),** *Controlling the Constable : Police Accountability in England and Wales*, Muller, Londres, 1984.
- JOY (H. H.),** *On the Admissibility of Confessions and Challenge of Jurors in Criminal Cases in England and Ireland*, Andrew Milliken, Dublin, 1842.
- KING (M.),** *Bail or Custody*, Cobden Trust, Londres, 1971.
- LANGBEIN (J. H.),** *Prosecuting crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1974.
- LANGBEIN (J. H.),** *The Origins of Adversary Criminal Trial*, OUP, coll. « Oxford study in modern legal history », Oxford, 2003.
- LEE (W. L. M.),** *A History of Police in England*, Methuen & Co, Londres, 1901.
- LUSTGARTEN (L.),** *The Governance of Police*, Sweet and Maxwell, Londres, 1986.
- MACDONALD (W. F.) (ed.),** *The Prosecutor*, Sage, Beverly Hills, Calif.
- MAITLAND (F. W.),** *Police and Justice*, Macmillan and Co, Londres, 1885.
- MARSHALL (G.),** *Police and Government*, Methuen and Co, Londres, 1965.
- MATHEW (T.),** *The Department of the Director of Public Prosecutions ; two lectures delivered at the Law Society's Hall on 30th January and 6th February 1952*, Solicitors' Law Stationery Society, Londres, 1952.
- MCCONVILLE (M.), SANDERS (A.) et LENG (R.),** *The Case for the Prosecution*, Routledge, Londres et New-York, 1991.
- MCEWAN (J.),** *Evidence and the Adversarial Process. The Modern Law*, Hart Publishing, 2^{ème} éd., Oxford, 1998.
- MCLAUGHLIN (E.),** *The New Policing*, Sage, Londres, 2007.
- MIRFIELD (P.),** *Silence, Confessions and improperly Obtained Evidence*, OUP, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- MORGAN (R.),** *Summary Justice. Fast - but Fair ?*, Centre for Crime and Justice Studies, « Whose Justice ? » Series, King's College, Londres, 2008.
- NELSON (W.),** *The country justice : containing the practice of the Justices of the Peace out of their sessions, gathered for the better help of such Justices of the Peace as have not been much conversant in the study of the laws of this realm*, E. et R. Nutt, R. Gosling, Londres 1727.
- NEWBURN (T.) (ed.),** *Handbook of Policing*, Willan Publishing, 2^{ème} éd., Cullompton, Devon et Portland (Oregon), 2008.
- NICOLSON (D.) et WEBB (J.),** *Professional Legal Ethics : Critical Interrogations*, OUP, Oxford, 1999.
- OSBORNE (B.),** *Justices of the Peace 1361-1848. A History of the Justices of the Peace for the Counties of England*, The Sedgehill Press, Shaftesbury, 1960.
- PATTENDEN (R.),** *Judicial Discretion and Criminal Litigation*, Clarendon Press, 2^{ème} éd., Oxford, 1990.
- RADZINOWICZ (L.) et TURNER (J. W. C.) (dir.),** *Penal Reform in England*, Department of Criminal Science, Faculty of Law, University of Cambridge, English Studies in Criminal Science, vol. 1, Macmillan and Co, Londres, 1946.

- REDMAYNE (M.)**, *Expert Evidence and Criminal Justice*, OUP, coll. « Oxford Monographs on Criminal Law and Justice », Oxford, 2001.
- REINER (R.)**, *The Politics of the Police*, OUP, 4^{ème} éd., Oxford, 2010.
- REITH (C.)**, *A New Study of Police History*, Oliver and Boyd, Londres, 1956.
- REYNOLDS (E. A.)**, *Before the Bobbies : The Night Watch and Police Reform in Metropolitan London, 1720-1830*, Stanford University Press, Stanford, Californie, 1998.
- SHARPE (S.)**, *Judicial Discretion and Criminal Investigation*, Sweet and Maxwell, Londres, 1998.
- SMITH (G. R.)**, *Police Crime : a Constitutional Perspective*, Thèse, University College, Londres, 1998.
- SPEDDING (J.)**, **ELLIS (R. L.)** et **HEATH (D. D.) (coll. and ed.)**, *The Works of Francis Bacon*, vol. 7, Longman and Co, Londres, 1892.
- STANIFORTH (A.)**, *Blackstone's Counter-Terrorism Handbook*, OUP, 2^{ème} éd., Oxford, 2010.
- STENNING (P.) (dir.)**, *Accountability for Criminal Justice. Selected Essays*, University of Toronto Press, Toronto, 1995.
- TARUFFO (M.) (ed.)**, *Abuse of Procedural Rights : Comparative Standards of Procedural Fairness*, Kluwer Law International, La Haye, 1999.
- THAMAN (S. C.) (ed.)**, *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Springer, Dordrecht, Heidelberg, New-York et Londres, 2013.
- WALKER (C.)**, *Terrorism and the Law*, OUP, Oxford, 2011.
- WALKER (N.)**, *Policing in a Changing Constitutional Order*, Sweet and Maxwell, Londres, 2000.
- WOLCHOVER (D.)** et **HEATON-ARMSTRONG (A.)**, *Confession Evidence*, Sweet and Maxwell, Londres, 1996.
- YOUNG (D.)**, **SUMMERS (M.)** et **CORKER (D.)**, *Abuse of Process in Criminal Proceedings*, Tottel Publishing, 3^{ème} éd., Haywards Heath, 2009.
- ZANDER (M.)**, *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, Sweet and Maxwell, Londres, 1985.
- ZANDER (M.)**, *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, Sweet and Maxwell, 5^{ème} éd., Londres 2005.

2. En français

- ALIX (J.)**, *Terrorisme et droit pénal*, Dalloz, coll. « Bibliothèque des thèses », Paris, 2010.
- AMBROISE-CASTEROT (C.)**, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, Thèse, Bordeaux IV, 2000.
- AMRANI-MEKKI (S.)**, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », vol. 11, Paris, 2002.
- ARDANT (P.)**, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 3, Paris, 1956.
- ARNAL-DONNEDIEU DE VABRES (M.)**, *Le projet de code d'instruction criminelle, les réformes qu'il introduit, les critiques qu'il soulève*, Thèse, Paris, 1952.
- ARNAUD (A.-J.)**, *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit ?*, tome 1, LGDJ, coll.

- « Bibliothèque de philosophie du droit », Paris, 1981.
- ASCENSI (L.)**, *Du principe de la contradiction*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 454, Paris, 2006.
- BADIE (F.)**, *La réforme de l'instruction préparatoire en France*, Thèse, Aix-Marseille III, 1992.
- BAILLE (V.)**, *La perception immédiate des amendes par l'agent verbalisateur*, Thèse, Dijon, 1929.
- BARNABE (B.)**, *La récusation des juges. Etude médiévale, moderne et contemporaine*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 514, Paris, 2009.
- BERGER (E.)**, *La justice pénale sous la Révolution. Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, PUR, 2008.
- BERGOIGNAN-ESPER (C.)**, *La séparation des fonctions de justice répressive*, PUF, Paris, 1973.
- BEXON (S.-J.)**, *Développement de la théorie des lois criminelles*, tome I, Garnery, Paris, 1802.
- BINET-GROSCLAUDE (A.)**, *L'avant-procès pénal : étude comparée Angleterre-France*, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- BLERY (C.)**, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 328, Paris, 2000.
- BONFILS (P.)**, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000.
- BONNEVILLE DE MARSANGY (A.)**, *De l'amélioration de la loi criminelle, en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, Cosse & Marchal, 2^{ème} éd., Paris, 1864.
- BORE (J. et L.)**, *La cassation en matière pénale*, Dalloz, coll. « Dalloz action », Paris, 2011.
- BOTTON (A.)**, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 49, Paris, 2010.
- BOULOC (B.)**, *L'acte d'instruction*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », tome I, Paris, 1965.
- BRUSCHI (C.) (dir.)**, *Parquet et politique pénale depuis le XIX^{ème} siècle*, PUF, coll. « Droit et justice », Paris, 2002.
- BÜCK (V.)**, *L'influence des cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France-Espagne*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », tome 109, Paris, 2002.
- BULLIER (A. J.)**, *La common law*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », Paris, 2002.
- BURGELIN (J.-F.) et LOMBARD (P.)**, *Le procès de la justice*, Plon, Paris, 2000.
- BUSSY-DUNAUD (F.)**, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties (L'étendue de la faculté de choix du plaigneur)*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 201, Paris, 1988.
- CAPDEPON (Y.)**, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, coll. « Bibliothèque des thèses », Paris, 2013.
- CAPPELLO (A.)**, *La constitutionnalisation du droit pénal*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 58, Paris, 2014.
- CARBASSE (J.-M.) (dir.)**, *Histoire du Parquet*, PUF, Paris, 2000.
- CARBONNIER (J.)**, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de sociétés et d'association*, Thèse, Bordeaux, 1932.
- CARBONNIER (J.)**, *Instruction criminelle et liberté individuelle*, éd. de Boccard, Paris, 1939.

- CARBONNIER (J.)**, *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, Livre du centenaire de la Société de législation comparée, LGDJ, Paris, 1969.
- CARBONNIER (J.)**, *Ecrits* (textes rassemblés par R. Verdier), PUF, Paris, 2008.
- CARBONNIER (J.)**, *Essais sur les lois*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2014 (réimpression de la 2^{ème} édition parue en 1995 aux éditions Defrénois).
- CARNOT (J.-F.-C.)**, *De l'instruction criminelle considérée dans ses rapports généraux et particuliers avec les lois nouvelles et la jurisprudence de la Cour de cassation*, Nève, Paris, 1812.
- CARRE DE MALBERG (R.)**, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz, Paris, 2004 (réimpression de l'ouvrage paru en deux tomes, en 1920 et 1922, aux éditions Sirey).
- CATHERINE (J.)**, *Les pouvoirs d'instruction du procureur de la République*, Thèse, Paris, 1956.
- CAUPAIN (M.-T.) et DE LEVAL (G.) (dir.)**, *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000.
- CAYLA (O.) et RENOUX-ZAGAME (M.-F.)**, *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2001.
- CLERE (J.-J.) et FARCY (J.-C.) (dir.)**, *Le juge d'instruction, Approches historiques*, Editions universitaires de Dijon, coll. « Institutions », Dijon, 2010.
- CLERGUE (H.)**, *De la procédure de l'ordonnance pénale en matière de contraventions de simple police*, Thèse, Toulouse, 1926.
- COLLET (P.)**, *L'acte coercitif en procédure pénale*, Thèse, Paris II, 2014.
- COLSON (R.) et FIELD (S.)**, *Les transformations de la justice pénale. Une comparaison France-Angleterre*, L'Harmattan, 2011, Paris.
- CONCHON (H.)**, *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire*, L'Harmattan, coll. « Sciences criminelles », Paris, 2002.
- COPAIN (C.)**, *L'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale française*, Thèse, Lyon III, 2011.
- CORNU (M.) et MOREAU (M.)**, *Traduction du droit et droit de la traduction*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2011.
- COTTET (M.)**, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 544, Paris, 2013.
- COTTU (C.)**, *De l'administration de la justice criminelle en Angleterre et de l'esprit du gouvernement anglais*, Librairie Charles Gosselin, 2^{ème} éd., Paris, 1822.
- D'AGUESSEAU (H.-F.)**, *Œuvres choisies de d'Aguesseau, Chancelier de France*, tome VI, Elibron classics, 2006 (réimpression de l'édition parue en 1819 aux éditions Lefèvre).
- D'AMBRA (D.)**, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 236, Paris, 1994.
- D'AMBRA (D.), BENOIT-ROHMER (F.) et GREWE (C.) (dir.)**, *Procédure et effectivité des droits*, Actes du colloque des 31 mai et 1^{er} juin 2002 organisé à la Faculté de droit de Strasbourg par l'Institut de recherche Carré de Malberg et l'Equipe droits de l'Homme du groupe de recherche sur les identités et les constructions européennes, Nemesis, Bruylant, coll. « Droit et justice », Bruxelles, 2003.
- DANET (J.) (coord.)**, *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, PUR, coll. « L'univers

- des normes », Rennes, 2013.
- DASKALAKIS (E.),** *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, Thèse, Paris, 1969.
- DE CHARDON (L.),** *Un nouveau mode de répression des contraventions de police : l'amende de composition*, impr. de L. Flandin, Paris, 1948.
- DECHEPY (J.),** *Les mutations de la chambre de l'instruction. Propositions pour une reconstruction de l'avant-procès pénal autour d'une juridiction du second degré*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », tome 59, Paris, 2014.
- DECIMA (O.),** *L'identité des faits en matière pénale*, Thèse, Bordeaux, Dalloz, coll. « Bibliothèque des thèses », 2008.
- DECIMA (O.) (dir.),** *La qualification dans le procès pénal*, Cujas, coll. « Actes & Etudes », Paris, 2013.
- DECIMA (O.) (dir.),** *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Cujas, coll. « Actes & Etudes », Paris, 2015.
- DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.),** *Le droit de la police*, Litec, 2^{ème} éd., Paris, 1998.
- DEFFERRARD (F.),** *La suspicion légitime*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 322, Paris, 2000.
- DELMAS-MARTY (M.) (dir.),** *Raisonner la raison d'Etat*, PUF, Paris, 1989.
- DELMAS-MARTY (M.) (dir.),** *Procès pénal et droits de l'Homme. Vers une conscience européenne*, PUF, coll. « Les voies du droit », Paris, 1992.
- DEMOGUE (R.),** *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, La mémoire du droit, Paris, 2001 (réimpression de l'édition parue en 1911 à la Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence).
- DENIS (G.),** *L'enquête préliminaire. Étude théorique et pratique*, éd. Police-Revue, 1974.
- DEROME (T.),** *Considérations sur la loi relative à l'instruction des flagrants délits devant les tribunaux correctionnels*, A. Durand, Paris, 1864.
- DESPRES (I.),** *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, coll. « Bibliothèque des thèses », vol. 34, Paris, 2004.
- DONIER (V.) et LAEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.),** *La régulation par le juge de l'accès au prétoire*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2013.
- DUGUIT (L.),** *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, 2003 (réimpression de l'édition parue en 1901 aux éditions Fontemoing).
- FLEURY-LEGROS (P.),** *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », Paris, 2005.
- FOYER (J.),** *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, Thèse, Paris, 1954.
- FRISON-ROCHE (M.-A.),** *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, Thèse, Paris II, 1988.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) et BARANES (W.) (dir.),** *De l'injuste au juste*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 1997.
- FRYDMAN (B.) et JEULAND (E.) (dir.),** *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des*

- juges*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2011.
- GALLARDO-GONGGRYP (E.)**, *La qualification pénale des faits*, PUAM, coll. « Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles », Aix-en-Provence, 2013.
- GASSIN (R.)**, *La liberté individuelle devant le droit pénal*, Sirey, Paris, 1980.
- GAUDEMET (Y.)**, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2014 (réimpression de la thèse parue en 1972 aux éditions LDGJ).
- GIGOT (F.)**, *Les doctrines de l'Assemblée constituante relatives à l'organisation judiciaire (1789-1791)*, Thèse, Paris, 1952.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.) (dir.)**, *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées*, SLC, coll. « UMR de droit comparé de Paris », vol. 12, Paris, 2006.
- GOUBEAUX (G.)**, *La règle de l'accessoire en droit privé : étude sur la maxime « accessorium sequitur principale »*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 69, Paris, 1969.
- GUILLOT (A.)**, *Des principes du nouveau code d'instruction criminelle (Discussion du projet et commentaire de la loi)*, Larose et Forcel, Paris, 1884.
- GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.) (dir.)**, *Les transformations de la justice pénale. Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2014.
- HAUTEBERT (J.) et SOLEIL (S.)**, *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, tome 2, « Le code de 1808 et la procédure criminelle en Europe. Législation procédurale et enjeux politiques », Actes du colloque organisé à Angers les 18 et 19 oct. 2007 par le Centre d'histoire du droit de Rennes 1, Paris, éditions juridiques et techniques, 2008.
- HENRION DE PANSEY (P. P. N.)**, *De l'autorité judiciaire en France*, Théophile Barrois, Libraire, Paris, 1818.
- HUSSON (L.)**, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, Paris, 1974.
- JESTAZ (P.) et JAMIN (C.)**, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », Paris, 2004.
- JOSSERAND (S.)**, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 33, Paris, 1998.
- KUTY (F.)**, *L'impartialité du juge en procédure pénale*, Larcier, Bruxelles, 2005.
- LAGARDE (X.)**, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, tome 239, Paris, 1994.
- LAMBERT (L.)**, *Traité théorique et pratique de police judiciaire*, Joannès Desvigne & Cie, Lyon, 1951.
- LAZERGES (C.) (dir.)**, *Figures du parquet*, PUF, coll. « Les voies du droit », Paris, 2006.
- LE MOUNIER DE GOUVILLE (P.)**, *Le JLD*, Thèse, Paris II, Paris, 2011.
- LEGRAND (P.) (dir.)**, *Comparer les droits résolument*, PUF, coll. « Les voies du droit », Paris, 2009.
- LEGRAND (P.) et SAMUEL (G.)**, *Introduction au common law*, La Découverte, coll. « Repères », Paris, 2008.
- LEVY (M.)**, *De l'information officielle*, Thèse, Nancy, Imprimerie Georges Thomas, 1934.
- LEVY-ULLMANN (H.)**, *Le système juridique de l'Angleterre*, Editions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », Paris, 1999 (réimpression de l'édition parue en 1928 aux éditions Sirey).

- LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.) et GENEVOIS (B.),** *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 12^{ème} éd., Paris, 1999.
- MADIVAL (J.) et LAURENT (E.) (dir.),** *Archives parlementaires de 1800 à 1860*, tome II, Consulat : du 29 frimaire an IX au 8 frimaire an X, Librairie administrative de P. Dupont, Paris, 1863.
- MADIVAL (J.) et LAURENT (E.) (dir.),** *Archives parlementaires de 1787 à 1799*, première série, tome XV, Société d'imprimerie et librairie administratives et des chemins de fer Paul Dupont, Paris, 1883.
- MADIVAL (J.) et LAURENT (E.) (dir.),** *Archives parlementaires de 1787 à 1799*, première série, tome XXVIII, Société d'imprimerie et librairie administratives et des chemins de fer Paul Dupont, Paris, 1887.
- MADIVAL (J.) et LAURENT (E.) (dir.),** *Archives parlementaires de 1787 à 1799*, première série, tome XXX, Société d'imprimerie et librairie administratives et des chemins de fer Paul Dupont, Paris, 1888.
- MALABAT (V.), DE LAMY (B.) et GIACOPELLI (M.) (dir.),** *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale. Opinion doctorum*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2009.
- MARIOTTE (H.),** *Le principe inquisitoire, ses origines, sa nature, son évolution dans le droit français (Essai d'introduction aux projets de réforme du code d'instruction criminelle)*, Thèse, Paris, 1902.
- MASSABIAU (J.-F.-L.),** *Manuel du ministère public près les cours d'appel, les cours d'assises et les tribunaux civils, correctionnels et de police*, tome II, Cosse et Marchal, 3^{ème} éd., Paris, 1856-1857.
- MASSE (M.), JEAN (J.-P.) et GIUDICELLI (A.) (dir.),** *Un droit pénal post moderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll. « Droit et justice », Paris, 2009.
- MATHIAS (E.),** *Les Procureurs du droit : de l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, CNRS éd., Paris, 1999.
- MATSOPOULOU (H.),** *Les enquêtes de police*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 32, Paris, 1996.
- MAYER (P.),** *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, coll. « Bibliothèque de droit international privé », vol. XVII, Paris, 1973.
- MERLE (R.),** *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, éditions Rousseau et Cie, Paris, 1948.
- MEYER (J. D.),** *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, tome 2, Partie moderne - Angleterre, l'Imprimerie Belgique, La Haye, 1819.
- MILBURN (P.), KOSTULSKI (K.) et SALAS (D.),** *Les procureurs. Entre vocation judiciaire et fonctions politiques*, PUF, coll. « Droit et justice », Paris, 2010.
- MINIATO (L.),** *Le principe du contradictoire en droit processuel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 483, Paris, 2008.
- MORIZOT-THIBAUT (C.),** *De l'action du pouvoir sur les magistrats chargés de l'Instruction criminelle*, A. Chevalier-Marescq et Cie, Paris, 1902.
- MOTULSKY (H.),** *Ecrits, études et notes de droit international privé*, Dalloz, Paris, 1978.
- MOTULSKY (H.),** *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Dalloz, Paris, 1991 (réimpression de l'édition parue en 1948 à la Librairie du Recueil Sirey).

- MOTULSKY (H.)**, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, coll. « Bibliothèque », Paris, 2010.
- NADAU (H.)**, *Des enquêtes officieuses dans l'instruction criminelle*, éd. Trévoux, impr. J. Jeannin, 1913.
- NAJARIAN (K.)**, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 16, Paris, 1973.
- NORMAND (J.)**, *Le juge et le litige*, LGDJ, Paris, 1965.
- PAILLARD (B.)**, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 42, Paris, 2007.
- PERELMAN (C.) et VAUDER ELST (B.) (dir.)**, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984.
- PEROZ (H.)**, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 430, Paris, 2005.
- PERRODET (A.)**, *Etude pour un ministère public européen*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 35, Paris, 2001.
- PIERRE-MAURICE (S.)**, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 29, Paris, 2003.
- PIGACHE (C.) (textes réunis par)**, *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, Publications de l'université de Rouen, Rouen, 2004.
- POTASZKIN (T.)**, *L'éclatement de la procédure pénale. Vers un nouvel ordre procédural pénal ?*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 62, Paris, 2014.
- PRADEL (J.)**, *L'instruction préparatoire*, Cujas, Paris, 1990.
- PRADEL (J.) et DALLEST (J.) (dir.)**, *La criminalité organisée. Droit français, droit international et droit comparé*, Lexisnexis, coll. « Droit & Professionnels », Paris, 2012.
- PRADEL (J.) et VARINARD (A.)**, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 5^{ème} éd., Paris, 2006.
- PRIMOT (L.)**, *Le concept d'inquisiteur en procédure pénale. Représentations, fondements et définition*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 47, Paris, 2010.
- RASSAT (M.-L.)**, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome V, Paris, 1967.
- RENAUDIE (O.)**, *La préfecture de police*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », tome 258, Paris, 2008.
- RENOUX (T.)**, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica, PUAM, coll. « Droit public positif », Paris, Aix-en-Provence, 1984.
- RIBEYRE (C.) (dir.)**, *Le contradictoire dans le procès pénal. Nouvelles perspectives*, Cujas, coll. « Actes & études », Paris, 2012.
- ROETS (D.)**, *Impartialité et justice pénale*, « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 1997-18, Cujas, Paris, 1997. RAPPORT ?
- ROUSSEAU (X.), DUPONT-BOUCHAT (M. S.) et VAEL (C.)**, *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèle Français et traditions nationales (1780-1830)*, L'Harmattan, Paris, 1999.
- ROUSSEL (G.)**, *Suspicion et procédure pénale équitable*, L'Harmattan, coll. « Bibliothèque de

droit », Paris, 2010.

- ROUSSELET (M.)**, *Histoire de la magistrature française*, tome II, éd. Plon, Paris, 1957.
- SAAS (C.)**, *L'ajournement du prononcé de la peine. Césure et recomposition du procès pénal*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », Paris, 2004.
- SEITZ (E.-E.)**, *Les principes directeurs de la Procédure criminelle de l'Angleterre*, Collection d'Etudes théoriques et pratique de Droit étranger, de Droit comparé et de Droit international, Rousseau et cie, Paris, 1928.
- SOULEZ-LA RIVIERE (D.)**, *Grand Soir pour la justice*, Seuil, Paris, 1997.
- SOYER (J.-C.) et DE SALVIA (M.)** in L. PETTTI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 1999.
- SUDRE (F.) (dir.)**, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998.
- TOMASIN (D.)**, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », tome 143, Paris, 1973.
- TOUILLIER (M.)**, *Procédure pénale de droit commun et procédures pénales spéciales*, Thèse, Montpellier, 2012.
- TROPER (M.)**, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », Paris, 1994.
- TROPER (M.)**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », Paris, 2001.
- VAN DE KERCHOVE (M.)**, *Quand dire c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, vol. 101, Bruxelles, 2005.
- VARNEK (A.)**, *Le juge des requêtes, juge du provisoire*, Thèse, Strasbourg, 2013.
- VIENNOT (C.)**, *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 120, Paris, 2012.
- VIRALLY (M.)**, *La pensée juridique*, Editions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », Paris, 2010 (réimpression de l'édition parue en 1960 aux éditions LGDJ Montchestien).
- VIZIOZ (H.)**, *Etudes de procédure*, Dalloz, coll. « Bibliothèque », Paris, 2011.
- VOVELLE (M.) (dir.)**, *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?*, tome 2, Actes du Colloque d'Orléans, 11-13 sept. 1986, CNRS-Université d'Orléans, Paris, PUF, 1988.

C. MELANGES

1. En anglais

- ASSOCIATION OF AMERICAN LAW SCHOOLS**, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. 2, Little, Brown and Company, Boston, 1908.
- JACKSON (J.), LANGER (M.) and TILLERS (P.) (ed.)**, *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damasška*, Hart publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2008.

NEWBURN (T.) et PEAY (J.), *Policing Politics, Culture and Control, Essays in Honour of Robert Reiner*, Hart Publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2012.

TAPPER (C.) (ed.), *Crime, Proof and Punishment. Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Butterworths, Londres, 1981.

2. En français

BOULOC (B.), *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, Paris, 2007.

CARRE DE MALBERG (R.), *Mélanges R. Carré de Malberg*, Topos Verlag AG et Librairie Edouard Duchemin, Vaduz (Liechtenstein) et Paris, 1977.

CATALA (P.), *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle. Etudes offertes à P. Catala*, Litec, Paris, 2001.

COLOMER (A.), *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, Paris, 1993.

CONSTANT (J.), *Mélanges en hommage à Jean Constant*, Faculté de droit de Liège, Liège, 1971.

COUZINET (P.), *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Presse de l'Université des Sciences Sociales, Toulouse, 1974.

DECOCQ (A.), *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à A. Decocq*, Litec, Paris, 2004.

DRAI (P.), *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Draï*, Dalloz, Paris, 2000.

EISENMANN (C.), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975.

FOYER (J.), *Jean Foyer, auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit. Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997.

GASSIN (R.), *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, Aix-en-Provence, 2007.

GUINCHARD (S.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010.

HERON (J.), *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ, Paris, 2008.

HUGUENEY (L.), *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à M. Louis Hugueney*, Sirey, Paris, 1964.

JESTAZ (P.), *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, Paris, 2006.

LAZERGES (C.), *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de C. Lazerges*, Dalloz, Paris, 2014.

LEGEAIS (R.), *Mélanges offerts à R. Legeais*, Cujas, Paris, 2003.

LOMBOIS (C.), *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Etudes offertes à Claude Lombois*, PULIM, Limoges, 2004.

NORMAND (J.), *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003.

OTTENHOF (R.), *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du Professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, Paris, 2006.

PATIN (M.), *La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de*

Maurice Patin, Cujas, Paris, 1965.

PERROT (R.), *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996.

PRADEL (J.), *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à J. Pradel*, Cujas, Paris, 2006.

ROBERT (J.-H.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Lexisnexus, Paris, 2012.

ROUBIER (P.), *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey, Paris, 1961.

ROUSSEAU, *La Communauté internationale, Mélanges Rousseau*, Pedone, Paris, 1974.

TROPER (M.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de M. Troper*, Economica, Paris, 2006.

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II), *Code pénal et code criminel. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris, 2010.

VITU (A.), *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, Paris, 1989.

WIEDERKEHR (G.), *De code en code. Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, Paris, 2009.

D. ARTICLES

1. En anglais

ALSCHULER (A. W.), « Plea Bargaining and its History », (1979) 79(1) *Colum. L. Rev.* 1.

ANDERSON (J.), « The police », [1929] *Public Administration* 192.

ANDREWS (N.), « Abuse of Process in English Civil Litigation » in M. TARUFFO (ed.), *Abuse of Procedural Rights : Comparative Standards of Procedural Fairness*, Kluwer Law International, La Haye, 1999, p. 65 et s.

ANTONOPOULOS (G. A.), **GEORGIOS (A.)** et **WINTERDYK (J. A.)**, « The British 1998 Crime and Disorder Act : A Restorative Response to Youth Offending », (2003) 11(4) *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.* 386.

ASHWORTH (A.), « Excluding Evidence as Protecting Rights », [1977] *Crim LR* 723.

ASHWORTH (A.), « Prosecution and Procedure in Criminal Justice », [1979] *Crim LR* 482.

ASHWORTH (A.), « Testing Fidelity to Legal Values : Official Involvement and Criminal Justice », (2000) 63 *MLR*, 633.

ASHWORTH (A.), « Developments in the Public Prosecutor's Office in England and Wales », (2000) 8 *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.* 257.

ASHWORTH (A.), « Youth crime : final warning scheme », [2006] *Crim LR* 87.

ASHWORTH (A.), « Penalty notices for disorder and summary justice », [2013] *Crim LR* 869.

ASHWORTH (A.) et **BLAKE (M.)**, « Some Ethical Issues in Prosecuting and Defending Criminal Cases », [1998] *Crim LR* 16.

ASHWORTH (A.) et **PLAYER (E.)**, « Criminal Justice Act 2003 : The Sentencing

Provisions », (2005) 68(5) *MLR* 822.

- ASHWORTH (A.) et ZEDNER (L.)**, « Defending the Criminal Law : Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure and Sanctions », (2008) 2 *Crim. Law and Philos.* 21.
- AUSTIN (R. C.)**, « The new powers of arrest : plus ça change : more of the same or major change ? », [2007] *Crim LR* 549.
- BACON (F.)**, « The Answers to Question Pronounced by Sir Alexander Hay Knt. Touching the Office of Constable Ad 1608 » in SPEDDING (J.), ELLIS (R. L.) et HEATH (D. D.) (coll. and ed.), *The Works of Francis Bacon*, vol. 7, Longman and Co, Londres, 1892, p. 749 et s.
- BALDI (G.) et LAFRANCE (C.)**, « Lessons from the United States Sheriff on the Electoral Selection of Police Commissioners in England and Wales », (2012) 7(2) *Policing* 148.
- BALDWIN (J.)**, « Understanding Judge Ordered and Directed Acquittals in the Crown Court », [1997] *Crim LR* 536.
- BALDWIN (J.) et HUNT (A.)**, « Prosecutors Advising in Police Stations », [1988] *Crim LR* 521.
- BARNETT (R. E.)**, « Resolving the Dilemma of the Exclusionary Rule : An Application of Restitutive Principles of Justice », (1983) 32 *Emory LJ* 937.
- BISGROVE (M.) et WEEKES (M.)**, « Deferred prosecution agreements : a practical consideration », [2014] *Crim LR* 416.
- BLAKEMORE (B.) et BLAKE (C.)**, « Can the National DNA Database be effective and comply with human rights legislation ? », [2012] *Police Journal* 191.
- BOWLING (B.) et ROSS (J.)**, « The Serious Organised Crime Agency - should we be afraid ? », [2006] *Crim LR* 1019.
- BRAY (R.)**, « Beckford and Beyond. Some Developments in the Doctrine of Abuse of Process », (2007) 69 *Denning Law Journal* 78.
- BRIDGES (L.)**, « Towards a culture of complacency: criminal justice under new Labour » (2010) 79 *Criminal Justice Matters* 22.
- BRODGEN (M.)**, « A police Authority - The Denial of Conflicts », (1977) 25/2 *Sociological Review* 325.
- BROWNLEE (I.)**, « New Labour - new penology ? Punitive rhetoric and the limits of managerialism in criminal justice policy » (1998) 25 *JLS* 313.
- BROWNLEE (I.)**, « The Statutory Charging Scheme in England and Wales : Towards a Unified Prosecution System ? » [2004] *Crim LR* 896.
- BROWNLIE (I.)**, « Police Questioning, Custody and Caution », [1960] *Crim LR* 298.
- BURTON (M.)**, « Reviewing CPS Decision not to Prosecute » [2001] *Crim LR* 374..
- BUXTON (R.)**, « The Private Prosecutor as a Minister of Justice », [2009] *Crim LR* 427.
- CAPE (E.)**, « Detention without Charge : What Does ‘Sufficient Evidence To Charge’ Mean ? », [1999] *Crim LR* 874.
- CAPE (E.)**, « PACE Then and Now : Twenty-One Years of ‘Re-Balancing’ » in E. CAPE et R. YOUNG (ed.), *Regulating Policing. The Police and Criminal Evidence Act 1984. Past, Present and Future*, Hart Publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2008, p. 191 et s.

- CAPE (E.),** « The Protection of Freedoms Act 2012 : the retention and use of biometric data provisions », [2013] *Crim LR* 23.
- CAPE (E.),** « The counter-terrorism provisions of the Protection of Freedoms Act 2012 : preventing misuse or a case of smoke and mirrors ? », [2013] *Crim LR* 385.
- CHAN (J. B. L.),** « Governing police practice : limits of the new accountability », (1999) 50(2) *The British Journal of Sociology* 251.
- CHESTER (D. N.),** « Some Questions », [1960] *Public Administration* 11.
- CHOO (A. L.-T.),** « Halting Criminal Prosecutions : the Abuse of Process Doctrine Revisited », [1995] *Crim LR* 864.
- CHOO (A. L.-T.) et NASH (S.),** « What's the matter with section 78 ? » [1999] *Crim LR* 929.
- CLAYTON (R.) et TOMLINSON (R.),** « Arrest and Reasonable Grounds for Suspicion », (1988) 7 Sep. *LS Gaz* 22.
- D'ELIA (C. M.),** « The Exclusionary Rule : Who Does It Punish ? », (1995) 5 *Seton Hall Constitutional LJ* 563.
- DARBYSHIRE (P.),** « The Mischief of Plea Bargaining and Sentencing Rewards », [2000] *Crim LR* 895.
- DARLINGTON (A.),** « The CPS and rights of audience », (1997) 147(6809) *N.L.J.* 1395.
- DAVIS (J. S.),** « Prosecutions and their context ; the Use of the Criminal Law in Later Nineteenth-Century London » in D. HAY et F. SNYDER (dir.), *Policing and Prosecution in Britain 1750-1850*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 408 et s.
- DE GAMA (K.),** « Police Powers and the Public Prosecutions : Winning by Appearing to Lose ? », (1988) 16 *Int. J. Socio. Law* 339.
- DENNIS (I. H.),** « Reconstructing the Law of Criminal Evidence » (1989) 42(1) *Current legal Problems* 21.
- DICKENS (B. M.),** « The Attorney-General's Consent to Prosecution », [1979] *MLR* 347.
- DIXON (D.), BOTTOMLEY (K.), COLEMAN (C.), GILL (M.) et WALL (D.),** « Safeguarding the Rights of Suspects in Police Custody », (1990) 1 (2) *Policing and Society : An International Journal* 115.
- DIXON (D.), COLEMAN (D.) et BOTTOMLEY (K.),** « Consent and the Legal Regulation of Policing », (1990) 17 *Journal of Law and Society* 345.
- DIXON (B.) et SMITH (G. R.),** « Laying Down the Law : the Police, the Courts and Legal Accountability », (1998) 26 *International Journal of the Sociology of Law* 419.
- DOTAN (Y.),** « Should Prosecutorial Discretion Enjoy Special Treatment in Judicial Review ? A Comparative Analysis of the Law in England and Israel », [1997] *Public Law* 513.
- DUFF (P.),** « The Prosecutor Fine », (1994) 14(4) *Oxford Journal of Legal Studies* 565.
- DUFF (A.), FARMER (L.), MARSHALL (S.) et TADROS (V.),** « Introduction : Towards a Normative Theory of the Criminal Trial » in A. DUFF, L. FARMER, S. MARSHALL et V. TADROS (dir.), *The Trial on Trial, Truth and Due Process*, vol. 1, Hart Publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2004, p. 1 et s.
- EDWARDS (A.),** « Police and crime commissioners », [2012] *Crim LR* 821.

- EDWARDS (R. A.) et CAPE (E.),** « Police bail without charge : The human rights implications », (2010) 69(3) *Cambridge Law Journal* 529.
- ELLIS (R.) et BIGGS (S.),** « Simple cautions », (2013) 5 *Arch. Rev.* 6.
- EVANS (R.),** « Police Cautioning and The Young Adult Offender », [1991] *Crim LR* 598.
- EVANS (R.),** « Comparing Young and Adult Juvenile Cautioning in the Metropolitan Police », [1993] *Crim LR* 572.
- EVANS (R.) et WILKINSON (C.),** « Police Cautioning of Juveniles : The Impact Of Home Office Circular 14/1985 », [1990] *Crim LR* 165.
- FEELEY (M. M.),** « Legal Complexity and the Transformation of the Criminal Process : the Origins of Plea Bargaining », (1997) 30 *IS. L. R* 183.
- FIELD (S.),** « Judicial Supervision and the Pre-Trial Process », [1994] *J. L. & Soc.* 119.
- FIELD (S.),** « Early Intervention and the ‘New’ Youth Justice : A Study of Initial Decision-Making », [2008] *Crim LR* 177.
- FIELD (S.) et THOMAS (P.),** « Justice and efficacy ? The royal commission on criminal justice » (1994) 21 *Journal of Law and Society* 1.
- FIONDA (J.),** « Crime and Disorder Act 1998 : New Labour, Old Hat : Youth Justice and The Crime and Disorder Act 1998 », [1999] *Crim LR* 36.
- FITZPATRICK (J.),** « Abuse of court process » in P. CANE et J. CONAGHAN (ed.), *The New Oxford Companion to Law*, OUP, Oxford, 2008, p. 5 et s.
- FREESTONE (D.) et RICHARDSON (J. C.),** « The Making of English Criminal Law (7) Sir John Jervis and his Acts », [1980] *CLR* 5.
- FROMMEL (S. N.),** « The right to silence and the powers of the Serious Fraud Office », [1994] *Company Lawyer* 227.
- FULLER (L. L.) et WINSTON (K. I.),** « The Forms and limits of Adjudication », (1978) 92 *2 Harvard Law Review* 353.
- GELOWITZ (M. A.),** « Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 : middle ground or no man’s land ? », (1990) 106 *L.Q.R.* 327.
- GILLESPIE (A. A.),** « Reprimanding and the Right to Due Process », (2005) 68 *MLR* 1006.
- GODFREY (B.),** « Changing prosecution practices and their impact on crime figures, 1857-1940 », [2008] *Brit. J. Criminol.* 175.
- GOLDSTEIN (A.),** « Reflections on Two Models : Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure » (1974) 26 *Stan. L. Rev.* 1009.
- GOLDSTEIN (A.) et MARCUS (M.),** « The Myth of Judicial Supervision in Three ‘Inquisitorial’ Systems : France, Italy and Germany », (1977) 87(2) *Yale L. J.* 240.
- GOLERICK (J. S.),** « Pretrial Diversion : The Threat of Expanding Social Control », (1975) 10 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev* 202.
- GRACE (J.),** « Old convictions never die, they just fade away : the permanency of convictions and cautions for criminal offences in the UK », (2014) 78(2) *J. Crim. L.* 121.
- GRACE (S.),** « ‘Swift, Simple, Effective Justice ?’ Identifying the Aims of Penalty Notices for Disorder and Whether these have been Realised in Practice », (2014) 53(1) *The Howard Journal* 69.
- GRANDE (E.),** « Dances of Criminal Justice : Thoughts on Systemic Differences and the

- Search for the Truth » in J. JACKSON, M. LANGER and P. TILLERS (ed.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaskina*, Hart publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2008, p. 151.
- GROSSWALD CURRAN (V.)**, « Comparative Law and Language » in M. REIMANN et R. ZIMMERMAN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, OUP, Oxford, 2006.
- HARFIELD (C.)**, « SOCA. A Paradigm Shift in British Policing », (2006) 46 *Brit. J. Criminol* 743.
- HAWKINS (K.)**, « Discretion » in P. CANE et J. CONAGHAN (ed.), *The New Oxford Companion to Law*, OUP, Oxford, 2008, p. 330 et s.
- HAY (D.)**, « Controlling the English Prosecutor », (1983) 21 *Osgoode Hall L. J.* 173.
- HAY (D.) et SNYDER (F.)**, « Using the Criminal Law, 1750-1850 : Policing, Private Prosecution, and the State » in D. HAY et F. SNYDER (dir.), *Policing and Prosecution in Britain 1750-1850*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 23 et s.
- HENMAN (R.)**, « Bargain Justice or Justice Denied ? Sentence Discounts and the Criminal Process », (1999) 62 *M. L. R.* 515.
- HEWITT (E. J.)**, « Operational Independence : Mith or Réalité ? » (1991) 64 *Police Journal* 321.
- HEYDON (J. D.)**, « Illegally Obtained Evidence », [1973] *Crim LR* 603.
- HODGSON (J.)**, « The Police, the Prosecutor and the Juge d'Instruction », (2001) 41(2) *Brit. J. Crim.* 342.
- HUCKLESBY (A.)**, « Not necessarily a trip to the police station : the introduction of street bail », [2004] *Crim LR* 803.
- HUMPHREYS (C.)**, « The Duties of Prosecuting Counsel », [1955] *Crim LR* 739.
- HYNES (P.) et ELKINS (M.)**, « Suggestions for reform to the police cautioning procedure », [2013] *Crim LR* 966.
- INNES (M.) et THIEL (D.)**, « Policing terror » in T. NEWBURN (ed.), *Handbook of Policing*, Willan Publishing, 2^{ème} éd., Cullompton, Devon et Portland (Oregon), 2008, p. 553.
- INNES (M.) et LEVI (M.)**, « Terrorism and counter-terrorism » in M. MAGUIRE, R. MORGAN et R. REINER (ed.), *The Oxford Handbook of Criminology*, OUP, Oxford, 2012, p. 660.
- IP (J.)**, « The reform of counterterrorism stop and search after Gillan v United Kingdom », (2013) 13(4) *H.R.L. Rev.* 729.
- JACKSON (A.)**, « The Protection of Freedoms Act 2012 and retention of biometric material », (2012) 176(27) *C.L. & J.* 393.
- JACKSON (J. D.)**, « The Effect of Legal Culture and Proof in Decisions to Prosecute », (2004) 3(2) *Law, Probability and Risk* 109.
- JACKSON (J. D.)**, « Let the director direct », (2007) 157(7254) *N.L.J.* 23.
- JACKSON (J. D.)**, « Police and Prosecutors after PACE : The Road from Case Construction to Case Disposal » in E. CAPE et R. YOUNG (ed.), *Regulating Policing. The Police and Criminal Evidence Act 1984. Past, Present and Future*, Hart Publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2008, p. 255.
- JACKSON (J. D.)**, « The Ethical Implications of the Enhanced Role of the Public

- Prosecutor », (2006) 9 *Legal Ethics* 35.
- JACOB (I. H.)**, « The Inherent Jurisdiction of the Court », (1970) 23 *Current Legal Problems* 25.
- JONES (E.)**, « The Office of Attorney-General », (1969) 27 *Cambridge Law Journal* 43.
- JONES (T.)**, « The Accountability of Policing » in T. NEWBURN (ed.), *Handbook of Policing*, Willan Publishing, 2^{ème} éd., Cullompton, Devon et Portland (Oregon), 2008, p. 693.
- JONES (T.)**, **NEWBURN (T.)** et **SMITH (D. J.)**, « Democracy and Police and Crime Commissioners » in T. NEWBURN et J. PEAY, *Policing Politics, Culture and Control, Essays in Honour of Robert Reiner*, Hart Publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2012, p. 234.
- KEITH-LUCAS (B.)**, « The Independence of Chief Constables », [1960] *Public Administration* 1.
- KEMP (V.)**, « PACE, performance targets and legal protections », [2014] *Crim LR* 278.
- KING (P. J. R.)**, « Prosecution Associations and Their Impact in Eighteenth Century Essex », in D. HAY et F. SNYDER (dir.), *Policing and Prosecution in Britain 1750-1850*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 171 et s.
- KRESS (J. M.)**, « Progress and Prosecution », (1976) 403 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 99.
- KRITZER (H. M.)**, « Disappearing trials ? A comparative perspective » (2004) 1 *Journal of Empirical Legal Studies* 735.
- KURLAND (P. B.)** et **WATERS (D. W. M.)**, « Public Prosecution in England, 1854-79 : An Essay in English Legislative History », (1959) 4 *Duke L. J.* 493.
- LANGBEIN (J. H.)**, « The origins of public prosecution at common law », (1973) 17 *American Journal of Legal History* 313.
- LANGBEIN (J. H.)**, « Understanding the Short History of Plea Bargaining », (1978-1979) 13 *Law & Soc'y Rev.* 261.
- LANGBEIN (J. H.)**, « Albion's Fatal Flaws », (1983) 98 *Past and Present* 103.
- LANGBEIN (J. H.)**, « The Historical Origins of the Privilege against Self Incrimination at Common Law », (1994) 92 *Michigan Law Review* 1051.
- LANGBEIN (J. H.)**, « The Criminal Trial Before the Lawyer », (1978) 50(1) *U Chicago LR* 311.
- LANGBEIN (J. H.)**, « Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial : A View From the Ryder Sources », (1983) 1 50 *U. Chi. L. Rev.* 60.
- LANGBEIN (J. H.)**, « The Prosecutorial Origins of Defence Counsel in the Eighteenth Century : The Appearance of Solicitors », [1999] *Cambridge Law Journal* 317.
- LAWRENCE (P.)**, « 'They have an admirable police at Paris, but they pay for it dear enough'. Attitudes towards continental policing in nineteenth-century England » in C. DENYS (dir.), *Circulations policières, 1750-1914*, Presses Universitaires du Septentrion, Lille, 2012, p. 103 et s.
- LENTZ (S. A.)** et **CHAIRES (R. H.)**, « The invention of Peel's principles : A study of Policing 'Textbook' History », (2007) 35 (1) *Journal of Criminal Justice* 69.
- LEVI (M.)**, « Policing fraud and organised crime » in T. NEWBURN (ed.), *Handbook of Policing*, Willan Publishing, 2^{ème} éd., Cullompton, Devon et Portland (Oregon), 2008, p.

- LIDSTONE (K.)**, « Magistrates, the Police and Search Warrants », [1984] *Crim LR* 449.
- LISTER (S.)**, « The New Politics of the Police : Police and Crime Commissioners and the 'Operational Independence' of the Police », (2013) 7(3) *Policing* 239.
- LUNA (E.) et WADE (M.)**, « Prosecutors as Judges », (2010) 67 *Wash. & Lee L. Rev.* 1413.
- MARSHALL (G.)**, « Police Responsibility », [1960] *Public Administration* 213.
- MARSHALL (G.)**, « Police Accountability Revisited » in D. BUTLER et A. H. HALSEY (dir.), *Policy and Politics, Essays in honour of Norman Chester*, Macmillan and Co, Londres, 1978, p. 61 et s.
- MAXWELL (J.)**, « The English Police System : General Development and Outstanding Features » in RADZINOWICZ (L.) et TURNER (J. W. C.) (dir.), *Penal Reform in England*, Department of Criminal Science, Faculty of Law, University of Cambridge, English Studies in Criminal Science, vol. 1, Macmillan and Co, Londres, 1946, p. 63 et s.
- MAWBY (R.I.) et SMITH (K.)**, « Accounting for the police : the new Police and Crime Commissioners in England and Wales », (2013) 86(2) *Pol. J.* 143.
- MAZZACUVA (F.)**, « Justifications and purposes of negotiated justice for corporate offenders : deferred and non-prosecution agreements in the UK and US systems of criminal justice », (2014) 78(3) *J. Crim. L.* 249.
- MCCONVILLE (M.)**, « Prosecuting Criminal Cases in England and Wales : Reflections of an Inquisitorial adversary », (1984) VI(1) *Liv. L. R.* 15.
- MCCONVILLE (M.)**, « Plea Bargaining : Ethics and Politics », (1998) 25 *Journal of Law and Society* 562.
- MCCONVILLE (M.)**, « Plea Bargaining » in M. MCCONVILLE et G. WILSON (ed.), *The Handbook of the Criminal Justice Process*, OUP, Oxford, 2002, p. 357 et s.
- MCCONVILLE (M.) et BALDWIN (J.)**, « Recent Developments in English Criminal Justice and the Royal Commission on Criminal Procedure », (1982) 10 *Int. J. Sociology of Law* 287.
- MCEWAN (J.)**, « From adversarialism to managerialism : criminal justice in transition », (2011) 31 4 *Oxford Legal Studies* 519-546.
- MCKENZIE (I.)**, « Helping the police with their Enquiries », [1990] *Crim LR* 22.
- MCINERNEY (P.)**, « The privilege against self-incrimination from early origins to Judges' Rules : challenging the 'orthodox view' », (2014) 18 *The International Journal of Evidence & Proof* E&P 101.
- MCLAUGHLIN (E.)**, « Forcing the Issue : New Labour, New Localism and the Democratic Renewal of Police Accountability », (2005) 44(5) *Howard Journal of Criminal Justice* 473.
- MC MAHON (M.)**, « Net-Widening : Vagaries in the Use of a Concept » (1990) 30 *BJ Crim.* 121.
- MELIKAN (R. A.)**, « Mr Attorney General and Politicians », (1997) 40 *The Historical Journal* 41.
- MILLEN (F.) et STEPHENS (M.)**, « Police Authorities, Accountability, and Citizenship », (2012) 6(3) *Policing* 261.
- NAUGHTON (M.)**, « Redefining Miscarriages of Justice » [2005] *BJ Crim.* 165.

- NEWBURN (T.),** « Policing since 1945 » in T. NEWBURN (ed.), *Handbook of Policing*, Willan Publishing, 2^{ème} éd., Cullompton, Devon et Portland (Oregon), 2008, p. 90 et s.
- NEWBURN (T.),** « Police and Justice Act 2006 » in T. NEWBURN et P. NEYROUD (ed.), *Dictionary of Policing*, Willan, Londres, 2008, p. 199.
- NEWBURN (T.),** « Police and crime commissioners : The Americanization of policing or a very British reform ? », (2012) 40 *I.J.L.C.J.* 31.
- NEWBURN (T.) et REINER (R.),** « From PC Dixon to Dixon PLC : policing and policing powers since 1954 », [2004] *Crim LR* 601.
- NEWBURN (T.) et REINER (R.),** « Policing and the Police » in M. MAGUIRE, R. MORGAN et R. REINER (ed.), *The Oxford Handbook of Criminology*, OUP, Oxford, 2012, p. 818.
- OAKES (D. H.),** « Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure », (1970) 37 *U Chi L Rev* 665.
- OLIVIER (I.),** « Police Accountability in 1996 », [1996] *Crim LR* 611.
- ORMEROD (D.) et ROBERTS (A.),** « The Police Reform Act 2002 - Increasing Centralisation, Maintaining Confidence and Contracting Out Crime Control », [2003] *Crim LR* 141.
- ORMERDOD (D.) et BIRCH (D.),** « The Evolution of the Discretionary Exclusion of Evidence », [2004] *Crim LR* 767.
- PADFIELD (N.),** « The Crime and Disorder Act 1998 : Part 2 », (1998) 9 *Arch. News* 5.
- PADFIELD (N.),** « Deferred prosecution agreements », (2012) 7 *Arch. Rev.* 4.
- PADFIELD (N.), MORGAN (R.) et MAGUIRE (M.),** « Out of Court, Out of Sight ? Criminal Sanctions and Non-Judicial Decision-Making » in M. MAGUIRE, R. MORGAN et R. REINER (ed.), *The Oxford Handbook of Criminology*, OUP, Oxford, 2012, p. 955 et s.
- PALEY (R.),** « An Imperfect, Inadequate and Wretched System ? Policing London Before Peel », (1989) 10 *Criminal Justice History*, 95.
- PATTENDEN (R.),** « Abuse of Process in Criminal Litigation », (1980) 53 *Journal of Criminal Law* 341.
- PATTENDEN (R.),** « The Power of the Courts to Stay a Criminal Prosecution », [1985] *Journal of Criminal Law Review* 174.
- PELHWE (R.),** « Police and Government : The Commissioner of Police for the Metropolis », [1974] *P. L.* 316.
- PERRIN (L. T.), CALDWELL (H. M.), CHASE (C. A.) et FAGAN (R. W.),** « If It's Broken, Fix It : Moving Beyond the Exclusionary Rule », (1998) 83 *Iowa L Rev* 669.
- PHILIPS (D.),** « Good Men to Associate and Bad Men to Conspire : Associations for the Prosecution of Felons in England, 1760-1860 » in D. HAY et F. SNYDER (dir.), *Policing and Prosecution in Britain 1750-1850*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 113 et s.
- POLYVIU (P. G.),** « Illegally Obtained Evidence and R. v. Sang » in C. TAPPER (ed.), *Crime, Proof and Punishment. Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Butterworths, Londres, 1981, p. 226 et s.
- PRINCE (R.),** « Theresa May to announce 28-day police bail limit to end 'legal limbo' for suspects », *The Telegraph*, 18 déc. 2014.
- RAINE (J. W.),** « Shifting Power Dependencies in Criminal Justice : the Dual State of

- Centre and Locality in England and Wales », [2014] *Crim LR* 399.
- RAINE (J. W.) et KEASEY (P.)**, « From Police Authorities to Police and Crime Commissioners : Might Policing Become More Publicly Accountable ? », (2012) 1(2) *International Journal of Emergency Services* 122.
- REINER (R.)**, « Counting the Coppers : Antinomies of Accountability in Policing » in P. STENNING (dir.), *Accountability for Criminal Justice. Selected Essays*, University of Toronto Press, Toronto, 1995, p. 74 et s.
- ROACH (L. T.)**, « Detecting Crime : Part I - detection and the police », [2002] *Crim LR* 380.
- ROBERTS (P.)**, « Science in the Criminal Process », (1994) 14 *Oxford Journal Of Legal Studies* 469.
- ROBERTS (J.V.)**, « The Role of Criminal Record in the Sentencing Process », (1997) 22 *Crime and Justice* 303.
- ROGERS (C.)**, « The Commissioner cometh : the challenge for democratic policing in England and Wales », (2013) 41 *I.J.L.C.J.* 132.
- ROGERS (J.)**, « Restructuring the Exercise of Prosecutorial Discretion in England », (2006) 26(4) *Oxford Journal of Legal Studies* 775.
- ROGERS (J.)**, « The Boundaries of Abuse of Process in Criminal Trials », (2008) 61 *Current Legal Problems* 289.
- ROBERTS (P.) et SAUNDERS (C.)**, « Introducing Pre-Trial Witness Interviews - a Flexible New Fixture in the Crown Prosecutor's Toolkit », [2008] *Crim LR* 831.
- ROLPH (C. H.)**, « Report of the Royal Commission on The Police 1962 », (1962) 3(2) *Br J Criminol* 177.
- RUTHERFORD (A.)**, « The English Penal Crisis : Paradox and Possibilities », *Current Legal Problems* 1988, p. 106.
- SAMPSON (F.)**, « Hail to the Chief ? - How far does the Introduction of Elected Police Commissioners Herald a US-Style Politicization of Policing for the UK ? », (2012) 1 *Policing* 4.
- SAMUELS (A.)**, « Deferred prosecution agreement (DPA) », [2012] *Crim. Law.* 211.
- SAMUELS (A.)**, « The police and crime commissioner : a bad idea ? », (2012) 176(43) *C.L. & J.* 621.
- SAMUELS (A.)**, « Abolish the office of Attorney-General », [2014] *Public Law* 609.
- SANBORN JR (J. B.)**, « A Historical Sketch of Plea Bargaining », (1986) 3 *Just. Q.* 111.
- SANDERS (A.)**, « An Independent Crown Prosecution Service ? », [1986] *Crim LR* 18.
- SANDERS (A.)**, « Arrest, Charge and Prosecution », (1986) 6 *LS* 257.
- SANDERS (A.)**, « Constructing the Case for the Prosecution », (1987) 14 *Journal of Law and Society* 229.
- SANDERS (A.)**, « Rights, Remedies and the Police and Criminal Evidence Act », [1988] *Crim LR* 802.
- SANDERS (A.)**, « Prosecution Systems » in M. MCCONVILLE et G. WILSON, *The Handbook of the Criminal Justice Process*, OUP, Oxford, 2002, p. 158 et s.
- SANDERS (A.) et COLE (G. F.)**, « Criminal Prosecution in England : Evolution and

- Change », (1981-1982) *Conn. L. Rev.* 23.
- SANDERS (A.) et COLE (G. F.)**, « The Prosecution of 'weak' Cases in England and Wales, (1982) *Crim. Just. Rev.* 23.
- SANDERS (A.) et YOUNG (R.)**, « The Rule of Law, Due Process and Pre Trial Criminal Justice », [1994] *Current Legal Problems* 125.
- SANDERS (A.) et YOUNG (R.)**, « The Ethics of Prosecution Lawyers », (2004) 7 *Legal Ethics* 190.
- SAVLA (S.)**, « Fraud : SFO, powers under the Criminal Justice Act 1987, s.2 and the Police and Criminal Evidence Act 1984 », [1996] *Company Lawyer* 19.
- SIMPSON (H. B.)**, « The Office of Constable », [1895] *English Historical Review* 625.
- SLOBOGIN (C.)**, « Why Liberals Should Chuck the Exclusionary Rule », [1999] *U. Illinois L. Rev* 363.
- SMITH (A. T. H.)**, « Judicial Lawmaking in the Criminal Law », (1984) 100 *LQR* 46.
- SMITH (B. P.)**, « The Emergence of Public Prosecution in London, 1790-1850 », [2006] *Yale J. L. & Human.* 39.
- SMITH (G. R.)**, « Police Complaints and Criminal Prosecutions », [2001] *M.L.R.* 372.
- SMITH (G. R.)**, « Actions for Damages against the Police and the Attitude of Claimants » (2003) 13 *Policing and Society* 413.
- SPENCER (J. R.)**, « Prosecution powers to gather evidence : the case for reform », (2005) 8 *Archbold News* 6.
- SPENCER (J. R.)**, « Does our present criminal appeal system make sense ? », [2006] *Crim LR* 677.
- ST JOHNSTON (T. E.)**, « Judges' Rules and Police Interrogation in England », (1966) 57 *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.* 85.
- STANTON (K. M.)**, « New Forms of the Tort of Breach of Statutory Duty », (2004) 120 *L. Q. R.* 324.
- STENNING (P.)**, « The Idea of the Political 'Independence' of the Police : International Interpretations and Experiences » in M. E. BEARE et T. MURRAY (ed.), *Police and Government Relations : Who's Calling the Shots ?*, University of Toronto Press, Toronto, Buffalo, Londres, 2007, p. 183 et s.
- STENNING (P.)**, « Constabulary Independence » in T. NEWBURN et P. NEYROUD (ed.), *Dictionary of Policing*, Willan, Londres, 2008, p. 48 et s.
- STEPHEN (J. F.)**, « Criminal Procedure, from the Thirteenth to the Eighteenth Century » in Association of American Law Schools, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. 2, Little, Brown and Company, Boston, 1908, p. 443 et s.
- STUNTZ (W. J.)**, « The substantive origins of criminal procedure », (1995-1996) 105, *Yale L. J.* 417.
- STYLES (J.)**, « The Emergence of the Police - Explaining Police Reform in Eighteenth and Nineteenth Century England », (1987) 27 *Brit. J. Criminol.* 17.
- SUNKIN (M.)**, « Judicial review » in P. CANE et J. CONAGHAN (ed.), *The New Oxford Companion to Law*, OUP, Oxford, 2008, p. 653 et s.
- TAYLOR (C.)**, « Advance Disclosure : Reflections on the Criminal Procedure and

- Investigations Act 1996 », (2001) 40(2) *The Howard Journal* 114.
- THAMAN (S. C.)**, « Fruits of the Poisonous Tree in Comparative Law », (2010) 16 *Sw. J. Int'l L.* 333.
- THIBAUT (J.) et WALKER (L.)**, « A Theory of Procedure », (1978) 66 *Cal. L. Rev.* 541.
- TIMMONS (J.)**, « The Crown Prosecution in Practice », [1986] *Crim LR* 28.
- TRAVIS (A.)**, « Bail limit plan delayed by dispute », *The Guardian*, 18 déc. 2014.
- TUTT (N.) et GILLER (H.)**, « Police Cautioning of Juveniles : The Practice of Diversity », [1983] *Crim LR* 587.
- TUTT (N.) et GILLER (H.)**, « Police Cautioning on Juveniles : The Continuing Practice of Diversity », [1987] *Crim LR* 367.
- UGLOW (S.)**, « Independent Prosecutions », (1984) 11(2) *J. L. & Soc.* 233.
- UTZ (J.)**, « Two Models of Prosecutorial Professionalism » in W. F. MACDONALD (ed.), *The Prosecutor*, Sage, Beverly Hills, Calif., p. 100.
- WADE (M.)**, « The Januses of Justice. How Prosecutors Define the Kind of Justice Done Across Europe », (2008) 16 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 433.
- WALKER (C.)**, « The legal definition of 'terrorism' in United Kingdom law and beyond », [2007] *P.L.* 331.
- WALSH (D.) et CONWAY (V.)**, « Police Governance and Accountability : Overview of Current Issues », (2001) 55(2-3) *Crime, Law and Social Change* 61.
- WARBURTON (H.), MAY (T.) et HOUGH (M.)**, « Looking the Other Way : the Impact of Reclassifying Cannabis on Police Warnings », (2005) 45 *BJ Crim.* 113.
- WASIK (M.)**, « Legislating in the Shadow of the Human Rights Acts : The Criminal Justice and Police Act 2001 », [2003] *Crim LR* 931.
- WEIGEND (T.)**, « Why have a Trial when you can have a Bargain ? » in A. DUFF, L. FARMER, S. MARSHALL et V. TADROS (dir.), *The Trial on Trial, Judgment and Calling to Account*, vol. 2, Hart Publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2006, p. 207 et s.
- WESTWOOD (D.)**, « The Effects Of Home Office Guidelines On The Cautioning Of Offenders », [1991] *Crim LR* 591.
- WHITE (R. M.)**, « Investigators and prosecutors or, desperately seeking Scotland : re-formulation of the 'Philips principle' », 2006 69(2) *M.L.R.* 143.
- WILLIAMS (G.)**, « The definition of crime », (1955) 8 (1) *Current Legal Problems* 107.
- WILLIAMS (G.)**, « Evidence obtained by illegal means », [1955] *Crim LR* 339.
- WILLIAMS (G.)**, « The Power to Prosecute », [1955] *Crim LR* 668.
- WILLIAMS (G.)**, « Questioning by the Police : Some Practical Considerations », [1960] *Crim LR* 338.
- WILLIAMS (J.)**, « The Crime and Disorder Act 1998 : Conflicting Roles for the Appropriate Adult », [2000] *Crim LR* 911.
- WOOD (J.)**, « The Serious Fraud Office », [1989] *Crim LR* 175.
- YOUNG (R.)**, « Street Policing after PACE : The Drift to Summary Justice » in E. CAPE et R. YOUNG (ed.), *Regulating Policing. The Police and Criminal Evidence Act 1984. Past, Present*

and Future, Hart Publishing, Oxford et Portland (Oregon), 2008, p. 149 et s.

ZUCKERMAN (A. S.), « Illegality-Obtained Evidence - Discretion as a Guardian of Legitimacy », [1987] *CLP* 55.

ZUCKERMAN (A. S.), « Miscarriages of Justice. A Root Treatment », [1992] *Crim LR* 323.

2. En français

ALIX (J.), « Quels visages pour le parquet en France ? » in C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2006, p. 67 et s.

ALIX (J.), « Les hésitations de la politique criminelle » *RSC* 2013, p. 677 et s.

ALLAIN (E.), « Le rapport de la mission Beaume sur l'enquête pénale », *AJ pén.* 2014, p. 332 et s.

ALLIX (D.), « Le droit à un procès pénal équitable. De l'accusation en matière pénale à l'égalité des armes », *Justices* 1998, n° 10, p. 19 et s.

ALLIX (D.), « Du droit d'être jugé ou de quelques remarques sur la procédure d'amende forfaitaire » in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à A. Decocq*, Litec, Paris, 2004, p. 21 et s.

AMBROISE-CASTEROT (C.), « Responsabilités et contentieux des contraventions routières » in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de C. Lazerges*, Dalloz, Paris, 2014, p. 457 et s.

AMIEL-COSME (L.), « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices* 1997, n° 5, p. 135 et s.

AMRANI-MEKKI (S.), « Les catégories de *common law* et de *civil law* à l'épreuve de l'office du juge et des parties » in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, p. 157 et s.

AMRANI-MEKKI (S.), « Droit comparé interne des procédures. Retour vers le futur » in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de C. Lazerges*, Dalloz, Paris, 2014, p. 445 et s.

ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.* 1999, p. 771 et s.

ANZANI (M.), « L'article 6-1 du code de procédure pénale et le faux commis à l'occasion d'une poursuite judiciaire », *Dr. pén.* 2006, étude 5.

APAP (G.), « La conciliation pénale à Valence », *RSC* 1990, p. 633 et s.

AUBERT (L.), « Systématisation pénale et alternatives aux poursuites en France : une politique pénale en trompe-l'œil », *Droit et société* 2010/1, n° 74, p. 17 et s.

BADINTER (R.), « Conclusions et perspectives d'avenir » in Cour de cassation, *Quel avenir pour le ministère public ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2008, p. 176 et s.

BALENSI (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 42 et s.

BANDRAC (M.), « Indications sommaires sur les principales modifications introduites dans les règles antérieures par le décret du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile », *JCP* 1976, I, 2799.

BANDRAC (M.), « De l'acte juridictionnel et des actes du juge qui ne le sont pas » in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, Paris, 2000, p. 171 et s.

- BASTARD (B.) et MOUHANA (C.),** « L'urgence comme politique pénale ? Le traitement en temps réel des affaires pénales », *APC* 2006/1, n° 28, p. 153 et s.
- BEAUME (J.),** « Le parquet : après trois décennies, la nécessité d'un nouvel équilibre » in Cour de cassation, *Quel avenir pour le ministère public ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2008, p. 167 et s.
- BEAUSSONIE (G.) et alii,** « Contribution à l'étude de la notion 'd'autorité judiciaire' » in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale. Opinion doctorum*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2009, p. 161 et s.
- BEAUVAIS (P.),** « Politique pénale et séparation des pouvoirs » in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de C. Lazerges*, Dalloz, Paris, 2014, p. 87 et s.
- BEGRANGER (G.),** « Le contrôle des fichiers de police par les juges », *AJ pén.* 2014, p. 176 et s.
- BELL (J.),** « Justice et politique : le cas du Royaume-Uni », *Justices* 1996, n° 3, p. 25 et s.
- BELLOIR (P.),** « La naissance du code de la sécurité intérieure », *AJ pén.* 2012, p. 186 et s.
- BERGEL (J.-L.),** « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, chron. 28, p. 153 et s.
- BERGEL (J.-L.),** « A la recherche de concepts émergents en droit », *D.* 2012, p. 1567 et s.
- BERGER (E.),** « Les origines du juge d'instruction sous la Révolution, le Consulat et l'Empire » in J.-J. CLERE et J.-C. FARCY (dir.), *Le juge d'instruction. Approches historiques*, Editions universitaires de Dijon, coll. « Institutions », Dijon, 2010, p. 21 et s.
- BERLIERE (J.-M.),** « Une menace pour la liberté individuelle sous la République. L'article 10 du code d'instruction criminelle », *Criminocorpus. Revue hypermédia. Histoire de la justice, des crimes et des peines* [en ligne], 1^{er} janv. 2008, <http://criminocorpus.revues.org/262>.
- BERLIERE (J.-M.),** « La loi du 23 avril 1941 portant organisation générale des services de police en France », *Criminocorpus. Revue hypermédia. Histoire de la justice, des crimes et des peines* [en ligne], 1^{er} janv. 2008, <http://criminocorpus.revues.org/271>.
- BERLIERE (J.-M.),** « Les pouvoirs de police : attributs du pouvoir municipal ou de l'Etat ? », *Criminocorpus. Revue hypermédia. Histoire de la justice, des crimes et des peines* [en ligne], 1^{er} janv. 2009, <http://criminocorpus.revues.org/259>.
- BERLIERE (J.-M.),** « Les années noires » in M. AUBOUIN, A. TEYSSIER et J. TULARD (dir.), *Histoire et dictionnaire de la police du Moyen-Âge à nos jours*, Robert Laffont, coll. « Bouquins », Paris, 2005, p. 403 et s.
- BESSON (A.),** « La police judiciaire et le code de procédure pénale », *D.* 1958, chron. XXI, p. 129 et s.
- BETOULLE (J.),** « Magistrat » in *Encyclopédie Dalloz, Rép. proc. civ.*, Dalloz, Paris, 2011.
- BIGAUT (C.) et LAY (J.-P.),** « La réforme du Conseil supérieur de la magistrature », *D.* 1993, p. 275 et s.
- BIGAUT (C.) et LAY (J.-P.),** « Loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature : la mise en œuvre de la réforme constitutionnelle du 27 juillet 1993 », *D.* 1994, p. 129 et s.

- BINET-GROSCLAUDE (A.)**, « Les *anti-social behaviour orders* en Angleterre et aux Pays de Galles : un exemple de dérive des politiques criminelles participatives », *APC* 2010, n° 32, p. 229 et s.
- BLAGOJEVIC (B. T.)**, « Le droit comparé - Méthode ou science », *RIDC* 1953, p. 649 et s.
- BLANC (G.)**, « La médiation pénale (commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale) », *JCP* 1994, I, 3760.
- BLANKENBURG (E.)**, « Implémentation » in J.-J. ARNAUD et *alii* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., Paris, 1993, p. 291 et s.
- BLONDET (M.)**, « La légalité de l'enquête officieuse », *JCP G* 1955, I, 1233.
- BLONDET (M.)**, « L'utilisation par les juridictions répressives des procès-verbaux d'enquête officieuse », *JCP G* 1955, I, 1267.
- BLONDET (M.)**, « Les pouvoirs de la police et de la gendarmerie au cours de l'enquête préliminaire », *JCP G* 1956, I, 1311.
- BLONDET (M.)**, « L'enquête préliminaire dans le nouveau code de procédure pénale », *JCP G* 1959, I, 1513.
- BOITARD (M.)**, « La transaction pénale en droit français », *RSC* 1941, p. 151 et s.
- BOLARD (G.)**, « De la responsabilité pénale du juge », *JCP G* 2005, I, 190.
- BONFILS (P.)**, « Présentation des dispositions relatives au droit des personnes et de la famille de la loi sur la récidive du 12 décembre 2005 », *RJPF* 2006, n° 4, p. 24 et s.
- BONFILS (P.)**, « La participation de la victime au procès pénal, une action innomée » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à J. Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 179 et s.
- BONFILS (P.)**, « Faut-il changer notre procédure pénale ? », *D.* 2010, p. 158 et s.
- BONFILS (P.)**, « Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (loi n° 2011-267 du 14 mars 2011) », *RSC* 2011, p. 440 et s.
- BONIS-GARÇON (E.)**, « La Cour européenne des droits de l'Homme et la juridictionnalisation de l'enquête » in O. DECIMA (dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Cujas, coll. « Actes & Etudes », Paris, 2015, p. 19 et s.
- BONIS-GARÇON (E.) et DECIMA (O.)**, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance. - A propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2103 », *JCP G* 2013, 460.
- BONIS-GARÇON (E.) et DECIMA (O.)**, « Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques. - À propos de la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique », *JCP G* 2013, 955.
- BORYSEWICZ (M.)**, « La rétractation de l'autorisation de saisir. Etude sur les pouvoirs du juge des référés dans le domaine des saisies-arrêts et des saisies et mesures conservatoires de la loi du 12 nov. 1955 », *RTD civ.* 1964, p. 437 et s.
- BOTTON (A.)**, *JCl. Proc. pén., Art. 6-1*, fasc. 20 : « Action publique. - Obstacle à la mise en mouvement de l'action publique », 3 oct. 2013.

- BOTTON (A.)**, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale » in O. DECIMA (dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Cujas, coll. « Actes & Etudes », Paris, 2015, p. 55 et s.
- BOULOC (B.)**, « Les abus en matière de procédure pénale », *RSC* 1991, p. 221 et s.
- BOULOC (B.)**, « La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », *RSC* 2001, p. 193 et s.
- BOULOC (B.)**, « Regards sur l'autorité de la chose jugée en matière pénale » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Lexisnexis, Paris, 2012, p. 65 et s.
- BOURDEAU (B.)**, « L'injonction pénale avortée : scories sur une question de confiance », *D.* 1995, p. 45 et s.
- BOURGEOIS (M.)**, « Bilan de dix années d'application de l'article 145 du nouveau code de procédure civile relatif aux mesures d'instruction *in futurum* », *LPA*, 4 juill. 1984, p. 21 et s.
- BOUTY (C.)**, « Chose jugée » in *Encyclopédie Dalloz, Rép. proc. civ.*, Dalloz, Paris, 2012.
- BROUILLAUD (J.-P.)**, « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », *D.* 1996, p. 98 et s.
- BRUCE (E.)**, « La Cour de cassation et l'application d'office de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 62/2005, p. 401 et s.
- BRUILLARD (G.)**, « L'évolution de la notion de juridiction dite 'gracieuse' ou 'volontaire' et de celle de juridiction d'après les récents travaux de la doctrine italienne », *RIDC* 1957, p. 5 et s.
- BRUNEAU (G.)**, « De la hiérarchie du ministère public », *Revue historique de droit français et étranger* 1860, tome VI, p. 171 et s.
- BRUNET (B.)**, « Le traitement en temps réel : la justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale », *Droit et société*, 1998, n° 38, p. 91 et s.
- BRUNET (B.)**, « L'acte de juger dans le traitement en temps réel à partir du regard de l'anthropologue sur le service en temps direct d'une grande juridiction », *Gaz. Pal.* 2001, n° 9, p. 2 et s.
- BRUSORIO (M.)**, « Renforcement de la prévention et de la répression des violences commises au sein du couple ou commises contre les mineurs », *RJPF* 2006, n° 6, p. 6 et s.
- BUISSON (J.)**, « Enquête préliminaire » in *Encyclopédie Dalloz, Rép. pén.*, Dalloz, Paris, 2006.
- BUISSON (J.)**, « La contrainte » in *Justices et droit procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, p. 915 et s.
- BUISSON (J.)**, « Traitement d'antécédents judiciaires », *Procédures* 2014, comm. 91.
- BUISSON (J.)**, « La géolocalisation enfin prévue par une loi... », *Procédures* 2014, étude 10.
- BUREAU (A.)**, « Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique : la composition pénale », *APC* 2005/1, n° 27, p. 125 et s.
- BUSSY (F.)**, « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale », *RSC* 2007, p. 39 et s.
- CADIET (L.)**, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* n° 636 du 15 mars 2006, p. 3 et s.

- CADIET (L.)**, « La sanction et le procès civil » in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ, Paris, 2008, p. 125 et s.
- CADIET (L.)**, « Carbonnier processualiste » in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, p. 189 et s.
- CADIET (L.)**, « La théorie du procès et le nouveau *management* de la justice : processus et procédure » in B. FRYDMAN et E. JEULAND (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2011, p. 111 et s.
- CALEB (M.)**, « Considérations sur le nouveau projet de code d'instruction criminelle », *RSC* 1952, p. 19 et s.
- CAPDEPON (Y.)**, « Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? », *Dr. pén.* 2007, étude 15.
- CAPDEPON (Y.)**, « Quelle place pour le suspect ? » in O. DECIMA (dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Cujas, coll. « Actes & Etudes », Paris, 2015, p. 101 et s.
- CARBONNIER (J.)**, « L'apport du droit comparé à la sociologie juridique » in *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, Livre du centenaire de la Société de législation comparée, LGDJ, Paris, 1969, p. 75 et s.
- CARBONNIER (J.)**, « La nature des règles définissant les cas de déviance et la signification de leur application », *La théorie de la stigmatisation et la réalité criminologique*, XVIII^{ème} congrès français de criminologie, Travaux et mémoires de la Faculté de droit d'Aix-Marseille, PUAMP, 1980, p. 73 et s.
- CARBONNIER (J.)**, « Les notions à contenus variables dans le droit français de la famille » in C. PERELMAN et B. VAUDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 99 et s.
- CARBONNIER (J.)**, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 5 et s.
- CARBONNIER (J.)**, « Réflexion sur la médiation » in *La médiation, un mode alternatif de résolution des conflits*, colloque de Lausanne du 15 novembre 1991, Zurich, 1992, p. 11 et s.
- CARBONNIER (J.)**, « De quelques actes manqués en législation » in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle. Etudes offertes à P. Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 3 et s.
- CARBONNIER (J.)**, « Le double visage du droit pénal, aux lueurs de sa triple genèse » in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Etudes offertes à Claude Lombois*, PULIM, Limoges, 2004, p. 17 et s.
- CARBONNIER (J.)**, « L'hypothèse du non-droit », *Droit et Cultures* 2004/2, n° 48, p. 231 et s.
- CARBONNIER (J.)**, « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger » in CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2014 (réimpression de la 2^{ème} édition parue en 1995 aux éditions Defrénois), p. 121 et s.
- CARTIER (M.-E.)**, « La judiciarisation de l'exécution des peines », *RSC* 2001, p. 87 et s.
- CASILE-HUGUES (G.)**, « Abus d'autorité » in *Encyclopédie Dalloz, Rép. pén.*, Dalloz, Paris, 2013.
- CHABERT (B.) et 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, n° 1, doct. p. 2.

- CHABOT (G.)**, « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *D.* 2000, p. 256 et s.
- CHAINAIS (C.)**, « L'injonction de payer française, modèle d'une protection juridictionnelle monitoire » in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, p. 621 et s.
- CHAINAIS (C.) et TAPIE (G.)**, « L'injonction de payer : maniement et remaniements », *D.* 2009, p. 860 et s.
- CHARPENEL (Y.), ROUSSEAU (D.) et SOULEZ-LARIVIERE (D.)**, « Le statut du Parquet », *Constitutions* 2011 p. 295 et s.
- CHARVET (D.)**, « Réflexions autour du plaider-coupable », *D.* 2004, chron. n° 35, p. 2517 et s.
- CHEVALLIER (J.)**, « La séparation des pouvoirs » in Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1958*, Journées d'études des 16-17 mars 1989, Economica, PUAM, coll. « Droit public positif », Paris et Marseille, 1990, p. 114 et s.
- CLEMENT (G.)**, « De la règle 'pas de nullité sans grief' en droit judiciaire privé et en procédure pénale », *RSC* 1984, p. 433 et s.
- CLERE (J.-J.)**, « Les constituants et l'organisation de la procédure pénale » in M. VOVELLE (dir.), *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?*, tome 2, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 sept. 1986, CNRS-Université d'Orléans, Paris, PUF, 1988, p. 441 et s.
- CLERE (J.-J.)**, « L'instruction préparatoire depuis les réformes du Consulat et de l'Empire jusqu'à la promulgation du code de procédure pénale (1799-1958) » in J.-J. CLERE et J.-C. FARCY (dir.), *Le juge d'instruction, Approches historiques*, Editions universitaires de Dijon, coll. « Institutions », Dijon, 2010, p. 185 et s.
- COCHE (A.)**, « Le Comité de réflexion sur la justice pénale ou les droits perdus du justiciable ? (à propos de la phase préparatoire du procès pénal) », *D.* 2009, p. 2765 et s.
- COHEN-TANUGI (L.) et BREEN (E.)**, « Le deferred prosecution agreement américain. - Un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale », *JCP G* 2013, 954.
- COLOMBINI**, « Considérations sur le projet de CIC », *JCP G* 1950, I, 854.
- COLSON (R.) et FIELD (S.)**, « La fabrique des procédures pénales. Comparaison franco-anglaise des réformes de la justice répressive », *RSC* 2010, p. 365 et s.
- COMBALDIEU (R.)**, « La contravention à l'ère électronique (amende forfaitaire et timbre annuel) », *JCP* 1967, I, 2096.
- CONSTANTINESCO (L.-J.)**, « La comparabilité des ordres juridiques ayant une idéologie et une structure politico-économique différente et la théorie des éléments déterminants », *RIDC* 1973, p. 5 et s.
- CONTE (P.)**, « 'Effectivité', 'Inefficacité', 'Sous-effectivité', 'Surfefficacité'... : variations pour droit pénal » in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle. Etudes offertes à P. Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 125 et s.
- CONTE (P.)**, « 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 offerts à Raymond Gassin*, PUAM, Aix-en-Provence, 2007, p. 189 et s.

- CONTE (P.),** « Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén.* 2009, étude 11.
- CONTE (P.),** « 'L'action pénale' en lévitation (aperçu de l'avant-projet de code de procédure pénale) », *D.* 2010, p. 774 et s.
- CONTE (P.),** « Humeur de rentrée », *Dr. pén.* 2014, repère 8.
- CONTE (P.),** « Placement en garde à vue et nécessités de l'enquête », *Dr. pén.* 2015, étude 12.
- CORREA DELACASSO (J.-P.),** « Le titre exécutoire européen et l'inversion du contentieux », *RIDC* 1/2001, p. 61 et s.
- COUVRAT (P.),** « Les méandres de la procédure pénale (commentaire de la loi n° 75-701 du 6 août 1975) », *D.* 1976, chron. p. 43 et s.
- COUVRAT (P.),** « Le contrôle pénal de la police » in *Droits de l'individu et police*, Actes du colloque des facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal tenu à Poitiers en mai 1988, Litec, 1990, Paris, p. 161 et s.
- COUVRAT (P.),** « Le projet Donnedieu de Vabres en parallèle avec les travaux de la commission Justice pénale et Droits de l'homme », *APC* 1991, n° 13, p. 67 et s.
- CREPIN (M.-Y.),** « Le rôle pénal du ministère public » in J.-M. CARBASSE (dir.), *Histoire du Parquet*, PUF, Paris, 2000, p. 77 et s.
- DANET (J.),** « La procéduralisation en droit pénal : quels enjeux pour la défense ? » in C. PIGACHE (textes réunis par), *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, Publications de l'université de Rouen, Rouen, 2004, p. 199 et s.
- DANET (J.),** « La concurrence des procédures pénales » in « Le droit pénal », *APD*, tome 53, Dalloz, 2010, p. 200 et s.
- DANET (J.),** « Un autre *management* pour une justice de meilleure qualité ? » in J. DANET (coord.), *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, PUR, coll. « L'univers des normes », Rennes, 2013, p. 469 et s.
- DE BECHILLON (D.),** « Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *RD pub.* 1994, p. 1793 et s.
- DE BECHILLON (D.),** « Comment traiter le pouvoir normateur du juge ? » in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, Paris, 2006, p. 29 et s.
- DE BERARD (F.),** « Les mesures d'instruction *in futurum* : retour sur la procédure de l'article 145 du CPC », *Gaz. Pal.* 2012, n° 343, p. 19 et s.
- DE LAMY (B.),** « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé - Efficacité et diversification de la réponse pénale) », *D.* 2004, p. 1910 et s.
- DE LAMY (B.),** « L'incidence des réformes de procédure pénale sur les acteurs du procès », *Dr. pén.* 2007, repère 8.
- DE LAMY (B.),** « Le juge des libertés et de la détention : un trompe l'oeil ? », *Dr. pén.* 2007, étude 13.
- DE LEVAL (G.),** « Les ressources de l'inversion du contentieux » in M.-T. CAUPAIN et G. DE LEVAL (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 853 et s.
- DE NERVO (O.),** « Quelques réflexions sur les moyens soulevés d'office en matière correctionnelle et de police », *JCP G* 1994, I, 100178.

- DEBOVE (F.)**, « La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages », *Dr. pén.* 2006, étude 19.
- DECHENAUD (D.)**, « Le contradictoire et les procédures pénales accélérées » in C. RIBEYRE (dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal. Nouvelles perspectives*, Cujas, coll. « Actes & études », Paris, 2012, p. 111 et s.
- DEFFERRARD (F.)**, « La dénaturation du ‘plaider coupable’ après la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d’allègement des procédures », *Dr. pén.* 2009, étude 13.
- DEGOFFE (M.) et JEULAND (E.)**, « Les mesures d’administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification » in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, p. 141 et s.
- DELAGE (P.-J.)**, « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la ‘sanction parquetière’ », *APC* 2006 n° 28, p. 135 et s.
- DELAGE (P.-J.)**, « La constitutionnalité évincée (à propos de la mesure d’éviction du domicile de l’article 41-1 6° du code de procédure pénale », *APC* 2007, p. 59 et s.
- DELAGE (P.-J.)**, « ‘Plaider coupable’ : la clarification par l’entérinement des pratiques », *D.* 2009, p. 1650 et s.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « Vers un modèle européen de procès pénal » in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procès pénal et droits de l’Homme. Vers une conscience européenne*, PUF, coll. « Les voies du droit », Paris, 1992, p. 291 et s.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres ? », *RSC* 1994, p. 150 et s.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « Evolution du ministère public et principes directeurs du procès pénal dans les démocraties européennes », *Justices* 1996, n° 3, p. 75 et s.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « La phase préparatoire du procès pénal. Pourquoi et comment réformer ? », communication à l’Académie des sciences morales et politiques, séance du 25 mai 2009, *Les annonces de la Seine*, 4 juin 2009, n° 34, p. 2 et s.
- DENIS (G.)**, « De quelques aspects de l’enquête préliminaire », *Rev. Pol. Nat.* juin-juill. 1969, p. 5 et s.
- DESDEVISES (M.-C.)**, « L’évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes : l’exemple britannique », *RSC* 1993, p. 45 et s.
- DESIRY (R.)**, « Le rôle du juge dans le déroulement de l’instance civile », *D.* 1956, chron. XXVII, p. 145 et s.
- DESPRES (I.)**, « Retour vers le futur (l’article 145 du code de procédure civile) » in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l’humanisme processuel. Mélanges en l’honneur de S. Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, p. 693 et s.
- DESPREZ (F.)**, « L’application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à Nîmes et à Béziers au regard du principe de judiciarité », *APC* 2007/1, n° 29, p. 145 et s.
- DESSESSART (L.)**, « Le traitement simplifié des infractions à la circulation routière » in M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal post moderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll. « Droit et justice », Paris, 2009, p. 291 et s.

- DETRAZ (S.),** « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », *RSC* 2008, p. 41 et s.
- DETRAZ (S.),** « La juridiction pénale saisie de la seule action civile : une situation en voie de généralisation », *Procédures* 2008, étude 10.
- DI MARINO (G.),** « L'implantation et la remise en cause des dogmes accusatoire et inquisitoire » in « Inquisitoire - accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? », Actes du colloque international, Aix-en-Provence, 9-10 juin 1997, *RIDP* n° 1 et 2, vol. 68, 1997, p. 17 et s.
- DINTILHAC (J.-P.),** « Juges et procureurs » in S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale. Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2014, p. 107 et s.
- DOLL (P.-J.),** « La simplification de la procédure en matière de contravention (loi n° 72-5 du 3 janvier 1972) », *Gaz. Pal.*, 1972, 1, doct. p. 114.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.),** « La réforme de l'instruction préparatoire. Conférence faite au Mouvement Nationale Judiciaire le 20 mai 1949 », *RSC* 1949, p. 499 et s.
- DOUCHY-LOUDOT (M.),** « La scission des phases de l'instance : la mise en état » in *De code en code, Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, Paris, 2009, p. 233 et s.
- DREYER (E.),** « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G* 2008, I, 131.
- DRUGEON (L.),** « Les sources du droit procédural révolutionnaire : une voie française ? » in J. HAUTEBERT et S. SOLEIL, *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, tome 2, « Le code de 1808 et la procédure criminelle en Europe. Législation procédurale et enjeux politiques », Actes du colloque organisé à Angers les 18 et 19 oct. 2007 par le Centre d'histoire du droit de Rennes 1, Paris, éditions juridiques et techniques, 2008, p. 13 et s.
- DUGUIT (L.),** « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RD pub.* 1906, p. 413 et s.
- EISENMANN (C.),** « Les actes de l'Administration, 1949-1950 » in *Cours de droit administratif*, tome II, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2014, p. 227 et s.
- EISENMANN (C.),** « Les actes juridiques du droit administratif, 1956-1957 » in *Cours de droit administratif*, tome II, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2014, p. 450 et s.
- EISENMANN (C.),** « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Topos Verlag AG et Librairie Edouard Duchemin, Vaduz (Liechtenstein) et Paris, 1977, p. 165 et s.
- ENCINAS DE MUNAGORRI (R.),** « Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social », *D.* 2004 p. 711 et s.
- FAVOREU (L.),** « Récusation et administration de la preuve devant la Cour internationale de Justice. A propos des affaires du Sud-Ouest Africain (Fond) », *Annuaire français de droit international*, vol. 11, 1965, p. 233 et s.
- FAVOREU (L.),** « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal » in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 169 et s.
- FERRIER (B.),** « Une grave lacune dans notre démocratie : l'irresponsabilité pénale des personnes morales administratives », *RSC* 1983, p. 229 et s.
- FICARA (J.),** « Quelle indépendance pour le Parquet ? Propositions pour la constitution d'un ministère public français indépendant », *AJ pén.* 2012, p. 509 et s.

- FOULON (M.),** « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du nouveau code de procédure civile » in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, Paris, 2000, p. 311 et s.
- FOURMENT (F.),** « Le défèrement nouveau, ou l'assistance sans contradictoire (assumé) », *Gaz. Pal.* 2014, n° 210, p. 19 et s.
- FOURMENT (F.),** « Le ministre de la Justice, le ministère public et les affaires individuelles, dix ans après la loi du 9 mars 2004 », *Gaz. Pal.* 2014, n° 233, p. 35 et s.
- FOURMENT (F.) et MORTET (L.),** « Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte : le cas de la garde à vue » in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale. Opinion doctorum*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2009, p. 171 et s.
- FOYER (J.),** « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs* 1981, n° 16 : « La justice », p. 17 et s.
- FOYER (J.),** « La juridiction gracieuse après le code de procédure civile et jusqu'à la loi du 15 juillet 1944 » in *Études d'Histoire du Droit à l'Époque contemporaine, XIX^{ème}-XX^{ème} siècles*, Journées internationales de la Société d'histoire du droit, Poitiers-La Rochelle, 1983, Publication de la Faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, tome 13, 1985, p. 223 et s.
- FRAY (G.),** « Les contraventions selon la loi du 3 janvier 1972 et les décrets du 12 juin 1972 et du 7 septembre 1975 [ordonnance pénale] », *Gaz. Pal.* 1974, 2, doct. p. 598 et *Gaz. Pal.* 1977, 1, doct. p. 322.
- FRICERO (N.),** « La mise en état : entre tradition et modernité », *Procédures* 2012, dossier 7.
- FRICERO (N.),** « L'efficacité et la qualité de la justice à l'aune de la crise économique. - À propos du rapport 2014 de la CEPEJ », *JCP G* 2014, 1068.
- FRISON-ROCHE (M.-A.),** « La procédure injuste » in M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES (dir.), *De l'injuste au juste*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 1997, p. 77 et s.
- FRISON-ROCHE (M.-A.),** « Les offices du juge » in *Jean Foyer, auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit. Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 463 et s.
- FRISON-ROCHE (M.-A.),** « La procédure et l'effectivité des droits substantiels » in D. D'AMBRA, F. BENOIT-ROHMER et C. GREWE (dir.), *Procédure et effectivité des droits*, Actes du colloque des 31 mai et 1^{er} juin 2002 organisé à la Faculté de droit de Strasbourg par l'Institut de recherche Carré de Malberg et l'Équipe droits de l'Homme du groupe de recherche sur les identités et les constructions européennes, Nemesis, Bruylant, coll. « Droit et justice », Bruxelles, 2003, p. 1 et s.
- GAGNOUD (P.),** « L'avis donné au procureur de la République du placement en garde à vue d'un suspect depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes », *Gaz. Pal.* 2001, n° 334, p. 3 et s.
- GAGNOUD (P.),** « Le délai de présentation devant le procureur de la République à l'issue de la garde à vue : la pratique du 'petit dépôt de nuit' enfin légalisée », *Gaz. Pal.* 2004, n° 151, p. 2 et s.
- GAGNOUD (P.),** « Le renforcement du contradictoire dans la phase des poursuites : vers une mise en état des affaires pénales ? », *Gaz. Pal.* 2014, n° 214, p. 10 et s.
- GALATI (A.),** « La phase préparatoire du procès pénal dans le système italien », *RIDP* 1985, p. 151 et s.

- GARÇON (E.),** « Sur la question de l'instruction préalable contradictoire », *Bull. de l'Union Internationale de Droit pénal*, vol. X, 1902, p. 287 et s.
- GARRAUD (R.),** *Bull. de l'Union Internationale de Droit pénal*, vol. IX, p. 199 et s.
- GASSIN (R.),** « Le principe de la légalité et la procédure pénale », *RPDP* 2001, n° 2, p. 300 et s.
- GASSIN (R.),** « Les mesures d'administration judiciaire en procédure pénale » in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, p. 951 et s.
- GELLI (R.),** « Le ministère public en France » in S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale. Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2014, p. 113 et s.
- GIUDICELLI (A.),** « Principes directeurs du procès pénal », *RSC* 2003, p. 122 et s.
- GIUDICELLI (C.),** « Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra », *AJ pén.* 2009, p. 68 et s.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.),** « La justice pénale en crise ? », *Crises* 1994, n° 4, p. 93 et s.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.),** « Justice pénale » in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, p. 780 et s.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.),** « La figure du juge de l'avant-procès. Entre symboles et pratiques » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à J. Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 335 et s.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.),** « Conclusion » in C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, coll. « Les voies du droit », Paris, 2006, p. 257 et s.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.),** « Conclusions » in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées*, SLC, coll. « UMR de droit comparé de Paris », vol. 12, Paris, 2006, p. 327 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 » in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, Paris, 2007, p. 389 et s.
- GLANVILLE (W.),** « Les tendances du droit britannique en matière de procédure criminelle et de preuves » in ANCEL (M.) et RADZINOWICZ (L.) (dir.), *Introduction au droit criminel de l'Angleterre*, Les éditions de l'épargne, coll. « Les grands systèmes de droit pénal contemporains », Paris, 1959, p. 184 et s.
- GOHIN (O.) et LATOUR (X.),** « La gendarmerie nationale, entre unité fonctionnelle et identité organique », *AJDA* 2009, p. 2270 et s.
- GOLDMAN (S.),** « Les droits de la défense lors de l'audition 'libre' » in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de C. Lazerges*, Dalloz, Paris, 2014, p. 611 et s.
- GOYET (C.),** « À propos des nullités de l'instruction préparatoire : quelques remarques sur la distinction des nullités textuelles et des nullités substantielles », *RSC* 1976, p. 899 et s.
- GRIMALDI (C.),** « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.* 2007, p. 1448 et s.
- GUERRIN (M.),** « Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal », *RSC* 2000, p. 753 et s.

- GUERRIN (M.)**, « Nullités de procédure » in *Encyclopédie Dalloz, Rép. pén.*, Dalloz, Paris, 2005.
- GUERY (C.)**, « Un ‘toiletage’ progressif et personnalisé : les nullités de l’instruction après l’entrée en vigueur de la loi tendant à renforcer l’équilibre de la procédure pénale », *Dr. pén.* 2002, chron. 38.
- GUERY (C.)**, « Nullité de procédure portant indirectement atteinte aux intérêts du requérant : état des lieux », *D.* 2014, p. 1460 et s.
- GUILBOT (M.) et ROJARE (S.)**, « La participation du ministère public à la médiation » in Actes du colloque organisé par le CRPC sur la médiation le 25 octobre 1991 (cour d’appel de Paris), *APC* 1992, n° 14, p. 39 et s.
- GUINCHARD (E.)**, « Commentaire sur la proposition de règlement instituant une injonction de payer européenne », *LPA* 2006, n° 98, p. 4 et s.
- GUINCHARD (E.)**, « L’Europe, la procédure civile et le créancier : l’injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges », *RTD com.* 2008, p. 465 et s.
- GUINCHARD (S.)**, « L’ambition d’une justice civile renouvelée. Commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *D.* 1999, p. 65 et s.
- GUINCHARD (S.)**, « Procès équitable » in J. ANDRIANTSIMAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l’Homme*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2008, p. 804 et s.
- GUINCHARD (S.)**, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice » in *Encyclopédie Dalloz, Rép. proc. civ.*, Dalloz, Paris, 2013.
- GUINCHARD (S.)**, « L’impossible réforme du contentieux routier ? Vellités de déjudiciarisation et enjeux d’une politique publique de sécurité routière » in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l’honneur de C. Lazerges*, Dalloz, Paris, 2014, p. 621 et s.
- HALPERIN (J.-L.)**, « Continuités et ruptures dans l’évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 » in X. ROUSSEAU, M. S. DUPONT-BOUCHAT et C. VAEL, *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèle Français et traditions nationales (1780-1830)*, L’Harmattan, Paris, 1999, p. 109 et s.
- HEBRAUD (P.)**, « Le recouvrement des petites créances commerciales (décrets-lois des 25 août 1937 et 14 juin 1938) », *JCP G* 1938, I, 80.
- HEBRAUD (P.)**, « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil », *D.* 1946, p. 333 et s.
- HEBRAUD (P.)**, « L’acte juridictionnel et la classification des contentieux. A propos de la condamnation pénale », *Recueil de l’académie de législation de Toulouse*, 5^{ème} série, tome XIX, 1949, p. 131 et s.
- HENNION-JACQUET (P.)**, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *D.* 2004, p. 1265 et s.
- HENNION-JACQUET (P.)**, « La consécration légale du statut du suspect libre. Quand la transposition des directives européennes conduit à une dualité de régimes superflue », *Gaz. Pal.* 2014, n° 210, p. 9 et s.
- HENRION (H.)**, « L’article préliminaire du code de procédure pénale : vers une ‘théorie législative’ du procès pénal ? », *APC* 2001, n° 23, p. 13 et s.

- HERON (J.)**, « Eléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif* 1992 - 4, *Cahier de méthodologie juridique*, n° 7, *Modes de réalisation du droit*, p. 961 et s.
- HERON (J.)**, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, p. 131 et s.
- HERVIEU (N.)**, « Un spectaculaire resserrement de l'étau européen sur les perquisitions et les privations de liberté » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF* [en ligne], 18 oct. 2013, <http://revdh.org/2013/10/18/procedure-penale-etau-europeen-perquisitions/>.
- HERVIEU (N.)**, « Le fichage policier sous les fourches caudines européennes », *La Revue des droits de l'Homme* [en ligne], 19 sept. 2014, *Actualités Droits-Libertés*, <http://revdh.revues.org/879>.
- HERZOG-EVANS (M.)**, « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *D.* 2006, p. 182 et s.
- HUBERT (M.)**, « L'amende de composition », *RSC* 1947, p. 527 et s.
- HUGUENEY (L.)**, « Variations sur l'article 10 du code d'instruction criminelle », *Etudes criminologiques*, 1927, n° 1, p. 1 et s.
- HUGUENEY (L.)**, « L'extinction de l'action publique par les soins de la gendarmerie », *Rev. Gendarmerie* 1939, p. 3 et s.
- JACQUET (J.-M.)**, « Le rôle de la cause dans le nouveau droit français du divorce », *RTD civ.* 1984, p. 615 et s.
- JALOUZOT (B.)**, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC* 2005, p. 29 et s.
- JAMIN (C.)**, « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », *Bull. Inf. C. cass.*, n° 596, 15 avr. 2004, p. 3 et s.
- JAUFFRET-SPINOSI (C.)**, « Comment juge le juge anglais ? », *Droits* 1989, n° 9, p. 57 et s.
- JEAN (J.-P.)**, « Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen », *RSC* 2005, p. 670 et s.
- JEAN (J.-P.)**, « Systèmes judiciaires européens : les principales tendances en matière pénale », *AJ pén.* 2008, p. 453 et s.
- JEANTIN (M.)**, « Les mesures d'instruction in futurum », *D.* 1980, chron. 205.
- JEOL (M.)**, « Le parquet entre le glaive et la balance », *Justices* 1996, n° 3, p. 69 et s.
- JESTAZ (P.)**, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. 23, p. 197 et s.
- JESTAZ (P.)**, « Genèse et structure du champ doctrinal », *D.* 2005, p. 19 et s.
- JEULAND (E.)**, « Droit judiciaire » in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, p. 357 et s.
- JOLY-HURARD (J.)**, « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats », *RIDC* 2006, n° 2, p. 439 et s.
- JOSEPH-RATINEAU (Y.)**, « Petites incohérences pratiques résultant de la double convocation dans le cadre de la CRPC », *D.* 2009, p. 2815 et s.

- JOURDAIN (P.)**, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *LPA* 2004, n° 224, p. 49 et s.
- KAHN (P.)**, « Les modifications de procédure en matière de simple police [ordonnance pénale]. Rapport et discussion », *RPDP* 1921, n° 4, p. 238 et s.
- KARSENTY (D.)**, « L'apparition des nouveaux droits fondamentaux de procédure en matière de mise en état », *JCP* 2007, I, 160.
- KOERING-JOULIN (R.)**, « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 § 1 », *RSC* 1990, p. 765 et s.
- KOERING-JOULIN (R.)**, « Le juge impartial », *Justices* 1998, n° 10, p. 1 et s.
- KRIEGEL (B.)**, « Le parquet dans la construction de l'Etat », *Crises*, 4/1994, p. 45 et s.
- LABORDE (A.)**, « Pendant combien de temps le flagrant délit autorise-t-il l'arrestation par mesure de police ? », *Rev. pénit.* 1908, p. 924 et s.
- LACABARATS (A.)**, « Les compétences du juge civil des référés en matière pénale », *Justices* 1998, n° 10, p. 151 et s.
- LACUZEAU (G.)**, « Analyse critique du pré-rapport Léger sous l'angle de l'action du parquet » in *Déviations et délinquances. Approches psycho-sociales et pénales*, Dalloz, coll. « Essais de philosophie pénale et de criminologie », vol. 8, Paris, 2009, p. 297 et s.
- LAGARDE (X.)**, « Réformer l'injonction de payer - Défense d'une proposition », *JCP G* 2008, I, 165.
- LAMBERT (T.)**, « Le droit de visite et de saisie de l'administration fiscale : les tourments de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales », *Rev. sociétés* 2012, p. 71 et s.
- LANGER (M.)**, « La portée des catégories accusatoire et inquisitoire », *RSC* 2014, p. 707 et s.
- LANGROD (G.)**, « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique », *RIDC* 1957, p. 353 et s.
- LARONDE-CLERAC (C.)**, « La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale », *Dr. pén.* 2013, étude 9.
- LAURENT (J.-C.)**, « Le classement sans suite », *Revue de droit pénal* 1948, p. 97 et s.
- LAVIELLE (B.) et DANET (J.)**, « Juge d'instruction : ni cet excès d'honneur ni cette indignité », *Gaz. Pal.* 2009, n° 55, p. 2 et s.
- LAZERGES (C.)**, « Essai de classification des procédures de médiation », *APC* 1992, n° 14, p. 17 et s.
- LAZERGES (C.)**, « Typologie des procédures de médiation pénale », *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 217 et s.
- LAZERGES (C.)**, « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle. A propos de la décision 2004-492 DC du 2 mars 2004 », *RSC* 2004, p. 725 et s.
- LAZERGES (C.)**, « De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du code de procédure pénale » in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du Professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, Paris, 2006, p. 71 et s.
- LAZERGES (C.)**, « Carbonnier... pénaliste » in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, p. 1017 et s.

- LAZERGES (C.)**, « L'encadrement du Parlement dans la fabrication de la loi pénale. L'exemple de la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation », *RSC* 2014, p. 669 et s.
- LE BORGNE (J.-Y.)**, « Le rapport Léger, le poids de l'habitude et la peur de la nouveauté », *AJ pén.* 2009, p. 400 et s.
- LE CALVEZ (J.)**, « Les dangers du 'X' en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme », *D.* 2002, p. 3024 et s.
- LE CROZ (N.)**, « L'audition des personnes soupçonnées dans les enquêtes pénales. Retour sur certaines modifications du code de procédure pénale issues de la loi du 27 mai 2014 », *AJ pén.* 2014, p. 320 et s.
- LE GUNEHEC (F.)**, « Commentaires des dispositions pénales de la loi du 8 février 1995 : réformatives, réformes d'ampleur et occasions manquées - Première partie : la procédure préparatoire », *JCP* 1995, I, 3862.
- LE GUNEHEC (F.)**, « Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Première partie : dispositions de procédure pénale immédiatement applicables : pragmatisme, cohérence, sévérité et simplifications », *JCP G* 2004, act. 177.
- LE MONNIER DE GOUVILLE (P.)**, « Le régime juridique de la géolocalisation : une pierre de plus à la mosaïque processuelle pénale », *Gaz. Pal.* 2014, n° 210, p. 4 et s.
- LE MONNIER DE GOUVILLE (P.)**, « Quel juge pour l'enquête ? » in O. DECIMA (dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Cujas, coll. « Actes & Etudes », Paris, 2015, p. 83 et s.
- LE PAGE-SEZNEC (B.)**, « Fondements des amendes forfaitaires pour infraction au code de la route », *RSC* 1996, p. 839 et s.
- LEBEHOT (T.)**, « Le cadre juridique de la médiation pénale », *AJ pén.* 2011, p. 216 et s.
- LEBLOIS-HAPPE (J.)**, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC* 1994, p. 525 et s.
- LEBLOIS-HAPPE (J.)**, « De la transaction pénale à la composition pénale - Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *JCP G* 2000, I, 198.
- LEBLOIS-HAPPE (J.)**, « Eléments de la cohérence de la procédure pénale allemande. L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celles du juge dans la phase préliminaire du procès », Colloque, Cour de cassation, Cycle Procédure pénale 2006, 5^{ème} conférence, *Et à l'étranger ? Apport du droit comparé*, 27 avr. 2006 [en ligne], https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_leblois-happe_2.pdf, repris in Cour de cassation, *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2007, p. 241 et s.
- LEE (M.)**, « Admonestation policière et justice des mineurs : au mieux des intérêts de qui ? », *Déviance et Société* 1994, vol. 18, n° 1, p. 43 et s.
- LEFORT (C.)**, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil » in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, p. 807 et s.
- LEGEAIS (R.)**, « L'oblation volontaire et l'amende de composition ou les procédures sans débats en droit pénal français », *RIDP* 1962, p. 449 et s.
- LEGEAIS (R.)**, « La Constitution et le droit pénal dans le système juridique français », *Journées de la Société de législation comparée pour 1980*, Paris, 1982, p. 621 et s.

- LEGRAND (P.)**, « Comparer », *RIDC* 1996, p. 279 et s.
- LELOIR (G.)**, « Des enquêtes officieuses en matière criminelle », *La France judiciaire*, tome 7, 1882-1883, 1^{ère} partie (Etudes historiques et juridiques), p. 181 et s.
- LELOIR (G.)**, « Le petit parquet sous l'empire de la loi du 8 décembre 1897 », *Rev. pénit.* 1898, p. 1229 et s.
- LENNON (J.-L.)**, « Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect », *D.* 2006, p. 887 et s.
- LENNON (J.-L.)**, « Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », *Dr. pén.* 2007, étude 21.
- LESCLOUS (V.)**, « Le procureur : du mécanicien de la poursuite pénale à l'architecte d'un traitement social, une fonction judiciaire républicaine », *Dr. pén.* 2013, étude 13.
- LEVASSEUR (G.)**, « Réflexions sur la compétence, un aspect négligé du principe de la légalité » in *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à M. Louis Hugueney*, Sirey, Paris, 1964, p. 13 et s.
- LOPEZ (L.)**, « Les archives contre la statistique officielle ? », *Genèses* 2/ 2008, n° 71, p. 106 et s.
- LORENTZ (J.) et VOLFF (J.)**, « L'ordonnance pénale : une procédure simple, rapide et peu coûteuse », *JCP G* 1968, I, 2192.
- LORENTZ (J.) et VOLFF (J.)**, « La procédure simplifiée ou l'adaptation de la procédure d'ordonnance pénale au droit français », *Gaz. Pal.* 1972, 1, doct. p. 274.
- LORENTZ (J.) et VOLFF (J.)**, « Les conditions d'application de la procédure simplifiée », *Gaz. Pal.* 1972, 2, doct. p. 499.
- LYON-CAEN (P.)**, « Vers un parquet indépendant ? », *D.* 2013, p. 1359 et s.
- M. B.**, « Magistrat de sureté » in MERLIN (P. A.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome VII, Garnery, 3^{ème} éd., Paris, 1808, n° IV, p. 591 et s.
- MAGNOL (J.)**, « Principales réformes législatives récentes concernant le régime des amendes pénales », *JCP G* 1947, I, 602.
- MALABAT (V.)**, « L'avant-projet du futur code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ? », *AJ pén.* 2010, p. 162 et s.
- MANSOURI (A.)**, « Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé », *RIDC* 2006, p. 173 et s.
- MARKENISIS (B.)**, « Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », *RIDC* 2001, p. 807 et s.
- MARTIN (R.)**, « La saisine d'office du juge (Essai sur sa signification) », *JCP G* 1973, IV, 6136, p. 231 et s.
- MARTIN (R.)**, « Matière gracieuse et ordonnances sur requête unilatérale », *JCP* 1976, I, 2787.
- MARTIN (R.)**, « Réflexion sur l'instruction du procès civil », *RTD civ.* 1979, p. 279 et s.
- MARTINI (A.)**, « Angleterre : un autre parquet ? » in C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2006, p. 49 et s.
- MATHIAS (E.)**, « La marginalisation du juge d'instruction : vers un renouveau du modèle

inquisitoire ? », *LPA* 2005, n° 164, p. 3 et s.

MATHIAS (E.), « Alternatives punitives consensuelles : leurres et travers de la répression volontaire », *Gaz. Pal.* 2006, n° 245, p. 2 et s.

MATHIAS (E.), « Pour une loi des suspects...libres (à propos du projet de loi relatif à la garde à vue) », *Dr. pén.* 2011, étude 6.

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *RIDC* 2000, p. 289 et s.

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Approches épistémologiques de la comparaison des droits » in P. LEGRAND, *Comparer les droits résolument*, PUF, coll. « Les voies du droit », Paris, 2009, p. 123 et s.

MATSOPOULOU (H.), « La censure par la Cour européenne des droits de l'homme du dispositif français applicable aux perquisitions fiscales », *RSC* 2008, p. 598 et s.

MATSOPOULOU (H.), « A propos du rapport d'étape du Comité de réflexion sur la justice pénale », *JCP G* 2009, act. 156.

MATSOPOULOU (H.), « Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet », *Gaz. Pal.* 2010, n° 117, p. 15 et s.

MATSOPOULOU (H.), « La surveillance par géolocalisation à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2011, p. 724 et s.

MATSOPOULOU (H.), « Le contradictoire dans l'enquête pénale » in C. RIBEYRE (dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal. Nouvelles perspectives*, Cujas, coll. « Actes & études », Paris, 2012, p. 73 et s.

MATSOPOULOU (H.), « L'impact du droit européen sur le juge interne : approche de procédure pénale. L'exemple des perquisitions et saisies effectuées par les agents de certaines administrations sous le contrôle de l'autorité judiciaire » in V. DONIER et B. LAEROU-SCHENEIDER (dir.), *La régulation par le juge de l'accès au prétoire*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2013, p. 266 et s.

MATSOPOULOU (H.), « Une nouvelle réforme de la procédure pénale ? - Les principales propositions de la mission de réflexion sur les possibles évolutions de la procédure pénale », *JCP G* 2014, 957.

MATSOPOULOU (H.), « Quelle étendue de la juridictionnalisation ? » in O. DECIMA (dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Cujas, coll. « Actes & Etudes », Paris, 2015, p. 69 et s.

MAURICE-HERSANT (A.), « Réflexions sur l'article 802 du code de procédure pénale », *D.* 1976, chron. p. 115.

MAURO (C.), « Une nouvelle loi contre le terrorisme : quelles innovations ? - À propos de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 », *JCP G* 2014, act. 1203.

MAYAUD (Y.), « Défaut des éléments constitutifs de l'infraction de faux matériel pour l'ordonnance de soit-communiqué d'un magistrat-instructeur », *JCP G* 2005, II, 10158.

MAYAUD (Y.), « Le parquet entre le juge et l'avocat (à propos de l'avant-projet de réforme du code de procédure pénale) », *D.* 2010, p. 773 et s.

MAYAUD (Y.), in S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale. Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2014, p. 135 et s.

- MAYER (D.)**, « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », *D.* 2001, p. 1643 et s.
- MAYER (P.)**, « Existe-t-il des normes individuelles ? in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de M. Troper*, Economica, Paris, 2006, p. 679 et s.
- MAYER-JACK (A.)**, « Une réforme à la Janus : introduction de l'ordonnance pénale dans la législation française et réduction du stationnement interdit à l'état administratif (commentaire de la loi du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions) », *JCP G* 1972, I, 2456.
- MAZEAUD (L.)**, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.* 1929, p. 17 et s.
- MAZEAUD (P.)**, « L'action publique dans la tradition républicaine », *Justices* 1996, n° 3, p. 65 et s.
- MELIN-SOUCRAMANIEN (F.)**, « Constitutionnalité de la loi relative au Conseil supérieur de la magistrature », *D.* 1995, p. 298 et s.
- MEYER (B.)**, « Récusation des jurés : comment vider un droit de sa substance ou la lui rendre... », *AJ pén.* 2006, p. 238 et s.
- MIANSONI (C.)**, « La nature juridique du traitement en temps réel des procédures pénales (TTR) », *AJ pén.* 2012, p. 152 et s.
- MICHAUD (J.)**, « Le Janus de la magistrature », *RSC* 1974, p. 666 et s.
- MIGNON COLOMBET (A.) et BUTHIAU (F.)**, « Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée. - Punir, surveiller, prévenir ? Justice négociée », *JCP G* 2013, doct. 359.
- MILBURN (P.)**, **MOUHANNA (C.)** et **PERROCHEAU (V.)**, « Controverse et compromis dans la mise en place de la composition pénale », *APC* 2005/1, n° 27, p. 151 et s.
- MIMIN (P.)**, « La nouvelle enquête policière », *JCP G* 1959, I, 1500.
- MINIATO (L.)**, « Réflexions à propos de l'audition libre issue du projet de loi relatif à la garde à vue », *Gaz. Pal.* 2010, n° 334, p. 13 et s.
- MOROZ (X.)**, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^{ème} siècle », *APC* 2003, n° 25, p. 85 et s.
- MOTULSKY (H.)**, « Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé », *Tr. Com. fr dip* 1948- 1952, p. 13 et s.
- MOTULSKY (H.)**, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile » in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey, Paris, 1961, tome II, p. 175 et s.
- MOTULSKY (H.)**, « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD* 1964, p. 215 et s.
- MOTULSKY (H.)**, « La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP* 1966, I, 1996.
- MOTULSKY (H.)**, « Les ordonnances sur requêtes. Rapport général de synthèse aux journées d'études judiciaires de Lille (mai 1964) », Librairies techniques, 1967.
- MOUHANNA (C.)**, « La répartition des forces de sécurité sur le territoire : des leçons à tirer pour la carte judiciaire ? », *AJ pén.* 2007, p. 518 et s.
- MUIR-WATT (H.)**, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000, p. 503 et s.
- NADAL (J.-L.)**, « Quel rôle pour le ministère public ? », *D.* 2007, p. 2296 et s.

- NADAL (J.-L.)**, « La liberté de parole du ministère public », *Gaz. Pal.* 2008, n° 355, p. 5 et s.
- NARRAN (G.)**, « La compétence du conseiller de la mise en état en matière d'exceptions de nullité après le décret du 28 décembre 2005 », *Gaz. Pal.* 2006, n° 119, p. 2 et s.
- OLLARD (R.)**, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? - À propos de la loi du 27 mai 2014 », *JCP G* 2014, doct. 912.
- OST (F.)**, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme » in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonnement la raison d'Etat*, PUF, Paris, 1989, p. 405 et s.
- PANSIER (F.-J.)**, « Le traitement direct du procureur Moinard à Bobigny », *RSC* 1993, p. 163 et s.
- PANSIER (F.-J.) et CHARBONNEAU (C.)**, « Présentation de la loi portant dispositions relatives à la sécurité quotidienne », *LPA* 2001, n° 239, p. 7 et s.
- PARRA (C.)**, « La saisie incidente, les problèmes qu'elle pose et les solutions envisagées », *Rev. Pol. Nat.* févr.-mars 1968, n° 71, p. 56 et s.
- PELLE (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, p. 1508 et s.
- PERRIER (J.-B.)**, « La transaction pénale de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale. Bonne idée ou outil dangereux ? », *D.* 2014, p. 2182 et s.
- PERRODET (A.)**, « Le statut du ministère public » in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, coll. « Thémis Droit Privé », Paris, 1995, p. 352 et s.
- PERROT (R.)**, « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête » in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, p. 387 et s.
- PERROT (R.)**, « Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* 2006, étude 3.
- PEYRE (J.-C.)**, « Le référé-probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *JCP* 1984, I, 3158.
- PFERSMANN (O.)**, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, p. 275 et s.
- PHILIP (L.)**, « La constitutionnalisation du droit pénal français », *RSC* 1985, p. 711 et s.
- PIERRE-MAURICE (S.)**, « Nature du référé-rétractation et notion de voie de recours », *RRJ* 2007-4, p. 1893 et s.
- PINNA (A.)**, « La mobilisation de la créance indemnitaire », *RTD civ.* 2008, p. 229 et s.
- PISAPIA (G. D.)**, « Le nouveau code de procédure pénale italien » *APC* 1991, n° 13, p. 115 et s.
- PONCELA (P.)**, « Quand le procureur compose avec la peine », *RSC* 2002, p. 638 et s.
- PONTHOREAU (M.-C.)**, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC* 2005, p. 7 et s.
- PORTMANN (A.)**, « Une circulaire fait le point sur les fichiers de police judiciaire », *Dalloz actualité*, 15 sept. 2014.
- POUGET (P.)**, « La mise en place de la diversification du traitement des délits à travers la législation » in J. DANET (coord.), *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, PUR, coll. « L'univers des normes », Rennes, 2013, p. 49 et s.

- PRADEL (J.)**, « La simplification de la procédure applicable aux contraventions », *D.* 1972, chron. p. 153 et s.
- PRADEL (J.)**, « La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la commission Justice pénale et droits de l'Homme », *D.* 1990, chron. p. 301 et s.
- PRADEL (J.)**, « La notion de tribunal indépendant et impartial selon le droit français », *RSC* 1990, p. 692 et s.
- PRADEL (J.)**, « D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale », *D.* 1995, p. 171 et s.
- PRADEL (J.)**, « La disparition du juge d'instruction dans l'avant-projet du futur code de procédure pénale », *D.* 2010, p. 1293 et s.
- PRADEL (J.)**, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation », *D.* 2011, p. 338 et s.
- PRADEL (J.)**, « Faut-il supprimer les instructions pénales individuelles du garde des Sceaux au parquet ? A propos du projet de loi adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 4 juin 2013 », *D.* 2013, p. 1361 et s.
- PRADEL (J.)**, « De la géolocalisation en procédure pénale. - À la recherche d'un statut », *JCP G* 2014, doct. 77.
- PRADEL (J.)**, « Loi géolocalisation : un exemple de vide législatif comblé dans l'urgence », *JCP G* 2014, 415.
- PRADEL (J.)**, « L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ? », *D.* 2014, p. 1647 et s.
- PRADEL (J.) et LABORDE (J.-P.)**, « Du ministère public en matière pénale : à l'heure d'une éventuelle autonomie ? », *D.* 1997, p. 141 et s.
- PRADEL (J.) et LEIGH (L. H.)**, « Le ministère public. Examen des droits anglais et français », *Revue de droit pénal et de criminologie* 1989, p. 223 et s.
- PUTMAN (E.)**, « 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.
- RAJI (F.), WENDEL (G.), MALIN (T.) et RICHARD (B.)**, « La réforme de la mise en état », *Procédures* 2006, n° 6, étude 11.
- RASSAT (M.-L.)**, « Le parquet au regard de la législation interne » in *Indépendance du parquet, opportunité des poursuites* [en ligne], Colloque organisé sous l'égide de la Fédération Cohérence Europe et de la Faculté de Droit de Nancy, sous la direction de F. Jacquot, 1997, <http://www.juripole.fr/TableRonde/index.html>.
- RASSAT (M.-L.)**, « Le projet de réforme de la procédure pénale », *JCP G* 2010, 369.
- RAYSEGUIER (C.)**, « Le 'Parquet à la française' : tensions et apaisements », *Constitutions* 2011, p. 281 et s.
- REBOURG (M.)**, « Prévention et répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs - A propos de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 », *JCP* 2006, act. 173.
- REBUT (D.)**, « Le droit à un tribunal impartial devant la chambre criminelle », *RSC* 1998, p. 449 et s.
- REBUT (D.)**, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010, p. 970 et s.

- RENOUX (T. S.),** « Le Conseil constitutionnel et l'instruction pénale : juges ou magistrats ? », *Justices* 1998, n° 10, p. 75 et s.
- RENOUX (T. S.),** « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public » in Cour de Cassation, *Quel avenir pour le ministère public ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2008, p. 35 et s.
- RENUCCI (J.-F.),** in S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale. Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2014, p. 79 et s.
- ROBERT (J.-H.),** « De la nécessité d'un ministère public » in O. CAYLA et M.-F. RENOUX-THENARD (R.), « L'oblation volontaire en matière de contraventions à la police des chemins de fer et autres services de transports en commun », *RSC* 1940, p. 17 et s.
- ROBERT (J.-H.),** « Les murailles de silicium (commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales) », *Dr. pén.* 2006, étude 2.
- ROBERT (J.-H.),** « L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », *Procédures* 2007, étude 19.
- ROBERT (J.-H.),** « Le code des délits et des peines du 3 brumaire an IV et sa marque dans le droit pénal actuel » in Université Panthéon-Assas (Paris II), *Code pénal et code criminel. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris, 2010, p. 37 et s.
- ROBERT (J.-H.),** « L'Etat, privé du droit à l'avocat », *JPC G* 2013, 904.
- ROBERT (J.-H.),** « Les principes en inaction », *Dr. pén.* 2014, repère 1.
- ROBERT (J.-H.),** « Réforme pénale - Punir dehors. Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *Dr. pén.* 2014, étude 16.
- ROBERT (M.),** « Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un « parquetier » », *AJ pén.* 2009, p. 393 et s.
- ROBERT (M.),** « L'avenir du ministère public français », *AJ pén.* 2011, p. 115 et s.
- ROBINET DE CLERY (G.A.),** « Les droits du ministère public et du ministre de la justice en matière de poursuites criminelles », *Revue critique* 1876, p. 424 et s.
- ROLLAND (B.),** « Réflexions sur la saisine d'office » in *De code en code. Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, Paris, 2009, p. 685 et s.
- ROLLAND (M.),** « Le ministère public en droit français », *JCP* 1956, I, 1271.
- ROUIDI (H.),** « La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme : quelles évolutions », *AJ pén.* 2014, p. 555 et s.
- ROUMIER (W.),** « Contrôle et mise à jour des fichiers d'antécédents judiciaires », *Dr. pén.* 2014, alerte 52.
- ROURA (M.),** « Le classement sans suite » in *Problèmes Actuels de science criminelle*, vol. XII, PUAM, Aix-en-Provence, 1999, p. 133 et s.
- ROUSSEL (G.),** « Police judiciaire » in *Encyclopédie Dalloz, Rép. pén.*, Dalloz, Paris, 2014.
- ROUSSEL (Y.),** « Le régime des nullités de la procédure pénale après les lois des 4 janvier 1993 et 24 août 1993 », *Gaz. Pal.* 1996, n° 1, doct. p. 7.
- ROYER (G.),** « L'article préliminaire du code de procédure pénale, quand vient l'âge de la maturité... », *D.* 2006, p. 3045 et s.

- RYBEIRE (C.)**, « LOPPSI II : de nouvelles règles au service de la répression », *Dr. pén.* 2011, étude 10.
- SAINT-PAU (J.-C.)**, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. pén.* 2007, étude 14.
- SAINT-PIERRE (F.)**, « Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : la 'sûreté' des justiciables », *AJ pén.* 2005, p. 177 et s.
- SAINT-PIERRE (F.)**, « Qu'espérer de la commission Léger ? Une réforme d'ampleur de la Justice pénale ! », *AJ pén.* 2009, p. 171 et s.
- SALAS (D.)**, « Etat et droit pénal. Le droit pénal entre 'Themis' et 'Diké' », *Droits* 1992, n° 15, p. 77 et s.
- SALAS (D.) et MILBURN (P.)**, « Les procureurs de la République. De la compétence personnelle à l'identité collective », *APC* 2007, n° 25, p. 97 et s.
- SARDA (F.)**, « Pour un juge d'instruction civil » in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à A. Decocq*, Litec, Paris, 2004, p. 545 et s.
- SAUTEL (O.)**, « Les alternatives aux poursuites. Un exemple de 'dérive' » in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de C. Lazerges*, Dalloz, Paris, 2014, p. 797 et s.
- SCHIR (F.)**, « La flagrance » in *Problèmes actuels de sciences criminelles*, vol. VI, PUAM, Marseille, 1993, p. 87 et s.
- SCHWARTZ-LIBERMANN VON WHALENDORF (H. A.)**, « Le juge 'législateur'. L'approche anglaise », *RIDC* 1999, p. 1109 et s.
- SCHWENDENER (M.)**, « Une police aux pouvoirs d'enquête renforcés », in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Dalloz, coll. « Journées d'études Dalloz », Paris, 2004, p. 285 et s.
- SCHWENDENER (M.)**, « La nouvelle garde à vue 'terrorisme' issue de la loi du 23 janvier 2006 », *AJ pén.* 2006, p. 164 et s.
- SERVERIN (E.)**, « Comment l'esprit du *management* est venu à l'administration de la justice » in B. FRYDMAN et E. JEULAND (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2011, p. 57 et s.
- SEUVIC (J.-F.)**, « Textes publiés au Journal officiel du 15 septembre 2005 au 15 mars 2006 », *RSC* 2006, p. 351 et s.
- SEUVIC (J.F.)**, « Force ou faiblesse de la constitutionnalisation du droit pénal », intervention du 16 mars 2006 lors du cycle de conférences organisé par la Cour de cassation, *La Procédure pénale en quête de cohérence*, http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/intervention_m_seuovic_9574.html?idprec=8480.
- SOULEZ LARIVIERE (D.)**, « Quelle indépendance pour le Parquet ? Propositions pour une différenciation des corps du Siège et du Parquet », *AJ pén.* 2012, p. 508 et s.
- SPENCER (J. R.)**, « Les limites en matière de preuve : aspects actuels », *RSC* 1992, p. 42 et s.
- SPENCER (J. R.)**, « La criminalité organisée en Angleterre » in J. PRADEL et J. DALLEST (dir.), *La criminalité organisée. Droit français, droit international et droit comparé*, Lexisnexis, coll. « Droit & Professionnels », Paris, 2012, p. 343 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. pén.* 2009, chron. 4, p. 8 et s.

- STRICKLER (Y.) et FOULON (M.)**, « Le référé-rétractation », *D.* 2010, p. 456 et s.
- TALEB (A.)**, « Quelles perspectives d'évolution pour le parquet français ? Etude des systèmes français et anglais à la lumière de la jurisprudence européenne (à propos de l'arrêt CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*) », *RIDP* 2011, p. 233 et s.
- TARZIA (G.)**, « Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuves » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, p. 469 et s.
- TAUPIAC-NOUVEL (G.) et BOTTON (A.)**, « La réforme du droit à l'information en procédure pénale », *JCP G* 2014, doct. 802.
- TELLIER-CAYROL (V.) et NORGUET (M.)**, « Une décennie de réponse pénale », *Gaz. Pal.* 2014, n° 233, p. 4 et s.
- TERRE (D.)**, « Jean Carbonnier et la procédure pénale », *L'Année sociologique* 2007/2, vol. 57, p. 455 et s.
- TERRE (F.)**, « *Omnis definitio periculosa est* ? L'exigence des définitions et le bon choix des mots », *JCP G* 2010, doct. 204.
- TERRE (F.)**, « Les mots et le droit », *D.* 2011, p. 152 et s.
- TERRE (F.)**, « Une justice indépendante - De qui ? Comment ? Pour quoi ? Où sont les réponses ? » *JCP G* 2012, 470.
- THERY (P.)**, « L'article 145 du nouveau code de procédure civile », *Rev. Jur. Centre-Ouest* 1988, p. 210 et s.
- TONINI (P.) et COLIZZI (S.)**, « Le nouveau code de procédure pénale italien », *RSC* 1989, p. 206 et s.
- TOUDOIRE (M.)**, « Rapport de la première section sur les projets de réforme de la procédure prévue en matière de contraventions de simple police », *RDPD* 1921, n° 6, p. 253 et s.
- TROPER (M.)**, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 101 et s.
- TROPER (M.)**, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? » in M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », Paris, 1994, p. 95 et s.
- TROPER (M.)**, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution » in M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », Paris, 2001, p. 101 et s.
- TROUSSE (P.-E.)**, « Le moyen d'office dans la jurisprudence de la chambre criminelle des cours de cassation de France et de Belgique » in *La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, Paris, 1965, p. 653 et s.
- TRUCHE (P.)**, « Quelle indépendance pour le parquet ? », *LPA* 2000, n° 213, p. 10 et s.
- TRUCHE (P.)**, « Introduction à l'article préliminaire du code de procédure pénale », *APC* 2001, n° 23, p. 7 et s.
- TUNC (A.)**, « Sortir du néolithique », *D.* 1957, chron. p. 71 et s.
- VALAT (J.-P.)**, « La loi du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation », *Dr. pén.* 2014, étude 12.
- VALOTEAU (A.)**, « Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », *Dr. pén.* 2006, étude 8.

- VEDEL (G.),** « Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires frappant les magistrats du parquet », *Pouvoir judiciaire*, 1953, n° 83, p. 6 et s.
- VERDUN (G.),** « Le magistrat de la mise en état ‘juge d’exceptions’ », *Gaz. Pal.* 2000, n° 120, p. 2 et s.
- VERGES (E.),** « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007, p. 1441 et s.
- VERGES (E.),** « L’effet normatif de l’article préliminaire du code de procédure pénale » in *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, Aix-en-Provence, 2007, p. 327 et s.
- VERGES (E.),** « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », *RSC* 2013, p. 605 et s.
- VERGES (E.),** « Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l’Union européenne en procédure pénale - À propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l’information dans le cadre des procédures pénales », *Dr. pén.* 2014, étude 15.
- VERGES (E.),** « Construire la norme en procédure pénale : une étude des techniques juridiques à travers un cas symptomatique, la géolocalisation », *RSC* 2014, p. 599 et s.
- VIDAL (G.),** « L’infraction commise par un agent public dans l’exercice de ses fonctions » in *Mélanges offerts à Paul Conzinet*, Presse de l’Université des Sciences Sociales, Toulouse, 1974, p. 779 et s.
- VIRALLY (M.),** « La notion de fonction dans la théorie de l’organisation internationale » in *La Communauté internationale, Mélanges Rousseau*, Pedone, Paris, 1974, p. 291.
- VIRIOT-BARRIAL (D.),** « Commentaire de la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *D.* 2006, p. 2350 et s.
- VITU (A.),** « Le classement sans suite », *RSC* 1947, p. 505 et s.
- VITU (A.),** « La mise en œuvre de la responsabilité pénale des magistrats et des membres de la police judiciaire en droit français » in *Mélanges en hommage à Jean Constant*, Faculté de droit de Liège, Liège, 1971, p. 373 et s.
- VIZIOZ (H.),** « Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de droit public », paru dans la *Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l’Etranger* en 1931.
- VLAMYNCK (H.),** « Le traitement procédural des faits nouveaux, incidents ou distincts », *AJ pén.* 2012, p. 215 et s.
- VLAMYNCK (H.),** « La géolocalisation : quelques remarques », *AJ pén.* 2014, p. 328 et s.
- VOLFF (J.),** « Un coup pour rien ! L’injonction pénale et le Conseil constitutionnel », *D.* 1995, p. 201 et s.
- VOLFF (J.),** « L’ordonnance pénale en matière correctionnelle », *D.* 2003, p. 2777 et s.
- VOUIN (R.),** « Le projet de réforme de l’instruction criminelle », *D.* 1950, p. 38 et s.
- VOUIN (R.),** « Le code de procédure pénale », *JCP G* 1959, I, 1477.
- VRAY (H.),** « La nature juridique de la décision du juge de police fixant l’amende de composition : acte juridictionnel ou acte d’administration judiciaire », *Gaz. Pal.* 1964, 1,

doctr. p. 1 et s.

WAQUET (P.), « Réflexions sur les rapports de la commission Justice pénale et droits de l'Homme », *RSC* 1991, p. 518 et s.

WEIL (P.), « A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou les surprises de la jurisprudence *Giry* », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 379 et s.

WIEDEKEHR (G.), « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, p. 36 et s.

WIEDERKEHR (G.), « Jugement. De la distinction entre décision contentieuse et décision gracieuse », *Justices* 1995, n° 1, p. 246 et s.

WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, p. 575 et s.

WIEDERKEHR (G.), « L'évolution de la justice gracieuse » in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, Paris, 2000, p. 483 et s.

ZAPPALA (E.), « Le procès pénal italien entre système inquisitoire et système accusatoire », *RIDP* 1997, p. 113 et s.

ZLATESCU (V. D.), « Quelques aspects méthodologiques de la comparaison des droits », *RIDC* 1983, p. 559 et s.

3. En italien

CARNELUTTI (F.), « Lite e funzione processuale », *Riv. dir. proc. civ.* 1928, n° 1, p. 23.

E. JURISPRUDENCE ET NOTES

1. En anglais

- *Court of Common Pleas* (supprimée en 1873)

Lawrence v. Hedger (1810) 3 Taunt. 14.

Austin v. Dowling [1870] L.R. 5 C.P. 534.

- *Court for Crown Cases Reserved* (supprimée en 1907)

R. v. Waricksball (1783) 168 E.R. 234.

R. v. Griffin (1809) 168 E.R. 732.

R. v. Silvester Thornton (1824) 168 E.R. 1171.

- *Assizes puis Crown court* (depuis 1872)

R. v. Wilde (1835) 1 Moody C. C. R. 452.

R. v. Gould (1840) 173 E.R. 870.

R. v. Mick (1863) 3 F & F 822.

R. v. List (David) (1966) 1 W.L.R. 9.

R. v. Badham [1987] Crim LR 202.

- High Court

R. v. DPP *Ex p. Kebilen* (2000) 2 A.C. 326.

▪ Chancery Division

ITC Film Distributors Ltd v. Video Exchange Ltd [1982] Ch. 431.

▪ Divisional Court

Jeffrey v. Black [1978] Q.B. 490.

Baker v. Oxford [1980] R.T.R. 315.

R. v. *Liverpool Crown Court Ex p. Bray* [1987] Crim LR 51, comm. L. Knapman.

F (An infant) v. Chief Constable of Kent [1988] QB 1 ; [1982] Crim LR 682.

R. v. *Billericay Justices Ex p. Frank Harris (Coaches)* [1991] Crim LR 472.

R. v. *Chief Constable of Kent Ex p. L* (1991) 93 Cr. App. R. 416.

R. v. *Croydon Justices Ex p. Dean* [1993] Q.B. 769.

R. v. *Inland Revenue Commissioners Ex p. Mead* (1993) 1 All E.R. 772.

Percy v. DPP (1995) 1 W.L.R. 1382.

Nicol and Selvanayagam v. DPP (1996) 160 J.P. 155.

R. v. *Solicitor General Ex p. Taylor and Taylor* [1996] 1 F.C.R. 206.

R. v. *Marylebone Magistrates' Court Ex p. Amdrell Ltd (t/a Get Stuffed Ltd)* (1998) 162 J.P. 719.

R. v. *Chief Constable of Warwickshire Ex p. Fitzpatrick* [1999] 1 W.L.R. 564.

Kennedy v. DPP [2002] EWHC 2297 (Admin).

R. (on the application of *Pepushi*) v. *CPS* (2004), [2004] I.N.L.R. 638.

DPP v. Lawrence [2007] EWHC 2154 (Admin).

Gearing v. DPP [2008] EWHC 1695 (Admin).

R. (on the application of *Guest*) v. *DPP* [2009] EWHC 594 (Admin) ; (2010) 69(1) Cambridge Law Journal 6, comm. N. Padfield ; [2009] Crim LR 730, comm. N. Taylor.

▪ Queen's Bench / King's Bench Division

Entick v. Carrington (1765) 95 E.R. 807.

Money v. Leach (1765) 96 E.R. 320.

Price v. Messenger (1800) 126 E.R. 1213.

Beckwith v. Philby (1827) 6 B. & C. 635.

R. v. *Leatham* (1861) 121 E.R. 589.

Walters v. W. H. Smith & Sons Ltd. (1914) 1 K.B. 595.

Fisher v. Oldham Corporation [1930] 2 K.B. 364.

Thomas v. Sawkins (1935) 2 K.B. 249.

Wershof v. Metropolitan Police Commissioner (1979) 68 Cr. App. R. 82 ; [1978] Crim LR 424.

Turner (George Ernest) v. DPP (1979) 68 Cr. App. R. 70.

Williams v. Home Office (n°2) [1981] 1 All E.R. 1211.

Chief Constable of Gwent v. Dash [1986] R.T.R. 41.

DPP v. Billington Chappell [1988] 1 W.L.R. 535.

R. v. *DPP Ex p. Association of First Division Civil Servants* (1988) 138 N.L.J. Rep. 158.

R. v. *Liverpool Juvenile Court Ex p. R* [1988] Q.B. 1.

DPP v. Little (1992) 95 Cr. App. R. 28.

R. v. *King's Lynn Justices Ex p. Holland* [1993] 1 W.L.R. 324.

R. v. *DPP Ex p. Chaudhary* (1995) 1 Cr. App. R. 136.

Hayter v. L. (1998) 1 W.L.R. 854.

R. v. *DPP Ex p. Manning* (2001) Q.B. 330.

- R. (on the application of Ebrahim) v. Feltham Magistrates' Court* [2001] EWHC Admin 130 ; [2001] *Crim LR* 741, comm. J.C. Smith et D. Tausz.
Jones v. Whalley [2005] EWHC 931 (Admin) ; [2006] *Crim LR* 67, comm. N. Taylor.
Ahmed v. Shafique [2009] EWHC 618 (QB).
R. (on the application of Stratton) v. Chief Constable of Thames Valley [2013] EWHC 1561 (Admin).

- Court of Appeal

▪ Civil Division

- R. (on the Prosecution of Tomlinson) v. Comptroller General of Patents Designs and Trade Marks* [1899] 1 Q.B. 909.
Chic Fashions (West Wales) v. Jones (1968) 2 Q.B. 299.
R. v. Commissioner of Police of the Metropolis Ex p. Blackburn (n° 1) [1968] 2 Q.B. 118.
Ghani v. Jones (1970) 1 Q.B. 693.
R. v. Commissioner of Police of the Metropolis Ex p. Blackburn (n° 3) (*Albert Raymond*) (*Order of Mandamus*) [1973] Q.B. 241.
R. v. Chief Constable of Devon and Cornwall Ex p. Central Electricity Generating Board [1982] QB 458.
R. v. Secretary of State for the Home Department Ex p. Northumbria Police Authority [1989] Q.B. 26.
Hill v. Chief Constable of South Yorkshire [1990] 1 W.L.R. 946.
James v. Chief Constable of South Wales, Independent, April 28, 1991.
R. v. Crown Prosecution Service Ex p. Hogg (1994) 6 Admin. L.R. 778.
Davidson v. Chief Constable of North Wales [1994] 2 All E.R. 597.
Castorina v. Chief Constable of Surrey (1996) 160 L.G. Rev. 241.
O'Loughlin v. Chief Constable of Essex [1998] 1 W.L.R. 374.
R. v. Chief Constable of Sussex Ex p. International Trader's Ferry Ltd [1998] Q.B. 477.
Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis [1998] Q.B. 498.
Roberts v. Chief Constable of Cheshire [1999] 1 W.L.R. 662.
Webb v. Chief Constable of Merseyside Police [2000] Q.B. 427.
Abraham v. Commissioner of Police of the Metropolis [2001] 1 W.L.R. 1257.
Costello v. Chief Constable of Derbyshire [2001] 1 W.L.R. 1437.
Cumming & others v. Chief Constable of Northumbria [2003] EWCA Civ 1844.
Keegan v. Chief Constable of Merseyside [2003] EWCA Civ 936.
Paul v. Chief Constable of Humberside [2004] EWCA Civ 308.
R. (on the application of Gillan) v. Commissioner of Police of the Metropolis [2004] EWCA Civ 1067.
Al-Fayed & others v. Commissioner of Police of the Metropolis & others (n° 3) [2004] EWCA Civ 1579.
Coudrat v. Revenue and Customs Commissioners [2005] EWCA Civ 616.
Paul v. Chief Constable of Humberside [2006] EWCA Civ 1433.
Adorian v. Commissioner of Police of the Metropolis [2009] 1 W.L.R. 1859.
Chief Constable of Humberside v. Information Commissioner [2009] EWCA Civ 1079.
R. (on the application of T) v. Chief Constable of Greater Manchester & others [2013] EWCA Civ 25.
R. (on the application of B) v. Secretary of State for the Home Department [2014] UKSC 35.

▪ Criminal Division

- R. v. Doyle* (1840) 1 Craw. & D. 396.
R. v. Martin (1841) Arm. M. & O. 197.

R. v. Devlin (1841) 2 *Craw & D* 151.
R. v. Toole (1856) 7 *Cox* 244.
R. v. Warrell (1861) 13 *Ir. Ju.* 357.
R. v. Bodkin (1862) 8 *Ir. Jur.* NS 340.
R. v. Baker, *The Times*, 2 août 1825.
R. v. Glennon Toole and McGrath (1840) 1 *Craw & D* 359.
R. v. Dickinson (1844) 1 *Cox* 27.
R. v. Watts (1844) 1 *Cox* 75.
R. v. Priest (1847) 2 *Cox* 378.
R. v. Johnston (1864) 15 *Ir CLR* 60, 80 et 133.
R. v. Anon (1866) 11 *Sol J* 1168.
R. v. Davitt, *The Times*, 16, 18 et 19 juill. 1870 (Cockburn LCJ).
Jones v. Owens (1870) 34 *J. P.* 759.
R. v. Marshall, *The Times*, 28 févr. 1874.
Yeovil Murder Case (1877) 41 *JP* 187.
R. v. Gavin (1885) 15 *Cox Crim. cas.* 656.
Dillon v. O'Brien & Davies (1887) 16 *Cox Crim. cas.* 245.
R. v. Male and Cooper (1893) 17 *Cox Crim. cas.* 689.
Barnett and Grant v. Campbell (1902) 2 *NZLR* 484.
R. v. Knight and Thayre (1905) 20 *Cox Crim. cas.* 711.
Sewell v. National Telephone Company Ltd [1907] 1 *K.B.* 557.
R. v. Voisin (Louis Marie) (1918) 1 *K.B.* 531.
R. v. Dwyer (1932) 23 *Cr. App. R.* 156.
R. v. Brown (Alfred) and Bruce (John) (1932) 23 *Cr. App. R.* 56.
R. v. Murray (Michael) (1951) 1 *K.B.* 391.
R. v. Wattam (Haydon) (1952) 36 *Cr. App. R.* 72.
R. v. Whiteway, *The Times*, 8 déc. 1953.
R. v. Turner (Frank Richard) [1970] 2 *Q.B.* 321.
Garfinkel v. Metropolitan Police Commissioner [1972] *Crim LR* 44.
R. v. Lemsatef (Abdul Atif) (1977) 1 *W.L.R.* 812.
R. v. Lowe (Charles Thomas) (1978) 66 *Cr. App. R.* 122.
R. v. Houghton (Sacheverell Stanley) and Franciosy (Stephen Anthony) (1979) 68 *Cr. App. R.* 197 ;
[1979] *Crim LR* 383.
R. v. Broad (Mervyn) (1979) 68 *Cr. App. R.* 281.
R. v. Coward (Anderson Ralph) (1980) 70 *Cr. App. R.* 70.
R. v. Howell (Errol) [1982] *Q.B.* 416.
R. v. Abraham (1988) 88 *Cr. App. R.* 332, *CA.*.
R. v. Mason (Carl) [1988] 1 *W.L.R.* 139.
R. v. Alladice (Colin Carlton) (1988) 87 *Cr. App. R.* 380.
R. v. Churchill [1989] *Crim LR* 226.
R. v. Sat-Bhambra (Ajit Singh) (1989) 88 *Cr. App. R.* 55.
R. v. Quinn [1990] *Crim LR* 581.
R. v. Keenan (Graham) (1990) 2 *QB* 54.
R. v. Rajakuruna [1991] *Crim LR* 458.
R. v. Christou (Anastasis) and Wright (Christopher) [1992] *Q.B.* 979.
R. v. Buffrey (Paul Edward) (1993) 14 *Cr. App. R. (S.)* 511.
R. v. Grafton (John Peter) [1993] *Q.B.* 101.
R. v. Nathaniel (Lonsdale) (1995) 2 *Cr. App. R.* 565.
R. v. Cooke (Stephen) [1995] 1 *Cr. App. R.* 318.
R. v. Beckford (Ian Anthony) [1996] 1 *Cr. App. R.* 94.
R. v. Hastings (Lance) [1996] 1 *Cr. App. R. (S.)* 167.

R. v. Khan [1997] *Crim LR* 508
R. v. Chalkley (Tony Michael) [1998] Q.B. 848.
R. v. Sanghera (2001) 1 Cr App R 299.
R. (on the application of Smith) v. DPP QBD (Admin Ct) (2002) EWHC 113.
R. v. Gill (Sewa Singh & Paramjit Singh) [2003] EWCA Crim 2256.
R. v. Faulkner (Norman William) (or Attorney General's Reference n° 88) [2004] EWCA Crim 866.
R. v. McKeown (Christopher) [2004] EWCA Crim 461.
R. v. Marsh (Ellis) [2004] EWCA Crim 465.
R. v. Grant (Edward) [2005] 2 Cr. App. R. 28 ; (2005) 6 *Arch. News* 1 ; [2005] *Crim LR* 955, comm. D. C. Ormerod.
R. v. Goodyear (Karl) [2005] EWCA Crim 888.
R. v. Last (Emma) & others [2005] EWCA Crim 106.
R. v. Karim (Imran Abid) [2005] EWCA Crim 533.
Peters & Ors (2005) EWCA Crim 605.
Baker v. CPS (2008) EWHC 29.
R. v. Gore (Raymond) and Maher (Timothy) [2009] EWCA Crim 1424 ; [2009] *Crim LR* 879, comm. N. Taylor ; (2010) 69(1) *Cambridge Law Journal* 6, comm. N. Padfield.

- House of Lords puis Supreme Court (depuis 2009)

R. v. Christie (Albert) [1914] A.C. 545.
Christie v. Leachinsky [1947] A.C. 573.
Connelly v. DPP [1964] A.C. 1254.
Rookes v. Barnard (n° 1) [1964] A.C. 1129.
Allen v. Commissioner of Police of the Metropolis [1980] *Crim LR* 441.
R. v. Sang (Leonard Anthony) and Mangan (Matthew) [1980] A.C. 402.
R. v. Brophy (Edward Manning) [1982] A.C. 476.
Holgate-Mohammed v. Duke [1984] A.C. 437.
Council of Civil Service Union v. Minister for the Civil Service [1985] A.C. 374.
Fox v. Chief Constable of Gwent [1986] A.C. 281.
R. v. Horseferry Road Magistrates' Court Ex p. Bennett (n° 1) (1994) 1 A.C. 42.
Martin v. Watson [1996] A.C. 74.
R. v. Khan (Sultan) [1997] A.C. 558.
R. v. Chief Constable of Sussex, ex parte International Trader's Ferry Ltd [1999] 2 A.C. 418.
Attorney General's Reference (n° 3 of 1999) [2001] 2 A.C. 91.
Cullen v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [2003] UKHL 39.
R. (on the application of R) v. Durham Constabulary and another [2005] UKHL 21.
A, D and C v. Secretary of State for the Home Department [2005] UKHL 71.
Jones v. Whalley (2006) 3 WLR 854 ; [2007] *Crim LR* 289, comm. L. H. Leigh ; (2009) 5 *Arch. News* 5, comm. L. H. Leigh.
R. (on the application of Gillan) v. Commissioner of Police of the Metropolis [2006] UKHL 12 ; [2006] *Crim LR* 751, comm. A. Ashworth ; (2007) 70(4) *M.L.R.* 659, comm. D. Moeckli.
Jones v. Whalley [2006] UKHL 41 ; [2007] *Crim LR* 289, comm. L. H. Leigh ; (2009) 5 *Arch. News* 5, comm. L. H. Leigh.
R. (on the application of B) v. Secretary of State for the Home Department (Same intervening) [2014] UKSC 35.

- Judicial Committee of the Privy Council

▪ Privy Council (Australia)

Attorney General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co Ltd [1955] A.C. 457.

▪ Privy Council (Eastern Africa)

Kuruma, Son of Kaniu v. R. [1955] A.C. 197.

▪ Privy Council (Hong Kong)

Wong Kam-Ming v. R. [1980] A.C. 247.

▪ Privy Council (Jamaica)

King (Herman) v. R. (1969) 1 A.C. 304.

▪ Privy Council (Malaysia)

Shaaban bin Hussien v. Chong Fook Kam (1970) A.C. 942.

▪ Privy Council (Trinidad and Tobago)

Ajodha & others v. Trinidad and Tobago [1982] A.C. 204.

2. En français

- Juridictions de première instance

TGI Bordeaux, 29 janv. 1986, *D.* 1987, 60, note Lamarque.

TGI Paris, 13 mai 1970, *Vavon c/ État français*, *AJDA* 1970, 508, note G. Dreyfus ; *D.* 1971, somm. 116.

TGI Paris, 27 nov. 2002, *Annonces de la Seine*, 19 déc. 2002, p. 8.

TGI Paris, 26 janv. 2005, n° 02/11001.

- Juridictions du second degré

CA Douai, 7 juill. 1909, *S.* 1910, 2, 185.

CA Paris, 8 mai 1946, *Sureau c/ Baux*, *D.* 1946, 316 ; *S.* 1946, 2, 99.

CA Lyon, 10 avr. 1956, *Consorts Baud c/ Ferez et Etat français*, *JCP* 1957, II, 10098, obs. Combaldieu (R.).

CA Douai, 3 janv. 1962, *JCP* 1962, II, 12560, obs. Vedel (G.) ; *D.* 1962, somm. p. 93.

CA Douai, 12 déc. 1962, *Gaz. Pal* 1963, 1, 407.

CA Paris, 16 déc. 1968, *D.* 1969, somm. p. 20.

CA Paris, 21 juin 1989, *Époux Saint-Aubin c/ Etat français*, *Gaz. Pal.* 1989, 2, 944, concl. Lupé.

CA Paris, 6 juill. 1990, *Sacerdot c/ Deguin et autres*, *D.* 1990, IR 237.

CA Paris, 14 juin 1996, *Agent judiciaire du Trésor c/ Papail et autres*, *Gaz. Pal.* 1996, 2, somm. p. 493 et p. 639.

CA Paris, 21 sept. 1999, *D.* 1999, AJ 33, obs. A. Lienhard.
CA Paris, 29 sept. 1999, *Agent judiciaire du Trésor c/ Mme X*, *D.* 1999, IR 249, *Gaz. Pal.* 2000, somm. 1351.
CA Riom, 3 nov. 2004, *JCP G* 2005, IV, 3537.

- Cour de cassation

▪ Tribunal de cassation

Trib. cass., sect. crim., 7 ventôse an X.

Trib. cass., sect. crim., 29 germinal an XII, *Gesvret c/ ministère public*, rapporté par LEDRU-ROLLIN (A. A.) au *Journal du Palais, Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, tome III, F. F. Patris, 3^{ème} éd., Paris, 1837, p. 707.

▪ Chambre des requêtes

Cass. req., 6 janv. 1903, *S.* 1903, 1, 501.

Cass. req., 17 avr. 1907, *Consorts Fernet c/ Carlier*, *DP* 1907, 1, 398 ; *S.* 1907, 1, 439.

Cass. req., 24 avr. 1923, *Delbru et Chabront c/ Prunis*, *DP* 1924, 1, 75 ; *S.* 1923, 1, 135.

Cass. req., 3 nov. 1924, *Demoiselle Abraham dite Verlain c/ Hanotiaux et Lépine*, *DP* 1925, 1, 33, note Henry (A.).

▪ Avis

Cass. avis, 18 janv. 2010, *Bull. crim.* (avis) n° 1, *D.* 2010, AJ 327, note M. Léna ; *AJ pén.* 2010, p. 187, obs. J. Danet ; *Dr. pén.* 2011, chron. 2, obs. E. Garçon.

▪ Assemblée plénière

Cass., ass. plén., 23 févr. 2001, *Bull. A.P.* n° 5 ; *D.* 2001, 1752, note Debbasch ; *BICC* 1^{er} avr. 2001 ; *Gaz. Pal.* 2001, 2, 1119, concl. de Gouttes et note M. Collomp ; *JCP* 2001, I, 26, obs. Viney ; *JCP* 2001, II, 10583, note Menuret ; *AJDA* 2001, 788, note Petit.

▪ Chambre mixte

Cass. ch. mixte, 7 juill. 2000, *Bull. ch. mixte* n° 3.

▪ Chambres civiles

Cass. civ., 11 août 1857, *Syndics Metzger C. Enreg*, *D.* 1857, I, 343.

Cass. civ., 14 juin 1876, *Perrin c/ Paillard et autres*, *DP* 1876, 1, 301 ; *S.* 1877, 1, 193, note Labbé (J.-E.).

Cass. civ., 10 janv. 1900, *Périn c/ Jappain et autres*, *DP* 1904, 1, 546 ; *S.* 1900, 1, 273, note Naquet (E.).

Cass. civ., 25 juill. 1910, *Procureur général près la Cour de cassation*, *DP* 1911, 1, 121, note Lalou (H.).

Cass. civ., 9 mars 1914, *Delavergne c/ Gamare*, *DP* 1919, 1, 19 (1^{ère} espèce) ; *S.* 1914, 1, 431.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1986, *Bull. civ.* I n° 160.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 1968, *Bull. civ.* I n° 239 ; *D.* 1969, somm. 44.

Cass. civ. 1^{ère}, 7 févr. 1989, *Bull. civ.* I n° 57 ; *RTD civ.* 1990, p. 109, obs. F. Zenatti.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 mai 1993, *Bull. civ.* I n° 170 ; *RTD com.* 1994, p. 102, obs. B. Bouloc.
 Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 1996, *Bull. civ.* n° 94 ; *JCP* 1996, I, 3938, n° 1, obs. L. Cadiet ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, 421.
 Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 1996, *Bull. civ.* I n° 352.
 Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, *Bull. civ.* I n° 156 ; *D.* 2006, 949.
 Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1999, *Bull. crim.* n° 84 ; *D.* 2000, 398, note H. Matsopoulou ; *JCP* 1999, II, 10069, rapp. P. Sargos ; *Procédures* 1999, n° 213, obs. J. Buisson.
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, *Bull. civ.* I n° 80 ; *D.* 2013, 1663, note J.-B. Perrier ; *AJ pén.* 2013, p. 422, obs. S. Lavric.

Cass. civ. 2^{ème}, 23 nov. 1956, *Bull. crim.* n° 626 ; *D.* 1957, 34, concl. Lemoine ; *JCP* 1956, II, 9681, note Esmein (P.) ; *RD pub.* 1958, p. 298, note Waline (M.) ; *AJDA* 1957, II, 91, chron. Fournier (J.) et Braibant (G.), *Gaz. Pal.* 1957, 1, 108 ; *GAJA*, 12^{ème} éd., n° 85, p. 537 et s.
 Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 1969, *Bull. civ.* II n° 225.
 Cass. civ. 2^{ème}, 11 janv. 1979, *Bull. civ.* II n° 18.
 Cass. civ. 2^{ème}, 6 janv. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, pan. 117, obs. S. Guinchard.
 Cass. civ. 2^{ème}, 26 nov. 1990, *Bull. civ.* II n° 247 ; *Gaz. Pal.* 1991, somm. p. 466, obs. Croze et Morel.
 Cass. civ. 2^{ème}, 17 oct. 2002, *Bull. civ.* II n° 227 ; *D.* 2002, 3244.
 Cass. civ. 2^{ème}, 11 mai 2006, *Bull. civ.* II n° 128 ; *Procédures* 2006, comm. 154, Perrot (R.).
 Cass. civ. 2^{ème}, 30 avr. 2009, *Bull. civ.* II n° 105.

▪ Chambre criminelle

Cass. crim., 15 floréal an XII.
 Cass. crim., 14 pluviôse an XII.
 Cass. crim., 8 déc. 1826, *Bull. crim.* n° 250.
 Cass. crim., 7 mai 1846, *Bull. crim.* n° 169.
 Cass. crim., 22 déc. 1827, *S.* 1827, 1, 728.
 Cass. crim., 1^{er} sept. 1831, *S.* 1831, 353.
 Cass. crim., 26 juin 1840, *S.* 1840, 1, 731.
 Cass. crim., 8 oct. 1840, *Bull. crim.* n° 300.
 Cass. crim., 2 sept. 1847, *D.* 1847, 4, 132.
 Cass. crim., 9 sept. 1853, *D.* 1853, 5, 265.
 Cass. crim., 4 août 1854, *S.* 1855, 1, 546.
 Cass. crim., 9 mars 1855, *S.* 1855, 1, 54.
 Cass. crim., 29 juin 1855, *DP* 1855, I, 319.
 Cass. crim., 17 juill. 1858, *DP* 1858, I, 383.
 Cass. crim., 12 sept. 1861, *S.* 1862, 1, 109.
 Cass. crim., 28 juin 1866, *Bull. crim.* n° 162.
 Cass. crim., 18 mars 1870, *Bull. crim.* n° 66.
 Cass. crim., 20 avr. 1875, *Bull. crim.* n° 277.
 Cass. crim., 29 août 1878, *Bull. crim.* n° 193 ; *D.* 1879, 1, 235.
 Cass. crim., 13 févr. 1879, *Bull. crim.* n° 37.
 Cass. crim., 30 mai 1879, *Bull. crim.* n° 112.
 Cass. crim., 12 févr. 1880, *Bull. crim.* n° 31.
 Cass. crim., 12 févr. 1880, *D.* 1880, 1, 191.
 Cass. crim., 8 sept. 1887, *Bull. crim.* n° 333.
 Cass. crim., 15 déc. 1887, *Bull. crim.* n° 431.
 Cass. crim., 22 déc. 1887, *Bull. crim.* n° 441.

Cass. crim., 11 mai 1888, *Bull. crim.* n° 171.
 Cass. crim., 9 août 1888, *Bull. crim.* n° 275.
 Cass. crim., 7 janv. 1889, *Bull. crim.* n° 213.
 Cass. crim., 6 août 1889, *Bull. crim.* n° 290.
 Cass. crim., 12 août 1889, *Bull. crim.* n° 298.
 Cass. crim., 25 juill. 1890, *Bull. crim.* n° 160.
 Cass. crim., 20 nov. 1891, *D.* 1892, I, 439.
 Cass. crim., 7 janv. 1892, *Bull. crim.* n° 1.
 Cass. crim., 13 déc. 1894, *DP* 1899, I, 457.
 Cass. crim., 12 mars 1898, *S.* 1899, 1, 297, note Roux.
 Cass. crim., 27 avr. 1899, *Bull. crim.* n° 97.
 Cass. crim., 28 juill. 1899, *S.* 1902, 1, 60.
 Cass. crim., 11 août 1899, *Bull. crim.* n° 255.
 Cass. crim., 8 déc. 1899, *Bull. crim.* n° 355, *DP* 1900, 1, 31.
 Cass. crim., 3 févr. 1900, *Bull. crim.* n° 52.
 Cass. crim., 24 mars 1906, *Bull. crim.* n° 150 ; *Rev. Crit.*, 1908, p. 336, note Demogue.
 Cass. crim., 29 déc. 1906, *D.* 1906, 1, 337, note Planiol.
 Cass. crim., 25 avr. 1907, *Bull. crim.* n° 190 ; *Rev. Crit.* 1908, p. 332, obs. Demogue.
 Cass. crim., 25 avr. 1907, *Bull. crim.* n° 193 ; *Rev. Crit.* 1908, p. 332, obs. Demogue.
 Cass. crim., 11 déc. 1908, *S.* 1909, 1, 228.
 Cass. crim., 11 févr. 1910, *Bull. crim.* n° 60.
 Cass. crim., 18 févr. 1910, *S.* 1911, 1, 233.
 Cass. crim., 9 déc. 1910, *DP* 1912, I, 30.
 Cass. crim., 5 janv. 1911, *Bull. crim.* n° 2.
 Cass. crim., 30 mars 1911, *Bull. crim.* n° 177.
 Cass. crim., 31 janv. 1914, *S.* 1916, 1, 59.
 Cass. crim., 26 mars 1917, *S.* 1920, 1, 189 ; *D.* 1921, I, 48.
 Cass. crim., 29 mars 1917, *S.* 1920, 1, 189.
 Cass. crim., 29 juin 1917, *Bull. crim.* n° 156.
 Cass. crim., 6 janv. 1923, *S.* 1923, 1, 185, note Roux.
 Cass. crim., 12 mai 1923, *DP* 1924, I, 174.
 Cass. crim., 13 févr. 1925, *D.* 1925, I, 148 ; *S.* 1925, 1, 235.
 Cass. crim., 5 juill. 1928, *S.* 1930, 1, 115.
 Cass. crim., 7 janv. 1932, *S.* 1933, 1, 358.
 Cass. crim., 25 janv. 1934, *D. H.* 1934, 167.
 Cass. crim., 16 nov. 1934, *Gaz. Pal.* 1934.
 Cass. crim., 11 déc. 1934, *Bull. crim.* n° 495.
 Cass. crim., 9 mai 1936, *D. H.* 1936, 333.
 Cass. crim., 15 avr. 1937, *Bull. crim.* n° 76 ; *S.* 1938, I, 233, note Huguency.
 Cass. crim., 11 févr. 1938, *Bull. crim.* n° 41.
 Cass. crim., 2 juin 1943, *Bull. crim.* n° 47.
 Cass. crim., 20 juin 1946, *JCP G* 1946, II, 3391, obs. P. Hébraud.
 Cass. crim., 12 juin 1952, *JCP G* 1952, II, 7241, note Brouchet.
 Cass. crim., 4 déc. 1952, *JCP G* 1953, II, 7625, note Chambon.
 Cass. crim., 9 juill. 1953, *D.* 1954, 110.
 Cass. crim., 22 juin 1954, *JCP G* 1954, II, 8422, note Chambon.
 Cass. crim., 25 janv. 1955, *Bull. crim.*, n° 64.
 Cass. crim., 6 juill. 1955, *Bull. crim.* n° 339.
 Cass. crim., 28 mai 1957, *Bull. crim.* n° 447.
 Cass. crim., 19 juin 1957, *D.* 1958, 563, note J. Le Pavec.
 Cass. crim., 26 juin 1958, *Bull. crim.* n° 506 ; *Gaz. Pal.* 1958, 2, 236 ; *RSC* 1959, p. 145.

Cass. crim., 22 juill. 1959, *Bull. crim.* n° 366.
 Cass. crim., 17 mars 1960, *Bull. crim.* n° 156 ; *JCP G* 1960, II, 11641, note P. Chambon.
 Cass. crim., 24 nov. 1960, *D.* 1961, 167, note Patin.
 Cass. crim., 21 août 1961, *Bull. crim.* n° 362.
 Cass. crim., 24 juill. 1961, *Bull. crim.* n° 353.
 Cass. crim., 15 janv. 1969, *Bull. crim.* n° 31.
 Cass. crim., 13 mars 1969, *Bull. crim.* n° 121 ; *Gaz. Pal.* 1969, I, 269.
 Cass. crim., 4 juin 1969, *Bull. crim.* n° 186.
 Cass. crim., 11 juill. 1972, *Bull. crim.* n° 235.
 Cass. crim., 5 déc. 1972, *D.* 1973, J. 93, note Ph. M.
 Cass. crim., 5 janv. 1973, *Bull. crim.* n° 7 ; *D.* 1973, p. 541, note G. Roujou de Boubée.
 Cass. crim., 24 janv. 1974, *Bull. crim.* n° 40 ; *D.* 1975, 3, note Tedeschi.
 Cass. crim., 7 avr. 1976, *D.* 1976, IR 139.
 Cass. crim., 13 mai 1976, *Bull. crim.*, n° 157.
 Cass. crim., 5 oct. 1976, *Bull. crim.* n° 278.
 Cass. crim., 23 mars 1977, *Bull. crim.* n° 109.
 Cass. crim., 26 juin 1979, *Bull. crim.* n° 227.
 Cass. crim., 28 nov. 1979, *Bull. crim.* n° 342.
 Cass. crim., 30 juin 1981, *Bull. crim.* n° 224.
 Cass. crim., 4 nov. 1981, *Bull. crim.* n° 293.
 Cass. crim., 4 janv. 1982, *Bull. crim.* n° 2.
 Cass. crim., 19 oct. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. 96.
 Cass. crim., 26 avr. 1983, *Bull. crim.* n° 117.
 Cass. crim., 31 mai 1983, *Bull. crim.* n° 163.
 Cass. crim., 8 juin 1983, *Bull. crim.* n° 174.
 Cass. crim., 29 janv. 1985, *Bull. crim.* n° 49.
 Cass. crim., 14 nov. 1985, *Bull. crim.* n° 356.
 Cass. crim., 13 janv. 1986, *Bull. crim.* n° 19.
 Cass. crim., 16 juill. 1986, *D.* 1988, p. 390 (2^{ème} espèce), note Dekeuwer (F.) ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. 10.
 Cass. crim., 4 nov. 1986, *Bull. crim.* n° 320.
 Cass. crim., 27 janv. 1987, *Bull. crim.* n° 41 ; *D.* 1987, somm. 408, obs. J. Pradel ; *D.* 1988, 179, note Darolle.
 Cass. crim., 2 févr. 1988, *Bull. crim.* n° 52.
 Cass. crim., 18 avr. 1988, *Bull. crim.* n° 162.
 Cass. crim., 21 mars 1989, *Bull. crim.* n° 138.
 Cass. crim., 9 janv. 1990, *Bull. crim.* n° 16.
 Cass. crim., 25 févr. 1991, *Bull. crim.* n° 94.
 Cass. crim., 26 févr. 1991, *Bull. crim.* n° 96 ; *JCP G* 1996, IV, 218.
 Cass. crim., 15 avr. 1991, *Bull. crim.* n° 179.
 Cass. crim., 28 juin 1991, *Bull. crim.* n° 287.
 Cass. crim., 14 oct. 1991, *Bull. crim.* n° 341.
 Cass. crim., 11 févr. 1992, *Bull. crim.* n° 64.
 Cass. crim., 11 mars 1992, *Bull. crim.* n° 110.
 Cass. crim., 24 mars 1992, *Bull. crim.* n° 125 ; *D.* 1992, 322, obs. J. Pradel.
 Cass. crim., 12 mai 1992, *Bull. crim.* n° 186.
 Cass. crim., 2 juin 1992, *Bull. crim.* n° 216 ; *Gaz. Pal.* 1992, I, 478.
 Cass. crim., 27 janv. 1993, *Bull. crim.* n° 49.
 Cass. crim., 6 juill. 1993, *Bull. crim.* n° 243.
 Cass. crim., 26 avr. 1994, *Bull. crim.* n° 149.
 Cass. crim., 17 mai 1994, *Bull. crim.* n° 186 ; *Dr. pén.* 1994, chron. 69, obs. V. Lesclous et C.

Marsat.

- Cass. crim., 20 déc. 1994, pourvoi n° 94-84.744, *Dr. pén.* 1995, chron. 17, obs. V. Lesclous et C. Marsat.
- Cass. crim., 20 mars 1995, *Bull. crim.* n° 111 ; *Dr. pén.* 1995, chron. 54.
- Cass. crim., 22 mars 1995, *Bull. crim.* n° 122.
- Cass. crim., 5 déc. 1995, pourvoi n° 95-81.213, *Dr. pén.* 1996, chron. 41, obs. V. Lesclous et C. Marsat.
- Cass. crim., 6 févr. 1996, *Bull. crim.* n° 60 ; *D.* 1996, 198, note J. Pradel ; *D.* 1996, somm. 262, obs. J. Pradel ; *Justices* 1996, n° 4, p. 286, chron. D. Rebut ; *JCP* 1996, II, 22634, note Chambon ; *Procédures* 1996, comm. 94, obs. J. Buisson ; *Dr. pén.* 1996, comm. 74, obs. A. Maron.
- Cass. crim., 22 févr. 1996, *Bull. crim.* n° 87 ; *Dr. pén.* 1996, comm. 129, obs. J.-H. Robert.
- Cass. crim., 27 févr. 1996, *Bull. crim.* n° 93 ; *JCP* 1996, II, 22629 ; *D.* 1996, 346.
- Cass. crim., 24 avr. 1996, pourvoi n° 96-80.672.
- Cass. crim., 6 mai 1996, pourvoi n° 96-80.686 ; *Procédures* 1996, comm. 302, obs. J. Buisson.
- Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.* n° 226 ; *RSC* 1996, p. 880, obs. J.-P. Dintilhac ; *Dr. pén.* 1996, comm. 169 et 174, note A. Maron.
- Cass. crim., 29 janv. 1997, *Bull. crim.* n° 39.
- Cass. crim., 29 oct. 1997, *Bull. crim.* n° 357.
- Cass. crim., 6 janv. 1998, *Bull. crim.* n° 1.
- Cass. crim., 11 févr. 1998, *Bull. crim.* n° 55.
- Cass. crim., 8 avr. 1998, pourvoi n° 97-80.610, *Gaz. Pal.* 1998, II, chron. 139, note J.-P. Doucet.
- Cass. crim., 29 avr. 1998, *Procédures* 1998, comm. 265, J. Buisson.
- Cass. crim., 28 mai 1998, *Bull. crim.* n° 176.
- Cass. crim., 17 nov. 1998, *Bull. crim.* n° 302.
- Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, *Bull. crim.* n° 323 ; *JCP* 1999, I, 151, chron. A. Maron.
- Cass. crim., 19 janv. 1999, *Bull. crim.* n° 9 ; *JCP* 1999, II, 10156, note D. Rebut.
- Cass. crim., 26 mai 1999, *Bull. crim.* n° 106.
- Cass. crim., 23 juin 1999, *Bull. crim.* n° 149 ; *Procédures* 2000, comm. 22, obs. J. Buisson.
- Cass. crim., 30 juin 1999, *Bull. crim.* n° 176 ; *D.* 1999, somm. 326, obs. J. Pradel.
- Cass. crim., 26 janv. 2000, *Bull. crim.* n° 46.
- Cass. crim., 15 févr. 2000, *Bull. crim.* n° 68.
- Cass. crim., 27 avr. 2000, pourvoi n° 99-83.618, *RJDA* 2000, n° 1013.
- Cass. crim., 28 juin 2000, *Bull. crim.* n° 251.
- Cass. crim., 28 juin 2000, pourvoi n° 00-80.926.
- Cass. crim., 12 déc. 2000, *Bull. crim.* n° 369.
- Cass. crim., 13 déc. 2000, *Bull. crim.* n° 377.
- Cass. crim., 22 mai 2001, pourvoi n° 00-83.793.
- Cass. crim., 22 mai 2001, pourvoi n° 00-87.932.
- Cass. crim., 9 janv. 2002, *Bull. crim.* n° 2 ; *RSC* 2002, p. 913, obs. J. Buisson.
- Cass. crim., 22 janv. 2002, pourvoi n° 00-87.322 .
- Cass. crim., 19 févr. 2002, *Bull. crim.* n° 33.
- Cass. crim., 12 mars 2002, *Bull. crim.* n° 61 ; *D.* 2002, 1531.
- Cass. crim., 7 mai 2002, pourvoi n° 01-80.317 ; *RSC* 2003, p. 391, note J. Buisson.
- Cass. crim., 15 janv. 2003, *Bull. crim.* n° 10.
- Cass. crim., 2 sept. 2003, *Bull. crim.* n° 147.
- Cass. crim., 15 oct. 2003, *Bull. crim.* n° 193.
- Cass. crim., 10 déc. 2003, *Bull. crim.* n° 243.
- Cass. crim., 4 janv. 2005, *Bull. crim.* n° 3 ; *D.* 2005, 761, note J.-L. Lennon ; *Dr. pén.* 2005, comm. 49, note A. Maron ; *JCP G* 2005, II, 10176, note P. Conte ; *AJ pén.* 2005, p. 160,

obs. J. Leblois-Happe ; *AJ pén.* 2005, p. 409, note M. Herzog-Evans.

Cass. crim., 12 janv. 2005, pourvoi n° 03-86.372, *D.* 2005, 1917, note P. Hennion-Jacquet.

Cass. crim., 27 sept. 2005, n° 04-85.522.

Cass. crim., 7 déc. 2005, *Bull. crim.* n° 327.

Cass. crim., 23 mai 2006, *Bull. crim.* n° 142 ; *RSC* 2007, p. 120, note A. Giudicelli.

Cass. crim., 14 juin 2006, pourvoi n° 02-83.401 ; *Dr. pén.* 2007, chron. 3, obs. V. Lesclous.

Cass. crim., 14 juin 2006, n° 05-86.306.

Cass. crim., 6 sept. 2006, *Bull. crim.* n° 208.

Cass. crim., 4 oct. 2006, *Bull. crim.* n° 244.

Cass. crim. 10 oct. 2006, *Bull. crim.* n° 246 ; *D.* 2006 IR 2752 ; *Procédures* 2007, comm. 45, obs J. Buisson.

Cass. crim., 31 oct. 2006, *Bull. crim.* n° 263.

Cass. crim., 3 avr. 2007, *Bull. crim.* n° 104.

Cass. crim., 2 mai 2007, *Bull. crim.* n° 112.

Cass. crim., 20 nov. 2007, *Bull. crim.* n° 287 ; *D.* 2008, 1035, note Y. Joseph-Ratineau.

Cass. crim., 14 mai 2008, *Bull. crim.* n° 115 ; *RSC* 2008, p. 631, obs. A. Giudicelli ; *Dalloz actualité*, 6 juin 2008, obs. M. Léna ; *AJ pén.* 2008, p. 328, obs. G. Roussel.

Cass. crim., 3 juin 2008, pourvoi n° 08-81.932, *Dr. pén.* 2009, chron. 8, obs. V. Lesclous.

Cass. crim., 24 juin 2008, *Bull. crim.* n° 162, *AJ pén.* 2008, p. 422, obs. C. Saas.

Cass. crim., 17 sept. 2008, *Bull. crim.* n° 191.

Cass. crim., 14 oct. 2008, *Bull. crim.* n° 208.

Cass. crim., 12 mai 2009, *Bull. crim.* n° 90 ; *D.* 2009, 2900, comm. H. Matsopoulou.

Cass. crim., 1^{er} sept. 2009, pourvoi n° 08-87.765.

Cass. crim., 30 nov. 2010, *Bull. crim.* n° 190, *D.* 2011, act. 166 ; *Dr. pén.* 2011, chron. 2, obs. E. Garçon.

Cass. crim., 15 déc. 2010, *Bull. crim.* n° 207 ; *RSC* 2011, p. 142, obs. A. Giudicelli.

Cass. crim., 1^{er} mars 2011, pourvoi n° 10-90.125.

Cass. crim., 5 avr. 2011, pourvoi n° 10-88.079.

Cass. crim., 21 juin 2011, *Bull. crim.* n° 141, *Dalloz actualité*, 12 juill. 2011, obs. M. Léna ; *D.* 2011, 2379, note F. Desprez ; *D.* 2011, 2349, obs. J.- B. Perrier ; *D.* 2012, pan. 2118, obs. J. Pradel ; *AJ pén.* 2011, p. 584, note L. Belfanti ; *RSC* 2011, p. 660, obs. J. Danet ; *Procédures* 2011, n° 312, obs. J. Buisson ; *JCP* 2011, 1453, obs. F. Ludwiczak ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 200, p. 18, note S. Detraz.

Cass. crim., 5 oct. 2011, *Bull. crim.* n° 195 ; *D.* 2011, 2275, comm. S. Destraz ; *JCP G* 2011, 1244, note H. Matsopoulou ; *AJ pén.* 2011, p. 598 et s., obs. G. Roussel.

Cass. crim., 6 déc. 2011, *Bull. crim.* n° 245, *Dalloz actualité*, 3 janv. 2012, obs. M. Léna ; *D.* 2012, pan. 2118, obs. J. Pradel ; *RSC* 2012, p. 188, obs. J. Danet.

Cass. crim., 14 déc. 2011, *Bull. crim.* n° 256 ; *AJP* 2012, p. 170, obs. J. Gallois.

Cass. crim., 17 janv. 2012, *Bull. crim.* n° 12.

Cass. crim., 17 janv. 2012, pourvoi n° 10-88.079.

Cass. crim., 7 févr. 2012, *Bull. crim.* n° 37.

Cass. crim., 14 févr. 2012, *Bull. crim.* n° 43 ; *D.* 2012, 779, note H. Matsopoulou ; *ibid.*, 775, concl. D. Boccon-Gibod ; *ibid.*, 2118, obs. J. Pradel ; *AJ pén.* 2012, p. 159, note C. Guéry ; *RSC* 2012, p. 394, obs. D. Boccon-Gibod ; *JCP G* 2012, 341, obs. A. Maron.

Cass. crim., 22 févr. 2012, *Bull. crim.* n° 52 ; *D.* 2012, 2118, obs. J. Pradel ; *AJ pén.* 2012, p. 236, obs. J. Gallois ; *Dr. pén.* 2012, n° 59, obs. A. Maron et M. Haas.

Cass. crim., 6 mars 2012, *Bull. crim.* n° 60.

Cass. crim., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-83.012.

Cass. crim., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-87.388.

Cass. crim., 12 avr. 2012, pourvoi n° 11-87.667.

Cass. crim., 16 mai 2012, pourvoi n° 11-85.874.

Cass. crim., 30 mai 2012, pourvoi n° 10-88.905.
 Cass. crim., 18 sept. 2012, *Bull. crim.* n° 191.
 Cass. crim., 10 oct. 2012, pourvoi n° 12-84.933.
 Cass. crim., 30 oct. 2012, *Bull. crim.* n° 228 ; *Dalloz actualité*, 17 déc. 2012, obs. Winckelmuller ; *D.* 2012, act. 2805 ; *Procédures* 2013, n° 27, obs. J. Buisson ; *Dr. pén.* 2013, comm. 12, obs. A. Maron et Haas.
 Cass. crim., 31 oct. 2012, pourvois n° 11-84.551, 12-85.642 et 12-85.643.
 Cass. crim., 23 janv. 2013, *Bull. crim.* n° 29.
 Cass. crim., 6 mars 2013, *Bull. crim.* n° 62 ; *D.* 2013, pan. 1993, obs. J. Pradel.
 Cass. crim., 3 avr. 2013, *Bull. crim.* n° 72 ; *Dalloz actualité*, 29 avr. 2013, obs. D. Le Drévo ; *D.* 2013, 1005.
 Cass. crim., 3 avr. 2013, *Bull. crim.* n° 74.
 Cass. crim., 22 oct. 2013, *Bull. crim.* n° 196.
 Cass. crim., 22 oct. 2013, *Bull. crim.* n° 197 ; *AJ pén.* 2013, p. 668, note L. Ascensi ; *D.* 2014, 115, note H. Matsopoulou ; *Dr. pén.* 2013, comm. 177, A. Maron et M. Haas ; *JCP G* 2013, 1378, note F. Fourment ; *Procédures* 2013, comm. 358, A.-S. Chavent-Leclère ; *Communication Commerce électronique* 2013, comm. 129, A. Lepage ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 309, p. 16, note L. Robert ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 320, p. 19, note O. Bachelet ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 42, p. 37, note F. Fourment.
 Cass. crim., 18 déc. 2013, *Bull. crim.* n° 264 ; *D.* 2014, 146, obs. B. Bouloc ; *RSC* 2014, p. 136, obs. J. Danet.
 Cass. crim., 11 févr. 2014, *Bull. crim.* n° 38.
 Cass. crim., 25 mars 2014, *Bull. crim.* n° 93, *Dr. pén.* 2014, comm. 89, note J.-H. Robert ; *D.* 2014, 1029, comm. J.-P. Céré.
 Cass. crim., 15 oct. 2014, *Bull. crim.* n° 208 ; *RSC* 2014, p. 797, obs. D. Boccon-Gibod ; *Dalloz actualité*, 7 nov. 2014, obs. S. Anane.
 Cass. crim., 18 nov. 2014, *Bull. crim.* n° 241 ; *Dr. pén.* 2015, étude 12, P. Conte.

▪ **Chambre commerciale**

Cass. com., 6 nov. 1950, *Bull.* n° 317 ; *D.* 1950, 738 ; *JCP* 1951, II, 5967, obs. A. Colombani.
 Cass. com., 4 mars 1997, *Bull.* IV n° 62.
 Cass. com., 26 janv. 1999, *D.* 1999, somm. obs. Julien ; *Procédures* 1999, n° 121, obs. Perrot.
 Cass. com., 30 nov. 1999, *Bull.* IV n° 214 ; *D.* 2000, 261, note H. Matsopoulou.
 Cass. com., 14 janv. 2004, pourvoi n° 01-10.107, *BRDA* 2004, n° 3, p. 6.

▪ **Chambre sociale**

Cass. soc., 7 déc. 1993, pourvoi n° 90-45.036.
 Cass. soc., 13 janv. 2009, *Bull.* V n° 1 ; *D.* 2009, AJ 291, note S. Lavric ; *D.* 2009, 709, note Beyneix et Rovinski.

- **Conseil d'Etat**

CE, 26 févr. 1863, *Guilbaud et Cie et Voisin, Lebon* p. 188 ; *DP* 1863, 3, 50.
 CE, 6 avr. 1870, *Mallet, Lebon* p. 404.
 CE, 5 déc. 1879, *Laumonnnier-Carriol, Lebon* p. 768.
 CE, 5 mars 1880, *Biston, Lebon* p. 258 ; *DP* 1880, 3, 115, *S.* 1881, 3, 64.
 CE, 23 juin 1882, *Larbaud, Lebon* p. 604, *DP* 1884, 3, 2, concl. Le Vavasqueur de Précourt ; *S.* 1884, 3, 44.

CE, 9 févr. 1883, *Époux Millet*, *Lebon* p. 148.
 CE, 12 déc. 1884, *Puech*, *Lebon* p. 894, *DP* 1886, 3, 54.
 CE, 5 févr. 1892, *Mérat-Renard*, *Lebon* p. 117, *DP* 1893, 3, 66 ; *S.* 1893, 3, 157 .
 CE, 20 mai 1892, *Dame Veuve Grandjean*, *Lebon* p. 455 ; *DP* 1893, 3, 95.
 CE, 13 janv. 1893, *Cazaux*, *Lebon* p. 4 ; *DP* 1894, 3, 24 ; *S.* 1894, 3, 114.
 CE, 13 janv. 1899, *Lepreux*, *Lebon* p. 17 ; *DP* 1900, 3, 42 ; *S.* 1900, 3, 1, note Hauriou.
 CE, 21 déc. 1900, *Maucci*, *Lebon* p. 804, *DP* 1902, 3, 34 ; *S.* 1903, 3, 61.
 CE, 27 févr. 1903, *Époux Zimmermann et Demoiselle Olivier*, *Lebon* p. 178 ; *DP* 1904, 3, 83 ; *S.* 1905, 3, 17, note Hauriou.
 CE, 10 févr. 1905, *Tomaso-Grecco*, *Lebon* p. 139, concl. Romieu ; *DP* 1906, 3, 81 (1^{ère} espèce), concl. Romieu ; *S.* 1905, 3, 113 (1^{ère} espèce), note Hauriou ; *GAJA*, 12^{ème} éd., n° 15, p. 81.
 CE, 26 juill. 1918, *Époux Lemonnier*, *Lebon* p. 761, concl. Blum ; *DP* 1918, 3, 9 ; *S.* 1918-1919, 3, 41, note Hauriou ; *RD pub.* 1919, 41, note Jèze ; *GAJA*, 12^{ème} éd., n° 35, p. 201.
 CE, 2 août 1918, *Touroumire*, *Lebon* p. 805.
 CE, 20 juin 1919, *Vallet*, *Lebon* p. 534 ; *DP* 1920, 3, 1 (8^{ème} espèce), note Appleton ; *S.* 1924, 3, 42 (1^{ère} espèce).
 CE, 7 déc. 1923, *Consorts Courret*, *Lebon* p. 814 (1^{ère} espèce).
 CE, 2 juill. 1924, *Bellan*, *Lebon* p. 625.
 CE, 8 avr. 1927, *Gillard*, *Lebon* p. 460.
 CE, sect., 18 déc. 1936, *Hurlaux*, *Lebon* p. 1126.
 CE, 12 janv. 1949, req. n° 90.067, *Moussset*, *Lebon* p. 16.
 CE, ass., 26 juin 1953, *Dorly*, *Lebon* p. 326 ; *JCP G* 1953, I, 1132, note F. Gazier et M. Long ; *JCP G* 1953, II, 7810, note L. Cartou ; *RTD civ.* 1954, p. 144, obs. P. Hébraud ; *S.* 1954, 3, 1, note A. de Laubadère.
 CE, 20 nov. 1957, req. n° 15272, *Aubertin*, *Lebon T.*
 CE, 21 févr. 1968, req. n° 68.170, *Aubertin*, *Lebon* p. 122.
 CE, 1^{ère} et 4^{ème} ss-sect., 27 juill. 1979, req. n° 03.748, *Jéol*, *Lebon* p. 339.
 CE, 5^{ème} et 3^{ème} ss-sect., 27 mai 1991, req. n° 113.159, *Altiparmakian*, *Lebon* p. 213.
 CE, 6^{ème} et 4^{ème} ss-sect., 18 oct. 2000, req. n° 208.168, *Terrail*, *Lebon* p. 430 ; *AJDA* 2001, p. 288, note M.-C. Rouault.
 CE, 6^{ème} ss-sect., 20 juin 2003, req. n° 248.242, *Stilinovic*, *Lebon* p. 258 ; *D.* 2003, 1807 ; *AJDA* 2003, 1334.
 CE, 6^{ème} et 1^{ère} ss-sect., 26 avr. 2006, req. n° 273.757, *Lebon* p. 201.
 CE, 6^{ème} et 1^{ère} ss-sect., 26 avr. 2006, req. n° 279.832.
 CE, 6^{ème} et 1^{ère} ss-sect., 27 mai 2009, req. n° 310.493, *Pierre H.*, *Lebon* p. 207 ; *Dr. adm.* 2009, comm. 104, F. Melleray.
 CE, 6^{ème} et 1^{ère} ss-sect., 12 juin 2013, req. n° 361.698, *Lebon T.*
 CE, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect., 17 juill. 2013, req. n° 359.417, *Elkaim*, *Lebon* p. 217 ; *JCP G* 2013, act. 891, obs. L. Erstein ; *AJDA* 2013, p. 2032, concl. E. Crepey ; *Procédures* 2013, comm. 325, obs. S. Deygas ; *Dalloz actualité*, 2 sept. 2013, obs. D. Poupeau.
 CE, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect., 11 avr. 2014, req. n° 360.759, *Ligue des droits de l'Homme*, *Lebon T.* ; *JCP G* 2014, act. 486 ; *AJDA* 2014, p. 823, comm. D. Poupeau ; *AJ pén.* 2014, p. 431, obs. E. Péchillon.

- Tribunal des conflits

T. confl., 11 juill. 1927, *Dame Veuve Riveil*, *Lebon* p. 773 ; *DH* 1927, 452 ; *S.* 1928, 3, 5.
 T. confl. 14 janv. 1935, *Thépaç*, *S.* 1935, III, 17, note Alibert (R.).

- Conseil Constitutionnel

- Cons. const., 26 janv. 1967, décision n° 67-31 DC, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.*
- Cons. const., 20 janv. 1981, décision n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* ; JCP 1981, II, 19701, note C. Franck ; D. 1981, 101, note J. Pradel ; D. 1982, 441, note A. Dekeuwer ; AJDA 1981, p. 275, note J. Rivero, et p. 278, note C. Gournay ; RD pub. 1981, p. 651, note L. Philip.
- Cons. const., 3 sept. 1986, décision n° 86-213 DC, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat* ; RSC 1987, p. 565, note F. Loloum et P. Nguyen Huu ; RD pub., p. 399, note L. Favoreu.
- Cons. const., 11 août 1993, décision n° 93-326 DC, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale.*
- Cons. const., 2 févr. 1995, décision n° 95-360 DC, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, RFDC 1995, p. 405., obs. T. S. Renoux ; RD pub. 1996, p. 56., obs. D. Rousseau.
- Cons. const., 16 juill. 1996, décision 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*, JCP G 1996, II, 22709, note N. Van Tuong ; AJDA 1996, p. 693, note O. Schrameck ; AJDA 1997, p. 1245, note F. Luchaire ; D. 1997, 69, note B. Mercuzot ; D. 1998, 147, obs. T. Renoux ; Gaz. Pal. 27 févr. 1997, note D. Richard.
- Cons. const., 22 avr. 1997, décision n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* ; JCP G, I, 4066, obs. B. Mathieu et M. Verpeaux ; Procédures 1997, n° 192, obs. J. Buisson ; AJDA 1997, p. 524, note F. Julien-Laferrière ; RFD constit. 1997, p. 571, obs. O. Lecucq ; RD pub. 1997, p. 931, obs. F. Luchaire ; D. 2004, 1273, obs. S. Nicot.
- Cons. const., 29 août 2002, décision n° 2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice.*
- Cons. const., 13 mars 2003, décision n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure* ; D. 2004, 1273, obs. S. Nicot.
- Cons. const., 2 mars 2004, décision n° 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, D. 2004, 956, chron. M. Dobkine, et 1387, chron. J.-E. Schoettl ; D. 2005, 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; LPA 2004, n° 148, p. 9, note J.-E. Schoettl ; JCP G 2004, I, 619, note J.-C. Zarka ; Gaz. Pal. 2004, n° 106, p. 3, obs. J.-E. Schoettl.
- Cons. const., 22 juill. 2005, décision n° 2005-520 DC, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.*
- Cons. const., 22 oct. 2009, décision n° 2009-590 DC, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet.*
- Cons. const., 16 sept. 2010, décision n° 2010-25 QPC, M. Jean-Victor C. [*Fichier empreintes génétiques*], D. 2012, 308, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ pén. 2010, p. 545, comm. J. Danet.
- Cons. const., 29 sept. 2010, décision n° 2010-38 QPC, M. Jean-Yves G. [*Amende forfaitaire et droit au recours*], Dr. pén. 2010, comm. 120, note J.-H. Robert ; RSC 2011, p. 187, obs. B. de Lamy ; AJ pén. 2010, p. 555, obs. J.-P. Céré.
- Cons. const., 17 déc. 2010, décision n° 2010-80 QPC, M. Michel F. [*Mise à la disposition de la justice*].
- Cons. const., 6 mai 2011, décision n° 2011-125 QPC, M. Abderrahmane L. [*Déferement devant le procureur de la République*] ; RSC 2011, p. 415, obs. J. Danet ; Gaz. Pal. 2011, n° 144, p. 18, comm. S. Detraz.

- Cons. const., 22 juill. 2011, décision n° 2011-156 QPC, *M. Stéphane P. [Dépassement de l'enquête]*.
- Cons. const., 18 nov. 2011, décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, *Mme Élise A. et autres [Garde à vue II]*.
- Cons. const., 18 juin 2012, décision n° 2012-257 QPC, *Société Olano Carla et autres [Convocation et audition par OPJ en enquête préliminaire]*, *D.* 2012, 1614 ; *Constitutions* 2012, 442, obs. A. Darsonville.
- Cons. const., 25 mars 2014, décision n° 2014-693 DC, *Loi relative à la géolocalisation*.

- Cour européenne des droits de l'Homme

- CEDH, Chambre, 4 déc. 1979, req. n° 7710/76, *Schiesser c/ Suisse*.
- CEDH, Chambre, 1^{er} oct. 1982, req. n° 8692/79, *Piersack c/ Belgique*.
- CEDH, Plénière, 21 févr. 1984, req. n° 8544/79, *Oztürk c/ Allemagne*.
- CEDH, Plénière, 2^{ème} sect., 29 nov. 1988, req. n° 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni*.
- CEDH, Chambre, 29 avr. 1990, req. n° 11801/85, *Kruslin c/ France*.
- CEDH, Chambre, 30 août 1990, req. n° 12244/86, 12245/86, 12383/86, *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*.
- CEDH, Chambre, 23 sept. 1998, req. n° 72/1997/856/1065, *McLeod c/ Royaume-Uni*.
- CEDH, Chambre, 24 août 1998, req. n° 88/1997/872/1084, *Lambert c/ France*.
- CEDH, 1^{ère} sect., 11 juill. 2000, req. n° 20869/92, *Dikme c/ Turquie*.
- CEDH, 2^{ème} sect., 21 mai 2002, req. n° 32872/96, *Peltier c/ France*, *D.* 2002, 2968, note J.-P. Céré ; *RSC* 2003, p. 405 et s., obs. Massias.
- CEDH, 2^{ème} sect., 3 juin 2003, req. n° 33343/96, *Pantea c/ Roumanie*.
- CEDH, 4^{ème} sect., 29 mars 2005, req. n° 57752/00, *Matheron c/ France*.
- CEDH, 4^{ème} sect., 27 sept. 2005, req. n° 50882/99, *Sallinen et autres c/ Finlande*.
- CEDH, 4^{ème} sect., 7 mars 2006, req. n° 73893/01, *Besseau c/ France*, *AJ pén.* 2006, p. 213, obs. J.-P. Céré.
- CEDH, 4^{ème} sect., 18 juill. 2006, req. n° 28867/03, *Keegan c/ Royaume-Uni*.
- CEDH, Grande chambre, 3 oct. 2006, req. n° 543/03, *McKay c/ Royaume-Uni*.
- CEDH, 1^{ère} sect., 7 juin 2007, req. n° 71362/01, *Smirnov c/ Russie*.
- CEDH, 3^{ème} sect., 21 févr. 2008, req. n° 18497/03, *Ravon et autres c/ France*, *RSC* 2008, p. 598, note H. Matsopoulou ; *D.* 2008, *AJ* 1054, obs. C. Guélaud ; *Rev. sociétés* 2008, 658, obs. B. Bouloc ; *Dr. fisc.* 2008, comm. 227, note D. Ravon et C. Louit ; *RJF* 2008, 454, étude B. Hatoux ; *Procédures* 2008, comm. 108, N. Fricero.
- CEDH, 5^{ème} sect., 29 avr. 2008, req. n° 14279/05, *Thomas c/ France*, *RSC* 2008, p. 692 et s., obs. D. Roets.
- CEDH, 5^{ème} sect., 10 juill. 2008, req. n° 3394/03, *Medvedyev et autres c/ France*.
- CEDH, 5^{ème} sect., 24 juill. 2008, req. n° 18603/03, *André et autres c/ France*, *D.* 2008, 2353 ; *Dr. fisc.* 2008, comm. 552, note C. Louit ; *RJF* 2008, 1341.
- CEDH, 5^{ème} sect., 18 sept. 2008, req. n° 18659/05, *Kandler et autres c/ France*, *Dalloz actualité*, 25 sept. 2008, obs. M. Léna.
- CEDH, 5^{ème} sect., 16 oct. 2008, req. n° 10447/03, *Maschino c/ France*, *Dr. fisc.* 2008, comm. 611, note C. Louit ; *RJF* 2009, 137.
- CEDH, 5^{ème} sect., 20 nov. 2008, req. n° 2058/04, *Société IFB c/ France*.
- CEDH, Grande chambre, 4 déc. 2008, req. n° 30562/04 et 30566/04, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, *RSC* 2009, p. 182, obs. J.-P. Marguenaud ; *RFDA* 2009, p. 741, obs. S. Peyrou-Pistouley ; [2005] *European Human Rights Law Review* 373, comm. A. Roberts et N. Taylor ; [2009] *European Law Review* 491, comm. L. Heffernan ; [2010] *Crim LR* 889, comm. L. Campbell.

- CEDH, 2^{ème} sect., 3 févr. 2009, req. n° 17019/02 et 30070/02, *Ipek et autres c/ Turquie*, § 36.
- CEDH, 4^{ème} sect., 12 janv. 2010, req. n° 4158/05, *Gillan and Quinton c/ Royaume-Uni* ; [2010] *Edin LR* 477, comm. C. Mac Amhlaigh ; [2010] *Crim LR* 533, comm. R. Buxton ; [2010] *Crim LR* 415, comm. A. Ashworth.
- CEDH, Grande chambre, 29 mars 2010, req. n° 3394/03, *Medvedyev c/ France*, RSC 2010, p. 685, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2010, 1386, obs. S. Lavric, note J.-F. Renucci ; *ibid.*, 952, entretien P. Spinosi ; *ibid.*, 970, point de vue D. Rebut ; *ibid.*, 1390, note P. Hennion-Jacquet ; *RFDA* 2011, p. 987, chron. H. Labayle et F. Sudre.
- CEDH, 5^{ème} sect., 2 sept. 2010, req. n° 35623/05, *Uzun c/ Allemagne*, RSC 2011, p. 217, comm. D. Roets.
- CEDH, 5^{ème} sect., 23 nov. 2010, req. n° 37104/06, *Moulin c/ France*, RSC 2011, p. 208, obs. D. Roets ; *D.* 2011, pp. 277 et 338, note J.-F. Renucci et S. Lavric ; *Gaz. Pal.* 8-9 déc. 2010, p. 6, note O. Bachelet ; *AJDA* 2011, p. 889, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *RFDA* 2011, p. 987, chron. H. Labayle et F. Sudre.
- CEDH, 5^{ème} sect., 21 déc. 2010, req. n° 29408/08, *Société Canal Plus et autres c/ France*, *D.* 2011, 1332, note H. Matsopoulou.
- CEDH, 5^{ème} sect., 21 déc. 2010, req. n° 29613/08, *Cie des Gaz de Pétrole Primagaz c/ France*, *Dallos actualité*, 24 janv. 2011, obs. O. Bachelet.
- CEDH, 4^{ème} sect., 15 févr. 2011, req. n° 56716/09, *Harju c/ Finlande*.
- CEDH, 5^{ème} sect., 5 mai 2011, req. n° 29598/08, *Société Métallurgique Liotard Frères c/ France*, *Dallos actualité*, 20 juin 2011, obs. C. Demunck.
- CEDH, 5^{ème} sect., 8 mars 2012, req. n° 14166/09, n° 12039/08 et n° 39243/10, *Célice, Cadène et Josseume c/ France*, *D.* 2012, 984, obs. J.-P. Céré ; *Dallos actualité*, 22 mars 2012, obs. O. Bachelet.
- CEDH, 4^{ème} sect., 13 nov. 2012, req. n° 24029/07, *MM c/ Royaume-Uni* ; (2013) 2 *E.H.R.L.R.* 200 ; (2012) 17(4) *Comms. L.* 115.
- CEDH, 5^{ème} sect., 18 avr. 2013, req. n° 19522/09, *M. K. c/ France*, RSC 2013, p. 666, obs. D. Roets.
- CEDH, 5^{ème} sect., 27 juin 2013, req. n° 62736/09, *Vassis et autres c/ France*, *D.* 2013, p. 1687, obs. O. Bachelet ; *AJ pén.* 2013n p. 549, obs. G. Roussel ; *RPDP* 2013, p. 705, comm. J.-F. Renucci.
- CEDH, 4^{ème} sect., 15 oct. 2013, req. n° 34529/10, *Gutsanovi c/ Bulgarie*, §§ 155 et 158 ; *Dr. pén.* 2014, chron. 4, obs. E. Dreyer ; RSC 2014, p. 170, obs. D. Roets ; *Dallos actualité*, 30 oct. 2013, obs. O. Bachelet.
- CEDH, 5^{ème} sect., 18 sept. 2014, req. n° 21010/10, *Brunet c/ France*, *JCP G* 2014, 1023, obs. K. Blay-Grabarczyk ; *JCP G* 2014, 1090, note T. Fourrey ; *Dallos actualité*, 29 sept. 2014, obs. J. Gaté.
- CEDH, 5^{ème} sect., 2 oct. 2014, req. n° 10609/10, *Matelly c/ France*.
- CEDH, 5^{ème} sect., 4 déc. 2014, req. n° 17110/10 et 17301/10, *Ali Samatar et autres c/ France*.
- CEDH, 5^{ème} sect., 4 déc. 2014, req. n° 46695/10 et 54588/10, *Hassan et autres c/ France*, *Dallos actualité*, 8 déc. 2014, obs. A. Portmann ; *D.* 2014, 2524 ; *JCP G* 2014, 1348, zoom par F. Sudre.
- CEDH, 4^{ème} sect., 16 déc. 2014, req. n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni*, *Dallos actualité*, 19 déc. 2014, obs. A. Portmann.

F. RAPPORTS, CIRCULAIRES, AVIS ET ACTES DE COLLOQUES

1. En anglais

ACPO, *Guidelines on the Use of Community Resolutions (CR) Incorporating Restorative Justice (RJ)*, août 2014.

BICHARD (M.), *The Bichard Enquiry Report*, HMSO, Londres, juin 2004.

BROWN (D.), *PACE Ten Years On : A Review of the Research*, Home Office Research Study n° 155, HMSO, Londres, 1997, p. 68 et s.

CRIMINAL JUSTICE COMMITTEE, *Report*, « The Prosecution Process in England and Wales », [1970] *Crim LR* 668.

CRIMINAL JUSTICE JOINT INSPECTION, *The Joint Thematic Review of the Charging Arrangements*, nov. 2008, <http://www.justiceinspectors.gov.uk/hmic/media/joint-inspection-statutory-charging-20081031.pdf>.

CRIMINAL LAW REVISION COMMITTEE, *Evidence (General), Eleventh Report*, Cmnd. 4991, 1972 ; C. TAPPER, (1972) 35(6) *M.L.R.* 621 ; (1973) 13(1) *Br J Criminol* 60.

CROWN PROSECUTION SERVICE, *Annual Report, 2007-2008*, HMSO Londres, 2008.

CROWN PROSECUTION SERVICE, *Annual Report, 1986-1987*, HMSO, Londres, 1987.

CROWN PROSECUTION SERVICE, *Annual Report, 1992-1993*, HMSO, Londres, 1993.

DISCLOSURE AND BARRING SERVICE, *A guide to eligibility for criminal record checks*, 6^{ème} éd., sept. 2014.

DPP, *The Director's Guidance on Charging*, 3^{ème} éd., févr. 2007.

DPP, *The Director's Guidance on Charging*, 4^{ème} éd., janv. 2011.

DPP, *The Director's Guidance on Charging, Guidance to Police Officers and Crown Prosecutors Issued by the Director of Public Prosecutions under S37A of the Police and Criminal Evidence Act 1984*, 5^{ème} éd., mai 2013.

FARQUHARSON (D.), *Mr Justice Farquharson's Committee, The Role of Prosecution Counsel, Report*, 1986.

FARQUHARSON (D.), *Farquharson Guidelines on the Role and Responsibilities of the Prosecuting Advocate*, 15 févr. 2002.

FOX (R. G.), *Criminal Justice On-the-Spot : Infraction Penalties in Victoria*, Australian Studies in Law, Crime and Justice, Australian Institute of Criminology, Canberra, 1995, p. 21 et s.

HALLIGAN-DAVIS (G.) et SPICER (K.), *Piloting « On the Spot Penalties » for Disorder : Final Results from a One-year Pilot*, Research Findings n° 257, HMSO, Londres, 2004.

HM GOVERNMENT et COLLEGE OF POLICING, *Review on Simple Caution*, nov. 2013.

HOME OFFICE, *Home Office Circular*, 24 janv. 1930, 536053/29.

HOME OFFICE, *Home Office Circular* 70/1978.

HOME OFFICE, *Home Office Circular* 18/1994.

HOME OFFICE, *Cautioning by the Police : a Consultative Document* (1984).

HOME OFFICE, *Home Office Circular* 14/1985.

HOME OFFICE, *Home Office Circular* 59/1990.

HOME OFFICE, *Home Office Circular* 30/2005.

HOME OFFICE, *Home Office Circular* 016/2008.

HOME OFFICE, *Cautioning by the Police : a Consultative Document*, 1984.

HOME OFFICE, *Costs of the Criminal Justice System 1992*, vol. 1, HMSO, Londres, 1992.

HOME OFFICE, *Modernising Police Powers to Meet Community Needs - A Consultation Papers*, 2004.

HOME OFFICE, *Policing in the 21st Century : Reconnecting Police and the People*, Cm. 7925, HMSO, Londres, juill. 2010.

HOME OFFICE, *Policing by consent*, 10 déc. 2012.

HOME OFFICE, *Police powers and procedures detentions 2012 to 2013, Data Tables*, D. 04 « Warrants of further detention under PACE and persons charged, 2002/03 to 2012/13 », 3 avr. 2014.

HOME OFFICE et THE RT HON NICK HERBERT MP, *Police and crime commissioners to swear an oath of impartiality*, 16 août 2012.

HOUSE OF COMMONS CONSTITUTIONAL AFFAIRS COMMITTEE, *Constitutional Role of the Attorney General, Fifth Report of Session 2006-07*, TSO, Londres, 17 juill. 2007.

HOUSE OF COMMONS JUSTICE COMMITTEE, *The Crown Prosecution Service : Gatekeeper of the Criminal Justice System, Ninth Report of Session 2008-09*, TSO, Londres, 6 août 2009.

HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *Reform of the Office of Attorney General, Seventh Report of Session 2007-08*, TSO, Londres, 2 avr. 2008, HL 93.

LAW SOCIETY, *The Guide to the Professional Conduct Solicitors*.

LORD JUSTICE AULD, *A Review of the Criminal Courts of England and Wales by The Right Honourable Lord Justice Auld*, sept. 2001.

MACPHERSON OF CLUNY (W.), *The Stephen Lawrence Inquiry. Report of an Inquiry by Sir William Macpherson of Cluny*, Cm. 4262-I, févr. 1999.

MINISTRY OF JUSTICE, *The Governance of Britain*, Cm. 7170, 7 juill. 2007.

MINISTRY OF JUSTICE, *Judicial and Court statistics 2007*, Cm. 7467, sept. 2008.

MINISTRY OF JUSTICE, *The Governance of Britain : Constitutional Renewal*, Cm. 7342-I, 25 mars 2008.

MINISTRY OF JUSTICE, *Consultation on a New Enforcement Tool to Deal with Economic Crime Committed by Commercial Organisations : Deferred Prosecution Agreements*, CP9/212, mai 2012.

MINISTRY OF JUSTICE, *Deferred prosecution agreements : Government response to the consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations, Response to Consultation CP(R)18/2012*, 23 oct. 2012.

MINISTRY OF JUSTICE, *Code of Practice for Adult Conditional Cautions. Part 3 of the Criminal Justice Act 2003*, 8 avr. 2013.

MINISTRY OF JUSTICE, *Guidance on Simple Cautions*, 8 avr. 2013.

MINISTRY OF JUSTICE, *Code of Practice for Youth Conditional Cautions. Crime & Disorder Act 1998 (as amended by the Criminal Justice & Immigration Act 2008 and the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012)*, 8 avr. 2013.

- MINISTRY OF JUSTICE**, *Youth Cautions. Guidance for Police and Youth Offending Teams*, 8 avr. 2013.
- MINISTRY OF JUSTICE**, *Simple Cautions for Adult Offenders*, 14 nov. 2013.
- MINISTRY OF JUSTICE**, *Penalty Notices for Disorder (PNDs)*, 24 juin 2014.
- MINISTRY OF JUSTICE**, *Quick Reference Guides to Out of Court Disposals*, juill. 2014.
- MORGAN (R.), REINER (R.) et MCKENZIE (I.)**, *Police Powers and Policy : A Study of Custody Officers, Final Report to the Economic and Social Research Council*, 1990.
- PHILIPS (C.) et BROWN (C.)**, *Entry into the Criminal Justice System : A survey of Arrests and their Outcomes*, Home Office Research Study n° 185, HMSO, Londres, 1998.
- RAWLINSON (J.F.P.)**, *Report of an inquiry held by the Right Hon. J.F.P. Rawlinson, K.C., M.P., into the arrest of Major R.O. Sheppard*, Cmnd. 2497, HMSO, Londres, 1924-1925.
- ROYAL COMMISSION ON POLICE POWERS AND PROCEDURE**, Cmnd. 3297, *Report*, HMSO, Londres, 1929 ; « The Report of the Royal Commission on Police Powers and Procedure », (1929) 2 (4) *The Howard Journal of Criminal Justice* 336.
- ROYAL COMMISSION ON THE POLICE**, Cmnd. 1728, *Final report*, HMSO, Londres, 1962.
- ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE**, Cmnd. 8092, *Report*, HMSO, Londres, 1981.
- ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE**, Cm. 2263, *Report*, HMSO, Londres, 1993.
- SENTENCING GUIDELINES COUNCIL**, *Reduction in Sentence for a Guilty Plea - Definitive Guideline*, 2007.
- SENTENCING GUIDELINES COUNCIL**, *Sentencing Advisory Panel*, févr. 2006.
- SIR HENRY FISHER**, *Report of an Inquiry by the Honourable Sir Henry Fisher into the circumstances leading to the trial of three persons on charges arising out of the death of Maxwell Confait and the fire at 27 Doggett Road, London SE6*, 1977.
- ZANDER (M.) et HENDERSON (P.)**, *Crown Court Study (Royal Commission on Criminal Justice, Research Study n° 19)*, HMSO, Londres, 1993.

2. En français

- « Inquisitoire - accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? », Actes du colloque international, Aix-en-Provence, 9-10 juin 1997, RIDP n° 1 et 2, vol. 68, 1997.
- Droits de l'individu et police*, Actes du colloque des facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal tenu à Poitiers en mai 1988, Litec, 1990, Paris.
- ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES**, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1958*, Journées d'études des 16-17 mars 1989, Economica, PUAM, coll. « Droit public positif », Paris et Marseille, 1990.
- BAUDOIN**, communication sur l'*habeas corpus* anglais à la Société de législation comparée (*Bull.* 1928-1929, p. 161.)
- BEAUME (J.)**, *Rapport sur la procédure pénale*, juill. 2014, <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf>.
- CECOJI et JURISCOPE**, Actes du colloque international organisé par le Centre d'Etudes sur la Coopération Juridique Internationale (CECOJI - UMR 6224 CNRS) et Juriscope

(Accès aux droits étrangers et promotion du droit français et des droits francophones - UMS 2268 CNRS) à la Faculté des sciences de Poitiers les 15 et 16 octobre 2009.

- CEPEJ**, Rapport, « Systèmes judiciaires européens - Efficacité et qualité de la justice », coll. « Les études de la CEPEJ », éd. 2008 (données 2006).
- CEPEJ**, Rapport, « Systèmes judiciaires européens - Efficacité et qualité de la justice », coll. « Les études de la CEPEJ », éd. 2014 (données 2012).
- CHURCHILL (W.)**, Discours à la Chambre des communes du 20 juillet 1910, *The Official Report, House of Commons (5th Series), Hansard*, vol. 19.
- CNCDH**, « Avis sur la réforme de la procédure pénale », 10 juin 2010.
- CNCDH**, « Avis sur l'indépendance de la justice », 31 juill. 2013, *JORF* n° 0176 du 31 juill. 2013, n° 102.
- CNCDH**, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », 29 avr. 2014, *JORF* n° 0108 du 10 mai 2014, n° 84.
- COMITE DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE**, recommandation n° R (87) 18 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres concernant la simplification de la justice pénale, 17 sept. 1987.
- COMITE DE REFLEXION SUR LA JUSTICE PENALE** (présidé par P. Léger), Rapport, 1^{er} sept. 2009.
- COMMISSION DE REFLEXION SUR LA JUSTICE** (présidée par P. Truche), Rapport, La documentation française, Paris, 1997.
- COMMISSION SUR LA REPARTITION DES CONTENTIEUX** (présidée par S. Guinchard), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, Collection des rapports officiels, Paris, 2008.
- COMMISSION DE MODERNISATION DE L'ACTION PUBLIQUE** (présidée par J.-L. Nadal), *Refonder le ministère public*, Rapport à Mme le garde des Sceaux, ministre de la justice, nov. 2013.
- COMMISSION JUSTICE PENALE ET DROITS DE L'HOMME**, *La mise en état des affaires pénales*, Rapport, La documentation Française, Paris, 1991.
- COUR DE CASSATION**, *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2007.
- COUR DE CASSATION**, *Quel avenir pour le ministère public ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2008.
- CSM**, 9 oct. 1987, avis p. 13.
- DANET (J.) et ROUSSEL (G.)**, « Pour de nouvelles règles introduisant la contradiction en phase d'enquête'. Propositions de réponses pour la Commission présidée par Monsieur le Procureur général Jacques Beaume visant à adapter l'architecture de l'enquête pénale pour renforcer les droits de la défense en garantissant l'efficacité des investigations », Annexe 19 in J. BEAUME, *Annexes. Rapport sur la procédure pénale*, juill. 2014, p. 12 et s.
- DECIMA (O.)**, « Les dispositions visant à renforcer les pouvoirs de la police et de la gendarmerie en cas de violation de leurs obligations par les personnes placées sous main de justice », intervention au colloque organisé par l'Institut de criminologie de Paris, Université Paris II Panthéon-Assas, sur « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales dite 'Loi Taubira' » 20 nov. 2014.

- DESPORTES (F.)**, « Mission relative à l'amélioration de l'enquête pénale », Annexe 21 in J. BEAUME, *Annexes. Rapport sur la procédure pénale*, juill. 2014.
- DUVERGIER (J.-B.)**, *Lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, tome 63, Paris, 1863.
- FEDERATION COHERENCE EUROPE**, *Indépendance du parquet, opportunité des poursuites* [en ligne], Colloque organisé sous l'égide de la Fédération Cohérence Europe et de la Faculté de Droit de Nancy, sous la direction de F. Jacquot, <http://www.juripole.fr/TableRonde/index.html>.
- FONDATION NATIONALE DES SCIENCES POLITIQUES**, *Le parquet dans la République. Vers un nouveau ministère public*, colloque organisé par la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Le Monde et l'Ecole Nationale de la Magistrature les 29 et 30 mai, Bordeaux, mai 1995, p. 23.
- GILLET (N. A. P. M.) ET DEMOLY (F.)**, *Analyse des circulaires, instructions et décisions émanées du ministère de la justice*, tome 2, Marchal, Billard et Cie, 3^{ème} éd., Paris, 1876.
- JACQUINOT-PAMPELUNE (C.-J.)**, *Instructions du procureur du roi près le tribunal de première instance de la Seine à MM. les juges de paix, officiers de gendarmerie, maires, adjoints, commissaires de police*, B. Warée, Paris, 1831.
- JURY DE CONSENSUS**, Conférence de consensus, *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, Rapport du jury de consensus remis au Premier Ministre, Paris, 20 févr. 2013.
- MICHEL (J.-P.)**, Rapport fait au nom de la commission des lois, Sénat, n° 380, 19 févr. 2014.
- MINISTERE DE LA JUSTICE**, Circulaire du 16 août 1842, *Recueil officiel des instructions et circulaires du ministère de la Justice*, tome 2 : 1790-1875, Imprimerie nationale, Paris, 1880, p. 30.
- MINISTERE DE LA JUSTICE**, Circulaire du 1^{er} janv. 1855, *Recueil officiel des instructions et circulaires du ministère de la Justice*, tome 2 : 1790-1875, Imprimerie nationale, Paris, 1880, p. 319.
- MINISTERE DE LA JUSTICE**, *Bulletin officiel du ministère de la justice*, première partie, Imprimerie nationale, Paris, 1876.
- MINISTERE DE LA JUSTICE**, Circulaire du 13 août 1876, *Bulletin officiel du ministère de la justice*, première partie, Imprimerie nationale, Paris, 1876, n° 3, p. 141.
- MINISTERE DE LA JUSTICE**, Circulaire du 27 janv. 1993 relative à la présentation de l'ensemble des dispositions de la loi du 4 janvier 1993 et commentaire analytique de celles d'entre elles qui modifient le code de procédure pénale, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, *JORF* n° 26 du 31 janvier 1993, p. 1687.
- MINISTERE DE LA JUSTICE**, Circulaire du 14 févr. 1995 (Crim 95.5/FL)
- MINISTERE DE LA JUSTICE**, Circulaire du 18 août 2014 relative aux fichiers d'antécédents judiciaires, *BOMJ* n° 2014-08 du 29 août 2014.
- MINISTERE DE LA JUSTICE**, *Annuaire statistique de la justice*, éd. 2011-2012, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_annuaire_2011-2012.pdf.
- MINISTERE DE LA JUSTICE**, *Les chiffres-clés de la justice 2013*, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_Chiffres_cles_2013.pdf.

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Les chiffres-clés de la justice 2014*,
http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_livret_final_HD.pdf.

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Les chiffres-clés de la justice 2015*,
http://www.justice.gouv.fr/publication/chiffres_cles_20151005.pdf.

RIBEYRE (C.), « Réforme de l'enquête pénale. Observations sur les questions soulevées par le groupe de travail chargé d'une mission relative à l'amélioration de la procédure pénale d'enquête », Annexe 18 in J. BEAUME, *Annexes. Rapport sur la procédure pénale*, juill. 2014.

SALEILLES (R.), « Conception et objet de la science du droit comparé », Rapport présenté au Congrès international de droit comparé, *Bulletin de la société de législation comparée*, vol. 29, 1900, n° 4.

SOCIETE D'HISTOIRE DU DROIT POITIERS-LA ROCHELLE, *Études d'Histoire du Droit à l'Époque contemporaine, XIX^{ème}-XX^{ème} siècles*, Journées internationales de la Société d'histoire du droit, Poitiers-La Rochelle, 1983, Publication de la Faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, tome 13, 1985.

ZOCCHETTO (F.), Rapport n° 441, Sénat, 24 sept. 2003.

G. SITOGRAPHIE

ARCHIVES.ORG (regroupant les projets de numérisation des universités nord-américaines) :
<https://archive.org>.

BRITISH AND IRISH LEGAL INFORMATION INSTITUTE (BAILII) (pour un accès à la jurisprudence anglaise) : <http://www.bailii.org>.

CPS (pour un accès au *Code for Crown prosecutors* et aux directives du DPP notamment) :
<http://www.cps.gov.uk/legal/index.html>.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

CONSEIL DE L'EUROPE (pour un accès aux études de la CEPEJ notamment) :
http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/default_fr.asp.

DISCLOSURE AND BARRING SERVICE (DBS) : <https://www.gov.uk/disclosure-barring-service-check/overview>.

GALLICA (projet de numérisation des ouvrages de la Bibliothèque nationale de France) :
<http://gallica.bnf.fr>.

HANSARD (pour un accès aux débats devant la Chambre des communes et la Chambre des Lords) : <http://www.parliament.uk/business/publications/hansard/>.

HEINONLINE (pour un accès au *British Journal of Criminology* notamment) :
<https://home.heinonline.org>.

HOME OFFICE : <https://www.gov.uk/government/organisations/home-office>.

HUDOC : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#>.

LE SITE DE F. LAREAU (regroupant de très nombreux liens conduisant vers des ouvrages numérisés de droit pénal français et anglais notamment) : <http://www.lareau-law.ca/droitpenal.htm>.

LEGIFRANCE : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

MINISTERE DE LA JUSTICE : <http://www.justice.gouv.fr>.

MINISTRY OF JUSTICE (pour l'accès aux circulaires notamment) :
<http://www.justice.gov.uk>.

WESTLAW (pour un accès à la jurisprudence anglaise et à certaines revues, notamment la *Criminal Law Review* et *Archbold News*) : <http://legalresearch.westlaw.co.uk>.

WILEY ONLINE (pour un accès à la *Modern Law Review* notamment) :
<http://onlinelibrary.wiley.com>.

Index alphabétique

(Les chiffres correspondent aux numéros de paragraphes)

A

Abuse of process :

- notion : 501
- et *judicial review* : 500
- et *DPA* : 390
- et *out of court disposal* : 247 et s.

Accusateur public : 22

Accusatoire/inquisitoire : 4 ; 605 ; 612

- remise en cause : 4
- *adversarial deficit* : 483 ; 609

Acte juridictionnel :

- effet : 220
- attributs : 96 ; 228 et s. ; 240 ; 244 et s.

Adversarial deficit : 483

Alternative aux poursuites :

- en Angleterre (v. *out-of court disposal* et *diversion*)
- en France (v. transaction et composition pénales)

Amende forfaitaire :

- notion : 202 et s.
- accès au juge : 204 et s.

Apparence :

- et *flagrance* : 153

Arrestation (en Angleterre) :

- citoyenne : 42

- nécessité : 320
- *ratio* initiale : 42
- policière sans mandat : 116
- terrorisme : 135

Attorney General : 433

- statut : 455 ; 550
- fonctions : 454 et s.

Audition libre : 84 ; 104

- Angleterre : 44 ; 79
- France : 84

Autorité de la chose jugée :

- au pénal sur le pénal : 59 ; 64
- au pénal sur le civil : 393

Autosaisine : 21 ; 24 et s. ; 124

Ayrault (P.) : 47

B

Bail :

- *bail bargaining* : 298
- *police bail* : 298
- *court bail* : 297 ; 300

Bigot de Préameneu : 49

Blackstone (W.) : 17

Bond (J.) : 13

C

Cambacérés : 49

Carbonnier (J.) : 4 ; 38 ; 39

Caution : 192 et s.

- *Simple adult caution* : 194
 - effet substantiel : 221
 - attributs : 245 et s.
- *Simple youth caution* : 195
 - effet substantiel : 221
 - attributs : 245 et s.

Charge : 1

Citation directe : 50

Coke : 13

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 289 ; 392

- origine et domaine : 56 ; 394
- homologation : 394 et s.

Composition pénale : 392

Conditional caution : 208

- *Adult conditional caution* : 209
 - effet substantiel : 221
 - attributs : 245 et s.
- *Youth conditional caution* : 210
 - effet substantiel : 221
 - attributs : 245 et s.

Chief Constable : 12 ; 429

Constabulary Independence (doctrine de la) :

- origine : 446 et s.
- et *PCC* : 431
- limites : 447

Constitutivité : 32 ; 59

Contentieux : 35

- inversion (v. inversion du contentieux)
- *litigious theory* : 7 ; 35
- de l'annulation (v. nullités et *exclusionary rules*)

- de la culpabilité : 35
- de la pénalité : 36
- obligatoire : 35

Contradictoire :

- ordonnance sur requête : 608 ; 629
- et droits de la défense : 646
- ministère public (comme destinataire du) : 645

Commissaire du roi : 22

Commission :

- Angleterre
 - *Philips* : 79 ; 116 et s. ; 151 ; 169 ; 299 ; 399 ; 566
 - *Royal Commission on Police and Procedure 1929* : 45 ; 333
 - *Runciman* : 196 ; 382
- France
 - Beaume : 513 ; 546 ; 599 ; 615 ; 641 et s.
 - Delmas-Marty : 542 ; 604
 - Donnedieu de Vabres : 542
 - Guinchard : 206 ; 376
 - Léger : 542 ; 599
 - Nadal : 206 ; 274 ; 507

Community resolution : 209

Comparaison (v. Droit comparé)

Crown Prosecution Service :

- naissance : 55 ; 475 ; 514
- carrière : 420
- discipline : 421
- situation juridique : 440 ; 453

Criminalité organisée : 138

- en Angleterre : 141 et s.
- en France : 144 et s.

Custody officer : 106 ; 117 et s. ; 267 ; 270

D

Dalton (M.) : 13

Défèrement :

- et droits de la défense : 504

***Deferred Prosecution Agreement* :** 387
et s.

- origine 387
- effet et attribut : 389 et s.
- office du juge 390

Directeur du jury : 22 ; 26***Director of Public Prosecution* :** 441

- fonctions : 443
- et *Attorney General* : 444

***Disclosure Barring Service (DBS)* :**
244-245***Diversion* :** 215**Droit comparé :**

- intérêt : 4
- problèmes méthodologiques : 5-7

Droit au juge : 202 ; 241 ; 251**Duguit (L.) :** 35**E****Ecoutes téléphoniques :**

- Droit anglais : 296
- Droit français : 290 ; 293

Enquête :

- en Angleterre
 - naissance : 42
 - consensuelle : 77 et s.
 - coercitive : 112 et s.
- en France
 - préliminaire : 81 ; 102 et s. ; 120 et s.
 - de flagrance : 49 ; 124 et s. ; 153 et s. ; 180 et s.
 - officieuse : 50 ; 81 ; 95 et s.
 - sur commission rogatoire : 168 ; 171

Esmein (A.) : 35**Exception préjudicielle :**

- à l'exercice de l'action publique : 591

***Exclusionary rules* :** 331

- doctrine de l'externalité : 332
- doctrine de l'équité : 334
- section 78 *PACE* : 341 et s. ; 355 et s. ; 369
- *fruit of the poisonous tree* (v. cette entrée)
- section 76 *PACE* : 369

F**Faute lourde :** 527 ; 577***Fixed Penalty Notice* :** 56 ; 197***Force exécutoire* :** 59 ; 233

- et mesures de l'art. 41-1 CPP : 235
- et transaction pénale : 392
- et composition pénale : 393

Fouilles : 88 ; 113

- consensuelles : 88
- coercitives : 115
- terrorisme : 134 et s.

Fruit of the poisonous tree* :** 363**G*Garantie judiciaire :** 262

- et CEDSH : 263 et s.
- et Conseil constitutionnel : 278 et s.

Garde à vue : ; 265

- en Angleterre : 117 et s. ;
- nécessité : 321
- en France
- nécessité : 322

Garraud (R.) : 95 ; 127 ; 365**Géolocalisation :** 274 ; 284**Gendarmerie :** 424

- statut : 426
- impartialité : 482

Guilty plea : 56 ; 39

- *Turner rules* : 381 et s.
- Officialisation : 383
- Réduction de peine 385 et s.

H

Hale : 13

Hauriou : 35

Hébraud : 36

“Helping the Police with their Inquiries” : 43

Hélie (F.) : 172 ; 335 ; 436 ; 495 ; 641 ; 650

Héron (J.) : 30 ; 31

Hypothèque judiciaire :

- attribut du jugement de condamnation : 234
- et mesures de l’art. 41-1CPP : 236

I

Indépendance :

- du juge : 413
- ministère public : 465 et s.

Inexistence : 100

Inquisitoire/accusatoire (v. accusatoire/inquisitoire)

Interversion des prescriptions : 234

- attributs du jugement de condamnation : 234 et s.
- et les mesures de l’art. 41-1 Cpp
- et transaction pénale : 236
- et composition pénale : 393

Inversion du contentieux : 371

- en Angleterre

- *PND* (v. *PND*)

- *FPN* (v. *FPN*)

- en France 372 et s.

- injonction de payer : 373 ; 622

- ordonnance sur requête

unilatérale : 608

- ordonnance pénale 374 et s.

- amende forfaitaire : 202

Impartialité : 439

- en Angleterre

du juge de l’annulation : 368-

- du *CPS* : 486 et s.

- de la police : 483

- en France

- du ministère public : 485

- du policier et du du gendarme :

482

- du juge de l’annulation : 370

J

Judicial review :

- domaine : 423 ; 447 et s. ; 495

- et *abuse of process* : 500

Judges’ rules : 45 ; 79

John Jervis’s Act : 17

Juge des libertés et de la détention

- pouvoirs exclusifs : 293-294

- autorisation : 311 et s.

Juge d’instruction :

- *CIC* : 49

- pouvoirs exclusifs : 290-291

Juge de paix : 22 ; 26 et s. ; 48

Juridiction :

- accessoire : 454

- gracieuse : 617

- préliminaire : 12 ; 17

- préparatoire : 16

- conservatoire : 42 ; 59 ; 294 ; 630 ; 638

- provisoire : 260 ; 291 ; 642

- sommaire (JP) : 12

- théorie de la juridiction : 35

Juridictionnalisation : 1

- et ministère public : 27 ; 56

***Justice of the peace* 12**

- origine
- et *Marian statutes* : 12
- et *John Jervis's Act* : 17
- *warrant* (v. *warrant*)
- pouvoirs exclusifs : 296 et s.

K**Kojève (A.) : 541****L*****Law Officers of the Crown* (v. *DPP* et *Attorney General*) : 442****Légalité**

- substantielle : 32 ; 225
- procédurale : 94 et s.

Lieutenant criminel : 21**M****Maitland (F. W.) : 446*****Marian statutes* : 13****Médiation :**

- Angleterre : 211 et s.
- France : 56 ; 200 et s.

Mesures d'instruction *in futurum* : 606**Ministère public :**

- définition : 1 ; 6 (v. police ; *CPS* ; procureur de la République)

Mise en état

- En matière civile : 610
- En matière pénale : 611

Motulsky (H.) : 1 ; 36**Mutabilité des actes et cadres d'enquête : 160 et s.****N*****Net-widening* : 226*****Nolle prosequi* : 454****Nullités : 333**

- Fondement : 335 et s.
- d'intérêt privé/d'ordre public : 337 ; 348
- textuelles/virtuelles : 337
- relevé d'office (non) : 353
- qualité à agir/intérêt à agir : 356 et s.
- "acte" support nécessaire : 365 et s.

O**Opportunité des poursuites : 51****Ordonnance pénale : 374 et s.****Ordonnance sur requête unilatérale : 606*****Out-of-court disposal* : 56 ; 191 et s.****P*****Penalty Notice for Disorder* : 56 ; 198 ; 245****Perquisition :**

- droit anglais
 - consensuelles : 89
 - coercitives : 114
- droit français
 - coercitives en préliminaire : 290
 - coercitives en flagrance : 127
 - consensuelles : 83

Police

- Anglaise
 - création : 16

- fonction d'investigation : 42 ; 44
- statut : 16
- Française
 - statut : 426 et s.

Police and Crime Commissioner : 431

Police and Crime Panel : 431

Police authority : 431 ; 446 et s.

Policier-citoyen (fiction du) : 16 ; 42 ; 80 ; 94

Private prosecution : 11 ; 16

Privilège de juridiction : 593

Procureur de la République

- CIC : 49
- Statut : 435
- Discipline : 419
- Carrière : 418
- Situation juridique : 458

Punitives damages : 561

R

Rawls (J.) : 540 ; 542

Réalisation du droit pénal : 20 et s. ; 59 et s. ; 223

Récidive (premier terme) : 59 ; 237 ; 252

Réponse pénale : 190 et s. ; 227 ; 374 ; 393

Récusation : 489

- en Angleterre (absence de) : 492
- en France
 - du ministère public (impossibilité) : 494

S

Saïlles (R.) : 3

Saisine *in rem* : 170

Saisies incidentes :

- en Angleterre ; 169
- en France 175

Search warrant : 310

Serious Fraud Office : 142

Serious Organised Crime Agency : 143

Séparation des fonctions de justice : 508

- poursuite/instruction 49 et s. ; 64 ; 95
- enquête/juridiction 70
- théorie de la 539
- critique 538

Stephen (J.F.) : 13 ; 35 ; 333

STIC (fichier) : 221

Stop and account : 91

Stop and search : 91 ; 132

Stop and produce : 161

Substituabilité de l'appréciation des cadres d'enquête : 177 et s.

Substitut du commissaire du gouvernement : 48

Surclassement : 182 et s.

Suspicion :

- droit anglais
 - motifs raisonnables de soupçonner : 134 et 135 ; 150 et s. ; 157
 - motifs de croire 151
- droit français
 - indice apparent 153 ; 158

T

TAJ (fichier) : 236

Terrorisme : 130

- droit anglais
 - définition 133
 - garde à vue : 135
- droit français
 - définition : 136
 - garde à vue : 138
 - techniques spéciales d'enquête : 137

Tort : 333 ; 554

- *of assault* : 87
- *of battery* : 560
- *of false imprisonment* : 42 ; 333 ; 559
- *of malicious prosecution* : 561
- *of trespass* : 76 ; 560
- *of breach of statutory duty* : 562

“Tout juge est procureur général” :
21 ; 24 et s.

Transaction pénale : 56 ; 390 ; 392

V

Vizioz (H.) : 35

Voir dire : 368

W

Warning : 193

Warrant :

- *search warrant* : 12 ; 42
- *warrant for further detention* : 316

Wigmore (J. H.) : 333

Table des matières

Sommaire	V
Remerciements	VII
Avertissement	IX
Principales abréviations	XI
Introduction	1
I. L'éclat d'une complémentarité	15
A. La juridictionnalisation de la répression pénale, raison d'être de l'institution du ministère public	15
1. Le ministère public et la construction de la juridictionnalisation de la répression en Angleterre	16
a. La dégradation historique de la figure du juge anglais	16
b. La naissance d'un ministère public et la restauration de la posture du juge anglais	22
2. Le ministère public et la construction de la juridictionnalisation de la répression en France	29
a. La dégradation historique des figures du juge français	29
b. La renaissance du ministère public et la restauration de la posture du juge français	32
B. La juridictionnalisation de la répression pénale, limite aux fonctions du ministère public	37
1. L'absence de réalisation spontanée du droit de punir	38
a. L'effet substantiel de la répression : un monopole de l'acte juridictionnel	39
b. La nature nécessairement constitutive du jugement de condamnation	43
2. Un ministère public nécessairement partie	45
a. Le contentieux de la culpabilité : un contentieux traditionnellement obligatoire en France	45
b. Le contentieux de la pénalité : un contentieux traditionnellement obligatoire en Angleterre	49
II. L'ombre d'une concurrence	50
A. Une concurrence historiquement limitée à l'avant-procès	51
1. La naissance progressive d'un avant-procès en Angleterre	51
a. La mutation progressive de la <i>ratio</i> des fonctions de la police	51
b. L'exploitation continue des hésitations prétoriennes	54
2. La renaissance continue d'un avant-procès en France	59

a. L'Ancien droit et la période révolutionnaire	59
b. Le code d'instruction criminelle	63
B. Une concurrence renouvelée à la place du procès	67
1. Un renouvellement pragmatique	68
a. Un ministère public vecteur d'une rationalisation du procès	68
b. Un ministère public acteur de l'éviction du procès	69
2. Un renouvellement problématique	71
a. La tentation de la négation.....	71
b. La tentation de l'hybridation	72
Première partie - La juridictionnalisation éprouvée par l'institution du ministère public.....	75
Titre 1^{er} - Une juridictionnalisation évincée en nuances	79
Chapitre 1^{er} - L'extension continue des pouvoirs d'enquête infrajuridictionnels du ministère public	81
Section 1^{ère} - La consolidation statique des pouvoirs d'enquête infrajuridictionnels.....	83
§ 1 ^{er} La pérennisation des pouvoirs d'enquête consensuels	84
A. La légalisation convergente des opérations d'enquête consensuelles.....	84
1. La confirmation de principe.....	85
a. La légalisation des pouvoirs d'enquête consensuels en Angleterre .	85
b. La légalisation des pouvoirs d'enquête consensuels en France	88
2. La prohibition exceptionnelle	91
a. La consécration exceptionnelle de l'indisponibilité.....	91
b. L'effectivité relative de l'indisponibilité.....	94
B. La légalisation ambiguë des opérations d'enquête consensuelles.....	95
1. La compatibilité historique à la loi.....	96
a. Les conséquences théoriques	98
b. Les contradictions prétoriennes	101
2. La conformité contemporaine à la loi	109
a. La consécration de garanties entourant les fonctions d'enquête consensuelles.....	109
b. L'affermissement des attributs reconnus aux actes de l'enquête consensuelle.....	114
§ 2 nd L'extension des pouvoirs d'enquête coercitifs.....	116
A. L'extension dans les procédures de droit commun	117
1. L'extension continue des pouvoirs coercitifs de la police anglaise....	117
a. Les perquisitions, fouilles et saisies	117
b. L'arrestation et la détention policières.....	123
2. L'extension continue des pouvoirs coercitifs du ministère public français.....	129
a. L'extension continue du domaine de la coercition dans l'enquête préliminaire.....	130
b. L'extension continue du domaine de l'enquête de flagrance coercitive.....	132
B. L'extension par les procédures spéciales.....	143
1. Les pouvoirs infrajuridictionnels spécifiques en matière de terrorisme	143

a. Les pouvoirs infrajuridictionnels spécifiques en Angleterre.....	144
b. Les pouvoirs infrajuridictionnels spécifiques en France.....	147
2. Les pouvoirs infrajuridictionnels relatifs à la criminalité organisée ...	149
a. Les pouvoirs infrajuridictionnels spécifiques à la criminalité organisée en Angleterre	149
b. Les pouvoirs infrajuridictionnels communs au terrorisme et à la criminalité organisée en France	151
Section 2nde - La consolidation dynamique des pouvoirs d'enquête infrajuridictionnels.....	153
§ 1 ^{er} L'admission de la mutabilité des cadres d'enquête	153
A. Une conception souple de la suspicion.....	154
1. Une conception souple de la nature de la suspicion	154
a. La souplesse du juge anglais.....	154
b. La souplesse du juge français	156
2. L'indifférence à la source des indices caractérisant la suspicion	158
a. L'indifférence du juge anglais	158
b. L'indifférence du juge français.....	159
B. La promotion de la mutabilité des actes et des cadres d'enquête	161
1. La mutabilité des actes et des cadres d'enquête autonomes.....	161
a. La mutabilité des actes d'enquête en Angleterre	161
b. La mutabilité des cadres d'enquête en France	162
2. La mutabilité de l'enquête effectuée sur mandat du juge	163
a. La mutabilité, en Angleterre et en France, des investigations effectuées sur autorisation du juge.....	163
b. La mutabilité, en France, de l'enquête effectuée sur délégation du juge.....	166
§ 2 nd L'admission de la substituabilité de l'appréciation juridictionnelle à l'appréciation policière des cadres d'enquête	172
A. Une substituabilité subordonnée au constat d'une apparence au moment des investigations	172
1. Le constat d'une apparence de flagrance	172
2. L'indifférence quant à la qualification finalement retenue	174
B. Une substituabilité autorisée par le constat d'une culpabilité postérieurement aux investigations.....	177
Chapitre 2nd - L'extension continue des pouvoirs de traitement infrajuridictionnels du ministère public.....	181
Section 1^{ère} - La convergence dans l'attribution des réponses pénales infrajuridictionnelles	183
§ 1 ^{er} La légalisation des réponses pénales infrajuridictionnelles.....	183
A. Les réponses pénales en droit anglais.....	184
1. Le <i>cautioning</i>	184
a. Les <i>warnings</i>	186
b. Les <i>cautions</i>	187
2. Les <i>penalties</i>	191
B. Les réponses pénales en droit français	193
1. La médiation.....	193
2. L'amende forfaitaire	195
§ 2 nd Le durcissement des réponses pénales infrajuridictionnelles	201

A. La création des <i>conditional cautions</i> et des <i>community resolutions</i> en droit anglais	201
1. Les <i>conditional cautions</i>	202
2. Les <i>community resolutions</i>	203
B. L'extension des mesures prévues par l'article 41-1 du code de procédure pénale en droit français	204
Section 2nde - La divergence dans le régime des réponses pénales infrajuridictionnelles	209
§ 1 ^{er} Les réponses pénales et les effets de l'acte juridictionnel	210
A. Le monopole juridictionnel préservé	210
1. La négation, par le juge français, des effets de l'acte juridictionnel ..	210
2. La négation, par le juge anglais, des effets de l'acte juridictionnel	211
B. Le monopole juridictionnel édulcoré	213
1. La distorsion de la méthode de réalisation du <i>jus puniendi</i>	213
2. Les conséquences théoriques et pratiques sur la légalisation de la répression	215
§ 2 nd Les réponses pénales et les attributs de l'acte juridictionnel	217
A. L'exclusion absolue, par le droit français, des attributs de l'acte juridictionnel	218
1. L'exclusion de l'autorité de la chose jugée et de ses corollaires	218
2. L'exclusion des autres attributs de l'acte juridictionnel	222
a. L'exclusion des attributs de la condamnation pénale	222
b. L'exclusion des attributs du non-lieu, de la relaxe ou de l'acquittement au regard de l'effacement des données inscrites au fichier TAJ	224
B. L'admission relative, par le droit anglais, des attributs de l'acte juridictionnel	231
1. La ventilation textuelle des attributs de l'acte juridictionnel	231
2. L'extinction prétorienne du droit de poursuivre	234
Titre 2nd - Une juridictionnalisation préservée sans substance	247
Chapitre 1^{er} - La faiblesse persistante du contrôle du juge de l'autorisation	251
Section 1^{ère} - La faiblesse résultant du domaine du contrôle	252
§ 1 ^{er} La source : les ambiguïtés de la garantie judiciaire	253
A. Les ambiguïtés de la garantie judiciaire dans la jurisprudence conventionnelle	253
1. La garantie judiciaire conventionnelle et les atteintes à la liberté d'aller et venir	253
a. Une garantie solide	254
b. Une garantie tardive	256
2. La garantie judiciaire conventionnelle et les atteintes à la vie privée ..	259
a. Une garantie hésitante dans les procédures de droit commun	259
b. Une garantie assurée dans les procédures spéciales	263
B. Les ambiguïtés de la garantie judiciaire dans la jurisprudence constitutionnelle	265
1. La garantie judiciaire constitutionnelle et les atteintes à la liberté d'aller et venir	266
2. La garantie judiciaire constitutionnelle et les atteintes à la vie privée ..	268

§ 2 nd La portée : le caractère résiduel des pouvoirs exclusivement juridictionnalisés	271
A. Le reliquat de pouvoirs exclusivement juridictionnalisés	272
1. Le reliquat de pouvoirs exclusivement attribués au juge français...272	
a. Le reliquat de pouvoirs exclusivement attribués au juge d'instruction ou subordonnés à l'ouverture d'une instruction préparatoire	272
b. Le caractère accessoire, bien qu'exorbitant, des pouvoirs d'investigation exclusivement conférés au juge des libertés et de la détention	277
2. Le reliquat de pouvoirs exclusivement attribués au juge anglais	278
B. La généralisation des pouvoirs au prolongement juridictionnalisé	284
1. Une juridictionnalisation vecteur de prolongation d'un pouvoir du ministère public	284
2. L'exceptionnalité du besoin de juridictionnalisation ainsi conçue	285
Section 2nde - La faiblesse résultant des modalités du contrôle	286
§ 1 ^{er} un contrôle essentiellement intermittent, <i>a priori</i> et <i>ex parte</i>	287
A. Les modalités de principe du contrôle	287
1. En Angleterre	287
2. En France	290
B. Les exceptions limitées aux modalités de principe	293
1. Les exceptions au caractère <i>a priori</i> du contrôle	293
2. Les exceptions au caractère <i>ex parte</i> du contrôle	294
§ 2 nd Un contrôle de faible intensité	295
A. Un juge peu incité à contrôler véritablement la nécessité de la coercition	295
1. La faible incitation du juge anglais à contrôler la nécessité de la coercition	295
2. La faible incitation du juge français à contrôler la nécessité de la coercition	297
B. L'impossibilité pour le juge de contrôler véritablement la nécessité de la coercition	299
Chapitre 2nd - L'affaiblissement grandissant du contrôle du juge de l'annulation	301
Section 1^{ère} - Un contrôle limité dans le cadre de la juridiction contentieuse ...	303
§ 1 ^{er} Un contrôle récemment consacré	303
A. L'antagonisme historique des systèmes	303
1. La défaveur traditionnelle du <i>common law</i> à l'encontre de l'exclusion des preuves obtenues illégalement	304
2. La faveur traditionnelle du droit français à l'égard de la nullité des preuves obtenues illégalement	308
B. La convergence contemporaine des systèmes	312
1. L'impact relatif du <i>PACE</i> et le cantonnement de l'exclusion de la preuve par le juge anglais	312
2. Le cantonnement prétorien des nullités de l'enquête par le juge français	320
§ 2 nd Un contrôle toujours défectueux	321
A. Les conditions du contrôle	321
1. L'impossibilité pour le juge de relever d'office la nullité	322

2. La subordination, en France, de l'examen de la requête en nullité à la qualité à agir	323
a. Une question non discutée en Angleterre	323
b. Une question renaissante en droit français	324
B. La portée du contrôle.....	331
1. La portée technique : la divergence apparente des systèmes sur la portée de l'irrégularité.....	331
a. Le rejet de la doctrine du « fruit de l'arbre empoisonné » par le juge anglais	331
b. La consécration de la théorie de l'acte « support nécessaire » par le juge français.....	332
2. La portée éthique : un contrôle effectué par le juge de la culpabilité	336
a. Le système anglais	336
b. Le système français	339
Section 2nde - Un contrôle évincé dans le cadre de la juridiction non-contentieuse	341
§ 1 ^{er} L'éviction du contrôle par l'inversion du contentieux	341
A. Le développement continu du champ de l'ordonnance pénale	343
B. Le développement illimité de l'ordonnance pénale ?	347
§ 2 nd L'éviction du contrôle par l'éviction du contentieux	348
A. L'officialisation convergente du procès non-contentieux.....	348
1. L'officialisation du procès non-contentieux en Angleterre.....	348
a. L'officialisation du <i>guilty plea</i>	349
b. La consécration du <i>Deferred Prosecution Agreement</i>	353
2. La consécration du procès non-contentieux en France.....	360
a. La transaction pénale policière et la composition pénale.....	360
b. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité	365
B. L'éviction corrélative du contentieux de l'annulation.....	369
1. Une éviction assumée en Angleterre	369
2. Une éviction renforcée en France.....	370

Seconde partie - La juridictionnalisation, épreuve pour le ministère public..... 383

Titre 1^{er} - Les impasses de la juridictionnalisation de l'institution du ministère public387

Chapitre 1^{er} - Conférer l'indépendance au ministère public ?..... 391

Section 1^{ère} - L'organisation divergente des ministères publics394 français et anglais

§ 1^{er} La situation statutaire des officiers du ministère public en France et en Angleterre

A. La situation statutaire antagonique du procureur français et du *CPS* anglais

1. L'officier du ministère public français, un magistrat relativement exposé

2. Le *Crown Prosecutor* anglais, un fonctionnaire relativement protégé ...

B. La situation statutaire originale de la police anglaise.....

1. Le statut des forces de police françaises

2. Le statut des forces de police anglaises

§ 2 nd La situation juridique des officiers du ministère public en France et en Angleterre	419
A. La subordination hiérarchique traditionnelle en France	419
1. La subordination juridique traditionnelle des officiers du ministère public.....	419
2. L'accroissement contemporain relatif de l'autonomie fonctionnelle des officiers du ministère public	423
B. L'autonomie traditionnelle en Angleterre	427
1. L'autonomie fonctionnelle du <i>Crown Prosecutor</i>	428
2. L'autonomie traditionnelle de la police anglaise : la doctrine de la <i>Constabulary Independence</i>	435
Section 2nde - La portée convergente de l'organisation des ministères publics français et anglais	442
§ 1 ^{er} La portée de l'organisation du ministère public <i>de lege lata</i>	442
A. Les correctifs aux principes respectifs régissant le déclenchement des poursuites	443
1. L'insubordination fonctionnelle organisée du procureur français : le pouvoir propre du chef de parquet et l'indivisibilité du ministère public français	444
2. La subordination fonctionnelle organisée du <i>Crown Prosecutor</i> : les pouvoirs d'intervention et d'opposition des <i>Law Officers of the Crown</i>	445
B. Les correctifs aux principes respectifs régissant l'exercice des poursuites	452
1. La liberté de parole du magistrat du ministère public en France	452
2. L'indépendance encadrée des <i>barristers</i> à l'audience.....	455
§ 2 nd La portée de l'organisation du ministère public <i>de lege ferenda</i>	457
A. L'indépendance du ministère public, une solution putative	458
1. La valeur de l'indépendance du ministère public en droit comparé ..	460
2. La valeur de l'indépendance du ministère public au regard des exigences européennes	462
B. L'indépendance du ministère public, une solution ambiguë.....	465
Chapitre 2nd - Garantir l'impartialité du ministère public ?	471
Section 1^{ère} - L'insuffisance des consécutions positives	474
§ 1 ^{er} L'affirmation de l'impartialité du ministère public	474
A. L'affirmation de l'impartialité de l'enquêteur.....	474
1. La soumission de l'enquêteur au principe d'impartialité en France...	474
2. La soumission de l'enquêteur au principe d'impartialité en Angleterre	476
B. L'affirmation de l'impartialité du poursuivant	478
1. La soumission fragmentaire du procureur au principe d'impartialité en France	479
2. La soumission complète du <i>Crown Prosecutor</i> au principe d'impartialité en Angleterre.....	480
§ 2 nd Les garanties parcellaires de l'impartialité du ministère public	482
A. La convergence négative : le rejet de la récusabilité du ministère public	483
1. Une absence cohérente en Angleterre.....	483
2. Une absence discutabile en France	484

B. La divergence positive : protection juridictionnelle ou renforcement des droits de la défense.....	487
1. L'ouverture, en Angleterre, de la <i>judicial review</i> ou de l' <i>abuse of process</i>	487
a. La <i>judicial review</i> et la sanction de l'inaction partielle du ministère public.....	488
b. L' <i>abuse of process</i> et la sanction de l'action partielle du ministère public.....	491
2. L'amélioration, en France, des droits de la défense lors du déférement devant le procureur.....	495
a. L'immunité traditionnelle de l'action et de l'inaction du parquet : l'absence de contrôle de l'excès de pouvoir et de la recevabilité de l'action par les juges administratif et judiciaire.....	495
b. Le palliatif : le renforcement des droits de la défense.....	496
Section 2nd - Les contradictions des hésitations prospectives.....	499
§ 1 ^{er} La tentation séparatiste : le retranchement de l'enquête des fonctions du ministère public français.....	500
A. La contestation contemporaine en France du cumul des fonctions d'enquête et de poursuite entre les mains du procureur.....	501
B. La contestation traditionnelle en Angleterre du cumul des fonctions d'enquête et de poursuite entre les mains de la police.....	503
1. La théorie du séparatisme en Angleterre.....	503
a. Les modalités théoriques de la suppression du cumul fonctionnel entre les mains de la police : séparation ou distribution des fonctions d'enquête et de poursuite.....	504
b. Le contenu de la réforme : distribution des fonctions et spécialisation du poursuivant.....	507
2. L'expérience du séparatisme en Angleterre.....	508
a. La faiblesse initiale du <i>CPS</i>	508
b. Les voies possibles d'un renforcement du <i>CPS</i>	515
§ 2 nd L'illusion séparatiste : l'impartialité implique la réversibilité.....	520
A. Les ambiguïtés de la séparation des fonctions.....	521
1. La théorie de la séparation des fonctions de justice.....	521
2. Critique de la théorie de la séparation des fonctions de justice.....	526
a. L'obscurcissement téléologique.....	526
b. Le flottement critériologique.....	528
B. L'antinomie de la spécialisation d'un organe avec sa fonction de contrôle.....	533
Titre 2nd - La restauration nécessaire de la juridictionnalisation des fonctions du ministère public.....	541
Chapitre 1^{er} - L'inadaptation des seules sanctions substantielles des dysfonctions du ministère public.....	545
Section 1^{ère} - La responsabilité civile : garantie inadaptée de la régularité de l'action du ministère public.....	546
§ 1 ^{er} Les <i>torts remedies</i> du droit anglais.....	546
A. La force apparente du <i>tort law</i>	547
1. La multiplicité des <i>torts</i>	547
2. La nature potentiellement punitive de la dette de réparation.....	553

B. L'insuffisance véritable des <i>torts</i>	556
1. Le caractère limitatif des <i>torts</i>	556
2. La détermination stricte du créancier et du débiteur de la dette de réparation	557
§ 2 nd La responsabilité civile du policier, du gendarme et du magistrat du parquet en droit français	558
A. La lente émergence d'une responsabilité pécuniaire effective.....	559
1. L'irresponsabilité historique de fait.....	559
2. La consécration de la responsabilité de l'Etat : la jurisprudence <i>Epoux Giry</i> et la loi du 5 juillet 1972.....	561
B. La responsabilité du policier, du gendarme et du magistrat du parquet en droit positif	564
1. L'action contre l'Etat.....	564
2. L'action contre l'agent.....	566
Section 2nde - La responsabilité pénale : garantie limitée de la régularité de l'action du ministère public	567
§ 1 ^{er} Un encadrement pénal substantiel relatif.....	567
A. Des incriminations limitées.....	568
B. Des infractions intentionnelles	570
§ 2 nd Un particularisme processuel peu attractif.....	572
A. Le particularisme processuel du droit anglais	572
B. Le particularisme processuel du droit français.....	574
1. L'exception préjudicielle à la mise en mouvement de l'action publique	574
2. Le privilège de juridiction.....	576
Chapitre 2nd - La réinscription nécessaire des fonctions du ministère public dans la juridictionnalisation.....	581
Section 1^{ère} - Les principes de la réinscription.....	592
§ 1 ^{er} Retenir les enseignements des autres procès	593
A. Le modèle civiliste de juridiction préparatoire et provisoire	593
1. La requête unilatérale et les mesures d'instruction en matière civile .	593
2. La mise en état des affaires civiles.....	598
B. Le modèle civiliste de juridiction définitive gracieuse et monitoire.....	605
1. La juridiction gracieuse : la protection juridictionnelle dans l'éviction du contentieux	605
2. L'injonction de payer : la protection juridictionnelle monitoire dans l'inversion du contentieux.....	610
§ 2 nd Appliquer les enseignements pour construire un autre procès pénal	614
A. La juridiction préparatoire : un contentieux progressif.....	614
1. Des pouvoirs d'enquête juridictionnalisés sensiblement identiques ..	615
2. Des modalités de la juridictionnalisation préparatoire renouvelées...	616
B. La juridiction préliminaire : un contentieux obligatoire	617
1. Le contrôle de la légalité des investigations : un contentieux obligatoire	620
2. Le contrôle de la reconnaissance de culpabilité : un office gracieux .	621
Section 2nde - Les entraves à la réinscription	624
§ 1 ^{er} Les entraves théoriques au principe de la juridictionnalisation	625

A. La résurgence de l'inquisitoire.....	625
B. La suffisance du contradictoire	630
1. La cause du malentendu : le ministère public non plus instrument mais destinataire du contradictoire.....	631
2. La conséquence : la réduction du contradictoire aux droits de la défense.....	632
§ 2 nd Les résistances pratiques au principe de la juridictionnalisation.....	634
Conclusion générale	645
Bibliographie	649
Index alphabétique	729
Table des matières	737