



COUR DE CASSATION

**AVIS de M. DESPORTES,
PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL**

Arrêt n° 671 (B-R) du 28 juillet 2023 – Assemblée plénière

Pourvoi n° 22-85.784, 21-86.418, 22-83.930, 21-87.457, 22-80.634, 22-83.929, 22-81.029, 22-83.949

Décisions attaquées : CJR - arrêt du 3 octobre 2022 ; arrêts des 3 novembre 2021 et 14 juin 2022 ; ordonnance du 17 août 2021 ; arrêts des 26 janvier 2022, 9 février 2022 et 14 juin 2022

**M. [B] [P]
C/**

PLAN

Faits et procédure	4
- L'information.....	4
- Les pourvois.....	4
- Observation générale sur l'examen des pourvois.....	5
I.- Pourvois formés contre les arrêts statuant sur les requêtes en nullités	6
I.1.- Examen du pourvoi n° 21-86.418 contre l'arrêt du 3 novembre 2021	6
I.1.1.- Défaut d'impartialité fonctionnelle de la commission d'instruction (1er moyen).....	6
I.1.2.- Consultation d'un tiers induisant une atteinte à l'impartialité (2ème moyen).....	8
I.1.3.- Irrecevabilité des plaintes de l'association Anticor et des syndicats de magistrats (4ème moyen).....	9
I.1.3.1.- <i>Processus de saisine de la commission d'instruction et questions posées</i>	9
I.1.3.2.- <i>Recevabilité de la demande d'annulation tirée de l'irrecevabilité des plaintes</i>	11
I.1.3.3.- <i>Observations relatives aux conditions de recevabilité des plaintes</i>	14
I.1.3.4.- <i>Question de la recevabilité de la plainte de l'association Anticor</i>	14
I.1.3.5.- <i>Question de la recevabilité de la plainte conjointe des syndicats</i>	19
I.1.3.6.- <i>Des plaintes dont l'irrecevabilité serait sans conséquence sur la régularité des poursuites</i>	24
I.1.3.7.- <i>Conclusion</i>	27
I.1.4.- Défaut d'impartialité du procureur général près la Cour de cassation (5ème moyen).....	27
I.1.4.1.- <i>Délimitation du moyen de cassation</i>	27
I.1.4.2.- <i>Appréciation du moyen de cassation</i>	28
I.1.5.- Absence de communication du procès-verbal d'audition de Mme [K] (3ème moyen).....	31
I.1.6.- Irrégularité des recherches préalables à la saisine (6ème moyen).....	33
I.1.6.1.- <i>Demande du procureur général aux fins de communication des pièces d'une procédure antérieure</i>	33
I.1.6.2.- <i>Appréciation au regard de l'article 15 de la loi organique</i>	33
I.1.7.- Irrégularité du réquisitoire aux fins d'informer non signé par le procureur général (7ème moyen).....	36
I.1.8.- Inconstitutionnalité des textes fondant la perquisition (8ème moyen).....	38
I.1.9.- Caractère disproportionné de la perquisition (9ème moyen).....	39
I.1.9.1.- <i>Nouveauté du moyen en tant qu'il est pris de la violation de l'article 8 de la CESDH</i>	39
I.1.9.2.- <i>Appréciation du moyen en tant qu'il est pris d'une atteinte disproportionnée à la séparation des pouvoirs</i>	39
I.1.10.- Irrégularités commises au cours de la perquisition (10ème moyen).....	44
I.1.10.1.- <i>Défaut de signature de chaque feuillet du procès-verbal de perquisition</i>	44
I.1.10.2.- <i>Recueil irrégulier de déclarations</i>	46
I.1.10.3.- <i>Prise de photos non mentionnée au procès-verbal</i>	48
I.1.10.4.- <i>Participation d'une greffière au tri des documents</i>	49
I.1.10.5.- <i>Méconnaissance de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme</i>	56
I.2.- Examen du pourvoi n° 22-83.930 contre l'arrêt n° 3 du 14 juin 2022	56
I.2.1.- Des moyens identiques à ceux rejetés par l'arrêt du 3 novembre 2021.....	56
I.2.1.1.- <i>Réitération des moyens de nullité</i>	56
I.2.1.2.- <i>Admission de la recevabilité des moyens par la commission d'instruction</i>	57
I.2.2.- Des moyens qui auraient dû être déclarés irrecevables.....	57
I.2.2.1.- <i>Irrecevabilité tirée de l'article 173-1 du code de procédure pénale</i>	57
I.2.2.2.- <i>Autorité de la chose jugée</i>	60
I.2.3.- Proposition de cassation sans renvoi.....	60
II.- Pourvois formés contre les décisions rendues sur les demandes d'actes	61
II.1.- Observations liminaires sur la recevabilité des pourvois et le contrôle de la Cour de cassation	61
II.2.- Pourvoi n° 22-80.634 contre l'arrêt du 26 janvier 2022 rejetant la demande d'exploitation de factures téléphoniques	62
II.3.- Pourvois n° 22-81.029, 22-83.929 et 22-83.949 contre les arrêts rejetant des demandes d'audition de témoins	62
II.3.1.- Observation préalable relative au droit de faire interroger les témoins.....	62

II.3.2.- Pourvoi n° 22-81.029 contre l'arrêt du 9 février 2022 rejetant la demande d'audition de M. [O].....	63
II.3.3.- Pourvoi n° 22-83.929 contre l'arrêt n° 1 du 14 juin 2022 rejetant la demande d'audition de M. [HO]	64
II.3.4.- Pourvoi n° 22-83.949 contre l'arrêt n° 2 du 14 juin 2022 rejetant la demande d'audition de Mme [A]	65
II.4.- Pourvoi n° 21-87.457 contre l'ordonnance du 17 août 2021 rendue sur la demande d'audition du procureur général en qualité de témoin	65
II.4.1.- Procédure suivie	65
II.4.1.1.- Demande d'audition et son rejet par ordonnance du 17 août 2021	65
II.4.1.2.- Cassation de l'arrêt rendu en appel et ouverture du pourvoi contre l'ordonnance ...	66
II.4.1.3.- Moyens de cassation proposés contre l'ordonnance	66
II.4.2.- Un pourvoi devenu sans objet.....	67
II.4.3.- Proposition subsidiaire de cassation sans renvoi sur le premier moyen	68
II.4.3.1.- Une décision improprement qualifiée et rendue sans audience préalable.....	68
II.4.3.2.- Absence de textes imposant la tenue d'une audience	69
II.4.3.3.- Arguments militant en faveur de la nécessité de tenir une audience	70
II.4.3.4.- Proposition de cassation sans renvoi	71
III.- Pourvoi n° 22-85.784 formé contre l'arrêt de règlement du 3 octobre 2022	72
III.1.- Défaut de notification du droit de se taire et questions posées.....	72
III.2.- Nécessité de la notification devant la commission d'instruction saisie du règlement .	72
III.2.1.- Une notification imposée devant la chambre de l'instruction	72
III.2.2.- Une notification s'imposant également devant la commission d'instruction	74
III.2.2.1.- Fondement de l'obligation devant la commission d'instruction	74
III.2.2.2.- Des spécificités procédurales ne justifiant pas une solution dérogatoire	74
III.3.- Un défaut de notification exclusif de tout grief	77
III.3.1.- Règles applicables devant la chambre de l'instruction	77
III.3.1.1.- Principe : une irrégularité faisant nécessairement grief	77
III.3.1.2.- Tempéraments au principe	77
III.3.1.3.- Synthèse	78
III.3.2.- Mise en oeuvre des solutions dans les circonstances de l'espèce.....	79
III.3.2.1.- Déroulement de l'audience et délimitation de la question	79
III.3.2.2.- Des circonstances excluant nécessairement l'existence d'un grief.....	80
Conclusion.....	81

FAITS ET PROCEDURE

- L'information

Par une décision du 8 janvier 2021 prise en application de l'article 16 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993, la commission des requêtes près la Cour de justice de la République a transmis au procureur général près la Cour de cassation trois plaintes émanant respectivement de l'association Anticor, du Syndicat de la magistrature et de l'Union syndicale des magistrats aux fins d'ouvrir une information devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, sur le fondement de l'article 432-12 du code pénal, à l'encontre de M. [B] [P], nommé garde des sceaux le 6 juillet 2020, pour des faits de prise illégale d'intérêts qu'il aurait commis, courant 2020, dans l'exercice de ses fonctions ministérielles.

Par cette même décision, la commission des requêtes, en application de l'article 17 de la loi organique, a donné un avis favorable à la demande du procureur général tendant à la saisine de la commission d'instruction du même chef et à raison des mêmes faits.

En substance, il était reproché à M. [P] d'avoir ordonné une enquête administrative à l'égard de trois magistrats du parquet national financier (PNF) – Mme [BU] [BV], Mme [S] [T] et M. [Q] [R] - et d'un magistrat ayant été en poste à [Localité 3] - M. [G] - alors que, dans l'exercice antérieur de sa profession d'avocat, il avait, d'une part, contesté des investigations conduites à son égard par les premiers tendant à l'exploitation de ses factures téléphoniques ou "fadettes" et, d'autre part, assisté une personne ayant déposé plainte contre le second et une autre ayant été mise en examen par lui.

Conformément à la décision de la commission des requêtes et dans les termes de cette décision, le procureur général près la Cour de cassation a saisi la commission d'instruction par un réquisitoire aux fins d'informer du 13 janvier 2021.

M. [P] a été mis en examen du chef précité le 16 juillet 2021.

Au terme de l'information, au cours de laquelle elle a procédé à plusieurs auditions ainsi que, le 1^{er} juillet 2021, à une perquisition au siège du ministère de la justice, la commission d'instruction, par arrêt du 3 octobre 2022, a ordonné le renvoi de M. [P] devant la Cour de justice de la République du chef de prise illégale d'intérêts, en raison de l'ensemble des faits lui étant reprochés.

- Les pourvois

Plusieurs décisions rendues par la commission d'instruction au cours de l'information ont fait l'objet, par M. [P], d'un pourvoi en cassation.

Il s'agit d'abord des deux arrêts par lesquels la commission d'instruction a rejeté chacune des deux requêtes en nullité présentées par lui, soit :

- l'arrêt du 23 novembre 2021, objet du pourvoi n° 21-86.418 ;
- l'arrêt, n° 3 du 14 juin 2022, objet du pourvoi n° 22-83.930.

Il s'agit par ailleurs des décisions par lesquelles la commission d'instruction a refusé ou n'a pas donné suite aux demandes d'actes dont il l'avait saisie, soit :

- l'ordonnance du 17 août 2021 ne faisant pas droit à sa demande tendant à l'audition de M. François Molins, procureur général près la Cour de cassation, objet du pourvoi n° 21-87.457;

- l'arrêt du 26 janvier 2022 rejetant la demande d'exploitation des factures téléphoniques du procureur général, objet du pourvoi n° 22-80.634 ;
- l'arrêt du 9 février 2022 rejetant, notamment, la demande d'audition de M. [A] [O], objet du pourvoi n° 22-81.029 ;
- l'arrêt n° 1 du 14 juin 2022 rejetant la demande d'audition de M. [G] [HO], objet du pourvoi n° 22-83.929 ;
- l'arrêt n° 2 du 14 juin 2022 rejetant la demande d'audition de Mme [C] [A], objet du pourvoi n° 22-83.949.

En outre, M. [P] s'est pourvu contre l'arrêt précité du 3 octobre 2022 par lequel la commission d'instruction a ordonné son renvoi devant la Cour de justice de la République. Cet arrêt fait l'objet du pourvoi n° 22-85.784.

- Observation générale sur l'examen des pourvois

Comme l'énonce l'article 570 du code de procédure pénale, l'examen immédiat des pourvois formés contre des décisions avant-dire droit ne mettant pas fin à la procédure n'est pas de droit. Il doit avoir été prescrit, d'office ou sur la requête du demandeur, par le président de la chambre criminelle ou, lorsque, comme en l'espèce, les pourvois sont portés devant l'Assemblée plénière, par le premier président de la Cour de cassation. Au cas présent, les requêtes de M. [P] aux fins d'examen immédiat des pourvois formés par lui contre les sept décisions rendues sur ses demandes d'annulation d'actes de la procédure et ses demandes d'actes d'investigation ont toutes été rejetées par le président de chambre remplaçant la première présidente.

Conformément à l'article précité, dès lors que ces pourvois n'ont pas fait l'objet d'un examen immédiat, ils doivent être examinés en même temps que le pourvoi formé contre « l'arrêt sur le fond » que constitue l'arrêt du 3 octobre 2022 renvoyant M. [P] devant la Cour de justice de la République¹.

Précisons encore qu'à l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt de renvoi, M. [P] vous a soumis une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) que, par arrêt du 17 février 2023², vous avez transmise au Conseil constitutionnel. Cette QPC se rapportait à un même moyen de cassation proposé au soutien des pourvois formés contre les arrêts des 3 novembre 2021 et 14 juin 2022 (n° 3) et relatif à la régularité de la perquisition conduite au sein du ministère de la justice. Par sa décision n° 2023-1046 QPC du 21 avril 2023, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions contestées conformes à la Constitution.

Sans respecter strictement l'ordre chronologique, seront examinés d'abord les pourvois dirigés contre les arrêts statuant sur les requêtes en nullité, ensuite ceux statuant sur les demandes d'actes et, enfin, le pourvoi dirigé contre l'arrêt de renvoi.

¹ Il résulte de la jurisprudence de votre Assemblée plénière que les pourvois formés contre les arrêts de renvoi de la commission d'instruction sont soumis à un régime semblable à celui applicable, en droit commun, aux arrêts de mise en accusation. Leur recevabilité n'est donc pas subordonnée aux conditions prévues à l'article 574 du code de procédure pénale applicable aux arrêts de renvoi devant le tribunal correctionnel et, contrairement à la solution retenue à l'égard de ces arrêts (v. Crim. 20 févr. 2019, n° 18-86.897, 17-86.951, B. n° 42 ; Crim. 20 avr. 2022, n° 12-85.641, 22-80.906, 19-81.886), ils doivent être regardés comme des arrêts sur le fond au sens de l'article 570 du CPP (v. not. : Ass. plén., 13 mars 2020, n° 19-86.609 ; Ass. plén., 21 déc. 2021, n° 21-85.560, sol. impl.).

² Ass. plén., 17 févr. 2023, n° 22-83.930, 21-86.418, 22-85.784

I. POURVOIS FORMÉS CONTRE LES ARRÊTS STATUANT SUR LES REQUÊTES EN NULLITES

La commission d’instruction a été saisie de deux requêtes en nullité : l’une du 7 septembre 2021 (D1167) qu’elle a rejetée par son arrêt du 3 novembre 2021 frappé du pourvoi n° 21-86.418, et l’autre, du 29 avril 2022 (D1734), qu’elle a rejetée par son arrêt n° 3 du 14 juin 2022, frappé du pourvoi n° 22-83.930.

I.1. Examen du pourvoi n° 21-86.418 contre l’arrêt du 3 novembre 2021

La recevabilité de la requête en nullité du 7 septembre 2021, présentée en cours d’information, doit être admise bien qu’elle ait pu donner lieu à des interrogations rétrospectives lors de la présentation de la seconde requête. Ces interrogations seront évoquées lors de l’examen du pourvoi formé contre l’arrêt n° 3 du 14 juin 2022 ayant rejeté celle-ci (*infra*, I.2). La requête du 7 septembre 2021 tendait à l’annulation de la totalité des actes de la procédure en raison de l’irrégularité de la saisine de la commission d’instruction résultant, d’une part, de l’irrecevabilité des plaintes déposées devant la commission des requêtes et, d’autre part, de l’irrégularité des actes du ministère public tenant à l’absence d’impartialité du procureur général près la Cour de cassation et au défaut de signature, par le procureur général lui-même, du réquisitoire aux fins d’informer. Subsidiairement, le requérant contestait l’accomplissement, par le procureur général, d’investigations ressortissant à la compétence de la commission des requêtes ainsi que la régularité de la perquisition effectuée au ministère de la justice. Plus subsidiairement encore, il demandait l’annulation de sa mise en examen en l’absence d’indices graves ou concordants.

Le demandeur propose dix moyens de cassation à l’encontre de l’arrêt précité par lequel la commission d’instruction a rejeté l’ensemble de ses demandes d’annulation. Ils ne seront pas nécessairement examinés dans l’ordre de leur présentation, l’examen de certains pouvant commander la réponse appelée par d’autres.

I.1.1. Défaut d’impartialité fonctionnelle de la commission d’instruction (1er moyen)

Le premier moyen de cassation proposé par le demandeur est tiré de la méconnaissance de l’exigence d’impartialité énoncée à l’article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et à l’article préliminaire du code de procédure pénale ainsi que des dispositions combinées des articles 4, 6 et 11 de la loi organique du 23 novembre 1993 relatives à la récusation des membres de la commission d’instruction.

Le demandeur fait valoir, pour la première fois devant vous, que les magistrats composant la commission d’instruction ne pouvaient siéger sans que soit méconnue l’exigence d’impartialité dès lors qu’ils avaient accompli eux-mêmes ou fait accomplir les actes faisant l’objet de la requête en nullité.

Il est constant que, lorsqu’elle est saisie d’une requête en nullité, la commission d’instruction est appelée à apprécier la régularité de ses propres actes ou de ceux qu’elle a fait accomplir. Cette confusion des fonctions d’instruction et de contrôle de l’instruction trouve son fondement dans l’article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993 qui donne compétence à la commission d’instruction pour connaître des demandes d’annulation d’actes de la procédure.

Par votre arrêt du 6 juin 2003³, afin d'écarter le moyen tiré de l'atteinte à l'exigence d'impartialité pouvant résulter d'un tel dispositif, vous avez jugé que *"ne méconnaît pas les garanties de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme l'arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République statuant sur la régularité des actes de l'information qu'elle a conduite, en application de l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993, dès lors qu'elle prononce sous le contrôle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ayant, en la matière, pleine compétence pour statuer en fait et en droit"*. Vous avez donc considéré que l'exigence conventionnelle d'un recours effectif devant une juridiction indépendante et impartiale était satisfaite par l'ouverture d'un pourvoi en cassation porté devant votre Assemblée plénière qui dispose alors d'un pouvoir de "pleine juridiction". En raison de l'existence de ce contrôle, la circonstance que, sur un recours préalable, la commission d'instruction soit appelée à statuer sur la régularité de ses propres actes ou de ceux exécutés sur sa délégation apparaît indifférente.

Vous avez réaffirmé cette solution dans les mêmes termes par votre arrêt du 13 mars 2020⁵. Invoquant certains motifs de cet arrêt, le demandeur soutient que la solution ainsi énoncée n'aurait vocation à s'appliquer que dans le cas où, avant l'audience de la commission d'instruction, aucune demande de récusation n'aurait été présentée selon la procédure prévue à l'article 4 de la loi organique du 23 novembre 1993 auquel renvoie l'article 11 de la même loi, relatif à la composition de la commission d'instruction. A l'inverse, selon lui, en cas de présentation d'une telle demande, les membres de la commission d'instruction devraient être remplacés par leurs suppléants pour que soit assuré le respect du principe d'impartialité. Faisant valoir qu'en l'espèce, il a présenté une demande de récusation le 11 octobre 2021, soit deux jours avant la tenue, le 13 octobre, de l'audience de la commission d'instruction sur la requête en nullité (D 1117), le demandeur soutient que les membres de celle-ci auraient dû se faire substituer.

En réalité, l'arrêt précité du 13 mars 2020 n'a pas le sens que lui prête le demandeur. D'abord, ce n'est pas votre Cour mais la commission d'instruction, dont la décision était reproduite par votre arrêt, qui, pour écarter l'argumentation du requérant tirée de l'irrégularité de sa composition, avait alors déclaré cette demande irrecevable en retenant que l'intéressé aurait dû contester l'impartialité de ses membres en présentant une demande de récusation selon la procédure prévue par la loi organique⁶. Ensuite et en tout état de cause, il ne résulte pas de cette décision que, pour la commission, la présentation d'une telle demande aurait suffi à établir l'irrégularité de sa composition mais seulement que la contestation eût été recevable.

Quoi qu'il en soit, ce n'est pas pour le motif tenant à l'irrecevabilité de la demande que, par son arrêt du 13 mars 2020, votre Assemblée plénière a approuvé la décision de la commission d'instruction d'écarter le grief tiré d'un défaut d'impartialité. Comme cela a été indiqué vous vous êtes fondés, pour justifier ce rejet, sur le principe, qui avait déjà été

³ Ass. Plén., 6 juin 2003, n° 01-97.092 et 03-80.734, Bull. AP, n° 2 ; BICC 1^{er} août 2013, n° 582, rapp. B. Challe ; avis R. de Gouttes ; JCP G 2003, IV, 2327 ; D. 2003, inf. rap. p. 1666 ; Gaz. Pal. 20-22 juin 2004, p. 1939, note Y. Monnet ; Ann. dr. eur., vol. I, 2003, p. 757, chron. D. Roets

⁴ Ass. Plén., 6 juin 2003, n° 01-97.092 et 03-80.734, Bull. AP, n° 2 ; BICC 1^{er} août 2013, n° 582, rapp. B. Challe ; avis R. de Gouttes ; JCP G 2003, IV, 2327 ; D. 2003, inf. rap. p. 1666 ; Gaz. Pal. 20-22 juin 2004, p. 1939, note Y. Monnet ; Ann. dr. eur., vol. I, 2003, p. 757, chron. D. Roets

⁵ Ass. plén., 13 mars 2020, n° 19-86.609

⁶ Motif reproduit en ces termes par votre arrêt du 13 mars 2020 : *"25. Pour déclarer irrecevable la demande formée par M. B. tendant à ce que la requête en nullité de sa mise en examen soit examinée par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, statuant dans une composition différente de celle ayant prononcé cette mise en examen, le 29 mai 2017, la commission retient que la loi organique prévoit une disposition particulière pour la récusation qui n'a pas été mise en œuvre."*

énoncé par votre arrêt du 6 juin 2003, selon lequel la confusion, au sein de la commission d'instruction, des fonctions d'instruction et de contrôle de l'instruction ne heurte pas l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en raison du contrôle en fait et en droit assuré par l'Assemblée plénière⁷. La solution a d'ailleurs été rappelée en l'espèce dans l'ordonnance du 15 octobre 2021 par laquelle la présidente de chambre substituant la première présidente a rejeté la demande de récusation (D1182).

Le moyen se heurtant à la jurisprudence constante de l'Assemblée plénière, nous concluons à sa non admission, conformément à la proposition de votre rapporteure.

I.1.2. Consultation d'un tiers induisant une atteinte à l'impartialité (2ème moyen)

Le deuxième moyen de cassation, tiré de la violation de l'exigence d'impartialité énoncée à l'articles 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ainsi qu'à l'article préliminaire du code de procédure pénale, fait grief à la commission d'instruction d'avoir "*rejeté la requête en nullité en ayant consulté un magistrat extérieur à la Cour de justice de la République.*"

Le demandeur expose qu'il ressort des éléments du dossier qu'au cours du délibéré, la commission d'instruction ou sa présidente aurait consulté M. [G] [HO], magistrat honoraire et ancien président de la Cour de justice de la République, auteur, notamment, d'une monographie sur cette juridiction. Il soutient qu'à supposer même qu'elle ait été exclusivement juridique, cette consultation crée un doute légitime quant à l'impartialité de la juridiction dès lors qu'elle a été effectuée de manière non contradictoire et "*sans possibilité de faire entendre M. [HO], une demande d'acte présentée en ce sens ayant été rejetée*"⁸.

La contestation est élevée pour la première fois devant vous. Elle n'a déterminé aucune requête en récusation avant l'audience des débats tenue devant la chambre de l'instruction et n'a pas davantage été soumise à celle-ci lors de cette audience. Elle apparaît néanmoins recevable dès lors que l'atteinte à l'impartialité dénoncée par le demandeur aurait été révélée par la publication, dans la revue *AJ pénal* du mois de décembre 2021, d'un entretien accordé par M. [HO] le 22 novembre 2021 au cours duquel celui-ci a déclaré avoir été "auditionné" par la commission d'instruction qui souhaitait savoir s'il convenait de statuer immédiatement sur les requêtes en nullité ou s'il convenait d'attendre la fin de l'instruction, question que, d'ailleurs, nous aurons à évoquer lors de l'examen de la seconde requête en nullité (*infra*, I.2). L'atteinte à l'impartialité qui, selon le demandeur, résulterait de cette consultation a ultérieurement déterminé la présentation par lui, le 21 janvier 2022, soit plusieurs mois après le prononcé de l'arrêt attaqué, d'une demande aux fins de récusation des membres titulaires de la commission d'instruction et de sursis à la continuation de l'information. Cette demande a été rejetée par une ordonnance du 4 février 2022 de la présidente de chambre suppléant la première présidente (D1489).

Bien que les termes utilisés par M. [HO] dans l'entretien qu'il a accordé à la revue *AJ pénal* puissent prêter à confusion, il est clair que la commission d'instruction a procédé, non à son audition mais à une consultation informelle sur le sens et la portée de certaines dispositions de procédure pénale. Par son avis, M. [HO] s'est borné à proposer une interprétation des

⁷ Les § 28 et 29 de votre arrêt du 13 mars 2020 sont ainsi rédigés : "28. En se déterminant ainsi, la commission de l'instruction a justifié sa décision. / 29. En effet, ne méconnaît pas les garanties de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, l'arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République statuant sur la régularité des actes de l'information qu'elle a conduite, en application de l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993, dès lors qu'elle se prononce sous le contrôle de l'assemblée plénière de la Cour de cassation ayant, en la matière, pleine compétence pour statuer en fait et en droit."

⁸ Ce rejet fait l'objet du pourvoi n° 22-83.929 (*infra*, II.2.3)

textes. Outre que, comme l'a relevé l'ordonnance précitée ayant rejeté la demande de récusation, cette consultation n'a emporté par elle-même aucune atteinte à l'impartialité, le grief tiré d'une telle atteinte apparaît inopérant en l'état de la jurisprudence de votre Assemblée plénière rappelée lors de l'examen du premier moyen. Nous concluons donc également à la non admission de ce deuxième moyen, conformément à la proposition de votre rapporteure.

I.1.3.- Irrecevabilité des plaintes de l'association Anticor et des syndicats de magistrats (4ème moyen)

Dans son quatrième moyen en six branches, le demandeur fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté son argumentation tirée de l'irrecevabilité des plaintes à l'origine de la saisine de la commission d'instruction.

I.1.3.1.- Processus de saisine de la commission d'instruction et questions posées

a) Dispositif législatif

Conformément à l'article 19 de la loi organique du 23 novembre 1993, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ne peut informer que si elle est saisie à cet effet par un réquisitoire du procureur général près la Cour de cassation, pris contre personne dénommée, désignant les faits reprochés et la qualification applicable.

Toutefois, ainsi que cela résulte de l'article 68-2 de la Constitution et de la combinaison des articles 14, 17 et 19 de la loi organique qui en sont le prolongement, ce réquisitoire ne peut être pris qu'à la suite, selon le cas, d'une décision ou d'un avis conforme de la commission des requêtes, organe de filtrage, composé de trois conseillers à la Cour de cassation, dont son président, de deux conseillers d'Etat et deux conseillers à la Cour des comptes, auquel il revient d'apprécier, en droit et en opportunité, si les faits justifient l'exercice des poursuites.

La décision de la commission des requêtes peut prendre, le cas échéant, une décision aux fins d'engager des poursuites, en vertu de l'article 14 de la loi organique, lorsqu'elle est saisie à cet effet d'une plainte émanant d'une *"personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit commis par un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions"*.

Elle peut rendre le cas échéant, un avis conforme en faveur de l'engagement des poursuites lorsqu'en application de l'article 17 de la loi, elle est saisie à cet effet par le procureur général près la Cour de cassation, agissant "d'office".

La commission des requêtes ne peut donc en aucun cas agir d'office. Elle doit être saisie par une plainte ou une demande d'avis du procureur général.

Sa décision aux fins de poursuite ou son avis favorable aux poursuites lie le procureur général. Celui-ci est donc tenu d'ouvrir l'information dans les termes de cette décision ou de cet avis, pour les seuls faits qui y sont mentionnés et sous la qualification retenue par la commission des requêtes. L'article 19, alinéa 2, de la loi organique lui fait d'ailleurs obligation de viser dans son réquisitoire, selon le cas, la décision ou l'avis de la commission. Comme l'écrit M. [HO]: *"Si c'est le procureur général qui met en mouvement l'action publique par son réquisitoire, il n'agit qu'à la manière d'une courroie de transmission de la commission des requêtes. Sa compétence est liée. Il est tenu de saisir la commission d'instruction si la commission des requêtes en décide ainsi et, s'il peut agir d'office, il ne peut le faire qu'avec*

l'avis conforme de cette commission". Cette analyse est partagée par la doctrine⁹ et rejoint l'opinion exprimée au cours des débats parlementaires¹⁰. Pour reprendre une formule du garde des Sceaux lors de ces débats, la commission des requêtes apparaît comme "*l'instance essentielle dans le processus de saisine de la Cour de justice*"¹¹. Elle exerce en réalité les attributions du ministère public.

b) Mise en œuvre

Au cas présent, il résulte des pièces de la procédure que la commission des requêtes a été saisie selon les deux voies ouvertes par la loi organique aux fins d'exercice des poursuites contre M. [P], du chef de prise illégale d'intérêts pour les faits, objet de l'information. Elle l'a été :

- d'une part, en vertu de deux plaintes, enregistrées respectivement les 8 octobre 2020 et 16 décembre 2020 (D1 et D20), émanant, pour la première, de l'association Anticor, et, pour la seconde, du Syndicat de la magistrature et de l'Union syndicale des magistrats qui ont agi conjointement ;
- d'autre part, en vertu, de deux demandes d'avis des 28 octobre et 21 décembre 2020 émanant du procureur général près la Cour de cassation agissant d'office au vu de divers éléments d'information portés à sa connaissance, au nombre desquels la plainte conjointe des deux syndicats de magistrats (D18 et D26).

Joignant ces plaintes et ces demandes, la commission des requêtes a :

- d'une part, décidé de transmettre les plaintes au procureur général aux fins de saisine de la commission d'instruction du chef de prise illégale d'intérêts pour des faits susceptibles d'être reprochés à M. [P] à l'égard des trois magistrats du PNF et du juge ayant été en poste à [Localité 3] ;
- d'autre part, sur les demandes d'avis du procureur général, émis un avis favorable à la saisine de la commission d'instruction pour informer du même chef et à raison des mêmes faits contre M. [P].

c) Questions posées

Dans sa requête en nullité, M. [P] a invoqué la "*nullité de la saisine de la commission d'instruction*" en faisant valoir que les plaintes adressées à la commission des requêtes étaient irrecevables faute de remplir les conditions exigées à l'article 13 de la loi organique du 23 novembre 1993. Dans son quatrième moyen, il critique le rejet de sa demande d'annulation. Pour répondre à ce moyen, vous aurez d'abord à vous interroger sur la recevabilité de cette demande, la commission d'instruction ayant, à titre principal, exclu toute possibilité de contester la décision prise par la commission des requêtes (1^{ère} branche). Vous aurez ensuite, le cas échéant, à vous interroger sur le bien-fondé de la demande en examinant les motifs par lesquels la commission d'instruction a tout de même examiné, pour l'écarter, le moyen de nullité tiré de l'irrecevabilité des deux plaintes prises en compte par la commission des requêtes (3^{ème} à 6^{ème} branches). Enfin, quelle que soit l'appréciation que vous porterez sur ces motifs, il vous restera à vous interroger sur l'opérance du moyen de cassation, dès lors que, comme nous l'avons vu, la commission des requêtes a communiqué

⁹ P.O. Caille, *Cour de justice de la République*, J.-Cl. Adm., fasc. 40, n° 41 ; J. Foyer, *Cour de justice de la République*, Rép. dr. pén. et procéd. pén., Dalloz, n° 36

¹⁰ Rapp. M. Fanton, CL AN 1993, n° 550, p. 41 : « *Il doit être clair que pour l'essentiel, c'est la commission des requêtes et non le procureur général qui jouera le rôle d'un parquet auprès de la Cour de justice de la République : les décisions de classement seront prises par la commission seule, sans intervention du procureur général ; quant aux décisions de transmission de la procédure, elles feront, certes, intervenir le procureur général, mais sans que celui-ci dispose de quelque marge d'appréciation que ce soit...* ».

¹¹ Doc. AN 1993, n° 504

la procédure aux fins d'engagement des poursuites sur le fondement, non seulement des plaintes dont la recevabilité est contestée, mais également de deux demandes d'avis du procureur général près la Cour de cassation (2^{ème} branche). Cette dernière interrogation pourra bien sûr intervenir plus en amont et vous dispenser, le cas échéant, d'examiner le moyen tiré de l'irrecevabilité des plaintes.

1.1.3.2.- Recevabilité de la demande d'annulation tirée de l'irrecevabilité des plaintes

Les interrogations suscitées par la recevabilité de la demande d'annulation viennent des dispositions du troisième alinéa de l'article 14 de la loi organique du 23 novembre 1993 aux termes desquelles *"Les actes de la commission des requêtes ne sont susceptibles d'aucun recours"*. La commission d'instruction tire de ces dispositions que *"tout nouvel examen par la commission d'instruction d'une plainte admise par la commission des requêtes apparaît exclu"*.

A l'encontre de cette solution le demandeur fait valoir, à la première branche de son moyen, qu'il résulte des termes mêmes de l'article 13 de la loi organique interprétés à la lumière de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme que le non-respect du formalisme dont les dispositions de cet article entourent les plaintes soumises à la commission des requêtes doit pouvoir faire l'objet d'une contestation devant un juge.

La recevabilité d'une telle contestation paraît en effet devoir être admise.

Certes, comme le relève la commission d'instruction, l'article 14 de la loi organique exclut tout recours contre les décisions¹² de la commission des requêtes. En outre, cette exclusion a été présentée tant par le rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale que par son homologue devant le Sénat comme revêtant un caractère "absolu"¹³. Selon leurs analyses convergentes, dès lors que la commission des requêtes tient le rôle d'un parquet, sa décision, dépourvue de caractère juridictionnel, ne peut faire l'objet d'aucun recours.

Cependant, l'exclusion de tout recours contre la décision de la commission des requêtes, sur une plainte ou une demande d'avis du procureur général, n'exclut pas le contrôle de légalité.

La disposition selon laquelle telle décision n'a pas de caractère juridictionnel et n'est pas susceptible de recours se retrouve à plusieurs reprises dans le code de procédure pénale. Sont notamment désignées ainsi les décisions par lesquelles le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction autorise certaines mesures d'investigation attentatoires à la

¹² Par commodité, nous entendons par ce terme tant les décisions prises sur les plaintes que les avis rendus sur les demandes du procureur général

¹³ Pour M. Fanton (Rapp. CLAN 1993, n° 550, p. 42) : *"cette disposition doit être entendue comme ayant la portée la plus absolue, le rôle de parquet joué par la commission des requêtes excluant tout recours devant une juridiction de l'ordre judiciaire, sa nature juridique - la commission des requêtes est l'un des organes de la Cour de justice de la République et ne saurait donc être assimilée à quelque autorité administrative que ce soit - devant conduire pour sa part à écarter aussi toute hypothèse de recours devant la juridiction administrative"*.

Pour M. Jolibois (Rapp. CL Sénat, 1993, n° 34, p. 25) : *"cette exclusion revêt un caractère général et absolu, dans la mesure où elle interdit tout recours quel qu'il soit : pourvoi en cassation devant la Cour de cassation, recours pour excès de pouvoir ou pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat, si tant est que l'on confère à cette commission, dans ce second cas, un caractère administratif. Or, cette interprétation ne peut en aucune manière être admise puisque l'intervention de la commission des requêtes se situe en amont d'une procédure essentiellement judiciaire : la commission des requêtes est une commission d'essence judiciaire qui n'exerce pas de fonctions juridictionnelles, comme a tenu à le souligner auprès de votre rapporteur M. Pierre DRAI, Premier Président de la Cour de cassation. Elle joue, en effet, un simple rôle de filtrage et ne statue en aucune manière en qualité de formation juridictionnelle ; elle assume, en fait, les fonctions d'un Parquet dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours"*.

vie privée¹⁴. Or, comme cela résulte d'une abondante jurisprudence de la chambre criminelle, si une telle formule exclut toute possibilité de contestation immédiate de la décision par la voie de l'appel ou du pourvoi en cassation, elle ne fait pas obstacle à la possibilité d'en demander l'annulation selon la procédure applicable aux actes non juridictionnels. Ces décisions peuvent donc faire l'objet d'une requête en nullité au cours de l'instruction ou, en l'absence d'information, d'une exception de nullité devant le tribunal correctionnel¹⁵.

En réalité, le présent cas de figure n'est pas très éloigné de celui où l'engagement des poursuites est subordonné au dépôt d'une plainte de la personne lésée ou d'une administration ou encore à la délivrance d'un avis. Lorsque cette plainte ou cet avis fait défaut ou apparaît irrecevable ou irrégulier, la régularité de l'acte de poursuite peut être contestée selon la voie de la requête en nullité.

La chambre criminelle en juge ainsi pour l'application de nombreuses dispositions subordonnant la poursuite au dépôt d'une plainte, notamment, celles des articles 113-8 du code pénal, en matière d'infractions commises à l'étranger à l'encontre d'un Français¹⁶, 226-6 du même code, en matière d'atteinte à la vie privée¹⁷, L. 228 du livre des procédures fiscales, en matière de fraude fiscale¹⁸, 458 du code des douanes, en matière d'infractions à la réglementation des relations financières avec l'étranger¹⁹ ou encore pour l'application de l'article 48, 1° à 8° de la loi du 29 juillet 1881 en matière d'infractions de presse²⁰. Elle en jugeait également ainsi en matière de trafic d'armes jusqu'à la suppression de l'exigence d'une plainte préalable pour l'exercice des poursuites de ce chef²¹. De même la nullité de l'acte de poursuite est encourue lorsque l'exercice des poursuites est subordonné à la délivrance d'un avis dont il apparaît qu'il fait défaut ou qu'il n'a pas été régulièrement délivré²².

Certains dispositifs plus complexes, qui combinent exigence d'une plainte et d'un avis, évoquent davantage celui qui vous est soumis. Ainsi, pour les poursuites du chef de fraude fiscale entrant dans le champ de l'article L. 228, II, alinéa 1^{er}, du livre des procédures fiscales, la plainte de l'administration doit être déposée sur avis conforme de la commission des infractions fiscales (CIF) au sein de laquelle siègent, notamment, huit membres du Conseil d'Etat, huit magistrats de la Cour des comptes et huit magistrats honoraires de la Cour de

¹⁴ V. art. 100, 230-33, 230-49 et 706-95-13 du CPP, relatifs aux Interception de correspondances émises par la voie des communications électroniques, mesure de géolocalisation, captation d'images dans un lieu public ou encore l'une des mesures qualifiées de technique spéciale d'enquête.

¹⁵ par ex. Crim., 9 janv. 2018, n° 17-82.946, B., n° 4

¹⁶ par ex. Crim., 6 nov. 2013, n° 13-84.317, B., n° 216 ; Crim., 26 mai 2010, n° 09-86.499, B., n° 91 ; Crim., 21 janv. 2009, n° 07-88.330, B., n° 22 ; Crim., 31 janv. 2001, n° 00-82.984, B., n° 31 ; Crim., 4 janv. 1996, n° 94-83.284, B. n° 4.

¹⁷ Crim., 14 janv. 1997, n° 96-82.901, B., n° 9 Crim., 5 nov. 2002, n° 02-82.282 ; Crim. 31 janv. 2012, n° 11-85.464, B. n° 27

¹⁸ par ex. : Crim. 30 oct. 1989, n° 88-80.490, B. n° 386 ; Crim. 28 janv. 1991, n° 90-81.526, B. n° 44 ; Crim. 4 févr. 1991, n° 90-81.058, B. n° 56 ; Crim. 14 déc. 2000, n° 99-87.015, B. n° 381 ; Crim. 7 oct. 2009, n° 08-85.350 ; Crim. 21 oct. 2020, n° 19-81.929, P.

¹⁹ par ex. Crim., 3 déc. 1990, n° 89-85.414, 89-85.414, B. n° 410 ; Crim., 8 janv. 1990, n° 88-86.262, B. n° 13 ; Crim., 2 mai 1988, n° 87-81.298, B. n° 186 ; Crim., 3 janv. 1985, n° 83-93.690, B. n° 4 ; Crim., 12 déc. 1983, n° 83-90.665, B. n° 336

²⁰ par ex. Crim. 27 nov. 1979, n° 79-94.102 ; Crim. 27 févr. 1990, n° 89-85.302, B. n° 97 ; Crim. 18 mars 1997, n° 96-85.568, B. n° 108

²¹ Crim. 27 juin 2001, n° 01-81.865, B. n° 163 - La condition a été supprimée par la loi n° 2005-155 du 12 décembre 2005 (art. L. 2339-1 code de la défense)

²² Crim., 24 janv. 2023, n° 21-85.569, P., pour un militaire mis en cause sans l'avis préalable du ministre, pour une infraction commise dans l'exercice de ses fonctions.

cassation. Qualifiée par la chambre criminelle, d’*“organisme administratif indépendant”*²³ et *“non juridictionnelle”*²⁴, la CIF a pour mission, de *“donner un avis au ministre chargé des finances sur l’opportunité des poursuites”*²⁵. La CIF n’étant pas un organe juridictionnel, son avis ne peut faire l’objet d’aucun recours. Cependant, en cas de mise en mouvement de l’action publique, la personne poursuivie est recevable à en contester la régularité. L’annulation de l’avis de la CIF en raison de l’irrégularité de la procédure suivie devant elle²⁶ ou affectant sa saisine²⁷ entraîne, par voie de conséquence, celle de la plainte déposée sur son fondement et celle des poursuites subséquentes.

Au vu de ces précédents, le contrôle de la recevabilité des plaintes fondant la décision ou l’avis de la commission des requêtes aux fins de poursuite s’impose d’autant plus que cette décision ou cet avis n’a pas seulement pour effet de rendre les poursuites possibles. Comme cela a été indiqué, ils lient le procureur général près la Cour de cassation qui n’a d’autre choix que d’engager les poursuites dans les termes fixés par la commission.

En tout état de cause, au-delà de ces précédents, le contrôle de la régularité de l’engagement des poursuites est commandé par le respect des droits fondamentaux. D’abord, comme le soutient le demandeur, le droit à un recours effectif, inscrit aux articles 16 de la Déclaration de 1789 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme, impose d’ouvrir un recours permettant d’assurer la sanction de la violation des règles de procédure dès lors du moins qu’elles intéressent les droits des parties, comme c’est ici le cas. Ensuite, au regard du principe d’égalité, il paraît exclu que la personne mise en examen par la commission d’instruction de la Cour de justice de la République ne puisse pas contester la régularité des actes de procédure relatifs à la mise en mouvement de l’action publique alors que, devant les juridictions d’instruction de droit commun, la personne mise en examen dispose de ce droit. Une telle différence de traitement serait sans justification.

Au demeurant, la chambre criminelle nous semble avoir admis, dans son principe, la possibilité de contester la régularité de la décision de la commission des requêtes et, par voie de conséquence, la validité du réquisitoire pris sur son fondement. Dans une affaire où des éléments de la procédure suivie devant la commission d’instruction avaient été transmis à la juridiction de droit commun, la régularité de la saisine de la commission d’instruction par la commission des requêtes avait été contestée. Or, la chambre criminelle a accepté d’examiner la contestation sans opposer la règle énoncée à l’article 14 de la loi organique²⁸.

On observera pour terminer qu’ouvrir à la personne mise en examen la faculté de contester la recevabilité des plaintes fondant les décisions aux fins de poursuite de la commission des requêtes n’implique pas que, symétriquement, un recours devrait être ouvert à l’auteur d’une plainte qui serait déclarée irrecevable par cette commission. D’une part, toute constitution de partie civile étant exclue devant la Cour de justice de la République en vertu de l’article 13 de la loi organique, la plainte ne peut avoir pour effet de conférer à son auteur la qualité de

²³ Crim. 21 sept. 2011, n° 11-90.080 ; Crim. 9 févr. 2011, n° 10-86.072 ; Crim. 3 déc. 2014, n° 14-85.526

²⁴ Crim. 4 oct. 2009, n° 08-88.446 ; v. aussi Crim. 6 déc. 1993, n° 92-83.788 : la CIF *“ne constitue pas un premier degré de juridiction”*.

²⁵ Crim. 16 mai 2001, n° 00-82.649, B. n° 126 ; Crim. 22 févr. 2017, n° 14-82.526, B. n° 49

²⁶ T. confl. 19 déc. 1988, n° 02548 - v. not. pour des exemples de contrôle : Crim. 29 mars 1989, n° 87-81.891, B. n° 153 ; Crim. 5 juin 1989, n° 88-85.685, B. n° 236 ; Crim. 28 janv. 1991, n° 89-86.597, B. n° 43 ; Crim. 28 janv. 1991, n° 90-81.526, B. n° 44 ; Crim. 30 mai 2001, n° 00-86.533 ; Crim. 4 oct. 2009, n° 08-88.446 ; Crim. 4 mai 2011, n° 10-85.413

²⁷ par ex. : Crim. 22 juin 1992, n° 92-81.823 ; Crim. 26 sept. 2001, n° 00-87.950 ; Crim. 24 mars 2010, n° 09-84.198

²⁸ Crim. 19 janv. 2016, n° 15-81.041 : il était soutenu que l’avis de la commission allait au-delà de la demande présentée par le procureur général près la Cour de cassation.

partie et donc des droits procéduraux²⁹. D'autre part, l'exclusion de toute possibilité de contester les décisions d'irrecevabilité qui en résulte ne heurte aucun droit ou liberté fondamentale, l'intéressé disposant de la faculté de saisir la juridiction de droit commun pour obtenir réparation de son préjudice de sorte que son droit à un recours effectif est préservé³⁰.

La recevabilité de la contestation articulée par le demandeur doit donc être admise, nonobstant les dispositions de l'article 14 de la loi organique. En conséquence, il importe de s'assurer que les plaintes sur lesquelles s'est fondée la commission des requêtes étaient bien recevables³¹. Dans la négative, il conviendrait à notre sens d'annuler, non l'avis ou la décision de la commission, dont la régularité formelle n'est pas en cause, mais le réquisitoire aux fins d'informer pris sur son fondement et les actes dont il est le support.

1.1.3.3.- Observations relatives aux conditions de recevabilité des plaintes

L'article 13 de la loi organique dispose que la plainte doit être portée "*par une personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit*" et subordonne sa recevabilité, d'une part, à l'indication du "*nom du membre du Gouvernement visé [et] des faits allégués à son encontre*" et, d'autre part, à l'apposition de la signature du plaignant. A la lettre, cet article n'inclut pas au nombre des conditions de recevabilité la qualité de personne lésée par l'infraction, dont, on le verra, l'attribution à l'association et aux syndicats plaignants est contestée en l'espèce.

Pour autant, on ne saurait en déduire que cette qualité ne serait pas une condition de recevabilité. D'ailleurs, dans la présente affaire, la commission des requêtes a écarté comme irrecevables deux signalements au motif qu'ils n'émanaient pas de personnes pouvant se prétendre lésées par l'infraction³². Toute autre solution reviendrait à permettre que, sans recours possible, l'action publique puisse être mise en mouvement sur le fondement d'une plainte ou d'une dénonciation n'émanant pas de la victime des faits dénoncés et donc qu'en méconnaissance de la volonté du législateur constitutionnel, la commission des requêtes puisse se saisir d'office.

1.1.3.4.- Question de la recevabilité de la plainte de l'association Anticor

1.1.3.4.1.- Irrecevabilité de la plainte en raison du défaut de signature du représentant de l'association

Au nombre des conditions de recevabilité énumérées à l'article 13 figure l'exigence que la plainte soit "*signée par le plaignant*". Dans le projet de loi soumis au Parlement, il était prévu qu'elle pourrait l'être également par un avocat. Toutefois, cette possibilité a été supprimée à l'initiative de la Commission des Lois de l'Assemblée nationale. Les parlementaires ont estimé que, pour éviter une multiplication des dépôts de plainte pouvant aboutir à un "*harcèlement procédural*", il convenait d'imposer à la personne se prétendant victime de

²⁹ Aux termes duquel : "*aucune constitution de partie civile n'est recevable devant la Cour de justice de la République*"

³⁰ Ass. plén. 21 juin 1999, n° 99-81.927, P.

³¹ Comme l'a relevé le rapporteur du projet de loi au Sénat, la sanction de l'irrecevabilité peut surprendre s'agissant d'une plainte portée auprès d'un organe non juridictionnel et n'ayant pas, par elle-même, pour effet de mettre en mouvement l'action publique ou de conférer à son auteur la qualité de partie civile (Rapp. M. Jolibois, p. 23). De fait, lorsqu'elle est saisie d'une contestation relative à la recevabilité des plaintes adressées à la commission des requêtes, la commission d'instruction se trouve un peu dans la situation de la juridiction d'instruction de droit commun saisie de la contestation de la recevabilité d'une plainte avec constitution de partie civile, à la différence près que le contentieux s'inscrit alors dans celui de la régularité des actes de la procédure alors qu'en droit commun, il constitue un contentieux séparé.

³² L'un émanait de M. [BH] [BI], maire-adjoint honoraire de Grenoble, et l'autre de M. [FK] [BJ], député

porter plainte personnellement³³ et de donner ainsi “*un caractère solennel*” à cette démarche³⁴. Appliquée à une personne morale, qui, par hypothèse, ne peut agir que par représentation, l'exigence nous paraît signifier que la plainte déposée au nom de celle-ci doit l'être par la personne physique qui en assure la présidence, la direction ou la gestion ou toute autre personne y étant habilitée par les statuts ou une délibération.

Au cas présent, M. [P] a demandé à la commission d'instruction de constater l'irrecevabilité de la plainte déposée par l'association Anticor au motif qu'elle était signée, non par le représentant de celle-ci, mais par un avocat. La commission d'instruction n'a pas répondu à ce grief que le demandeur réitère devant vous, à la sixième branche de son moyen.

Il résulte des pièces de la procédure, dont vous avez le contrôle, que la plainte déposée au nom de l'association Anticor est effectivement signée par un avocat, Me Jérôme Karsenti, avocat associé au sein de la SCP Buchbinder, Karsenti et Lami. Dès lors, cette plainte, qui ne satisfait pas aux exigences de l'article 13 de la loi organique, apparaît irrecevable de sorte qu'elle ne peut fonder la décision aux fins de poursuite prise par la commission des requêtes.

1.1.3.4.2.- Irrecevabilité de la plainte en raison du défaut de qualité de personne lésée de l'association

Une seconde cause d'irrecevabilité a été opposée par le requérant à la plainte de l'association Anticor, tenant à ce que celle-ci ne justifiait d'aucun préjudice direct et personnel en lien avec l'infraction. A la troisième branche du moyen, il critique les motifs par lesquels son argumentation a été écartée sur ce point. Bien entendu, vous n'aurez pas à examiner cette branche si vous tenez la plainte pour irrecevable en raison du défaut de signature du représentant de l'association.

L'article 2-23 du code de procédure pénale dispose que “*toute association agréée déclarée depuis au moins cinq ans à la date de la constitution de partie civile, se proposant par ses statuts de lutter contre la corruption, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions*” limitativement énumérées par le texte, au nombre desquelles figure la prise illégale d'intérêts.

L'association Anticor, qui satisfait aux conditions exigées par cet article, est ainsi recevable, devant les juridictions de droit commun, à se constituer partie civile pour des faits de prise illégale d'intérêts, que ce soit par voie d'action, en déposant une plainte avec constitution de partie civile ou par voie d'intervention. Mais, est-elle pour autant recevable, sur le fondement de l'article 2-23 du code de procédure pénale, à déposer plainte devant la commission des requêtes de la Cour de justice de la République pour de tels faits ?

En faveur d'une réponse négative, le requérant a soutenu devant la commission d'instruction que l'article 2-23, relatif à la seule recevabilité des constitutions de partie civile, ne pouvait

³³ Le rapporteur s'exprime ainsi : “*on peut tout de même trouver surprenant qu'en autorisant le dépôt de plaintes signées par le plaignant ou son avocat, le projet de loi permette qu'un membre du Gouvernement voie sa responsabilité pénale mise en cause sans que la victime de ses prétendus agissements ait à se manifester directement en signant la plainte qu'elle dépose. Une telle souplesse - ne faudrait-il pas parler de laxisme ? - ne peut qu'encourager certains avocats désireux d'attirer l'attention des médias à multiplier les dépôts de plaintes contre les ministres sans même que les «victimes» en soient nécessairement informées, de telle sorte que les membres du Gouvernement pourraient bien faire l'objet, par ce biais, du harcèlement procédural que le constituant a voulu éviter en créant la commission des requêtes.*” (Rapp, M. Fanton, p. 37)

³⁴ Rapp. M. Jolibois, p. 23

trouver application en l'espèce, aucune constitution de partie civile n'étant recevable devant la Cour de justice de la République en vertu de l'article 13 de la loi organique. Il en déduisait que, faute d'invoquer un préjudice personnel qui lui aurait été directement causé par les faits dénoncés, l'association Anticor n'était pas recevable à porter plainte, faute d'avoir la qualité de personne lésée.

Les motifs par lesquels la commission d'instruction a écarté cette argumentation sont empreints d'une certaine contradiction. Après avoir retenu que l'invocation, par l'association, de l'article 2-23 était "superfétatoire" dès lors que sa plainte ne lui conférait pas la qualité de partie civile, la commission d'instruction a estimé que le requérant n'était pas fondé à opposer à l'association l'absence de préjudice direct et personnel dès lors que le même article autorisait celle-ci à agir en justice en ce qui concerne le délit dénoncé.

En vertu de l'article 68-2 de la Constitution dont les dispositions sont reprises à l'article 13 de la loi organique, seule est recevable à porter plainte devant la commission des requêtes la personne qui « *se prétend lésée par le crime ou le délit* ».

L'expression n'est que la reprise de celle par laquelle, en droit commun, est désignée la personne recevable à se constituer partie civile devant la juridiction d'instruction ou de jugement. On la retrouve notamment aux articles 85 et 418 du code de procédure pénale³⁵. Au sens de ces dispositions, la personne "*qui se prétend lésée*" par l'infraction n'est ni plus ni moins que la victime recevable à exercer l'action civile, définie à l'article 2 du code de procédure pénale comme étant la personne qui a "*personnellement souffert du dommage causé directement par l'infraction*", étant rappelé qu'au stade de l'instruction, la chambre criminelle juge avec constance qu'"*il suffit que les circonstances [invoquées par le plaignant] permettent au juge d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale*"³⁶.

Une association est sans aucun doute victime d'un tel préjudice lorsque l'infraction a causé une atteinte à ses biens, sa situation financière, sa réputation ou encore, dans certaines circonstances, à la personne de ses membres³⁷. En revanche, la chambre criminelle n'admet pas que l'atteinte portée aux intérêts que l'association s'est donné pour objet de défendre constitue, pour celle-ci, un préjudice direct et personnel. Par son arrêt fondateur du 18 octobre 1913, rendu sous l'empire du code d'instruction criminelle, elle a posé en principe qu'une association "*ne peut exercer l'action civile en cas d'infractions contre la fin qu'elle défend, aucun préjudice ne pouvant résulter pour elle de l'infraction poursuivie*"³⁸. La solution

³⁵ L'article 85 dispose que "*Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut en portant plainte se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent (...)*" tandis que l'article 418, applicable devant le tribunal correctionnel, dispose que "*Toute personne qui, conformément à l'article 2, prétend avoir été lésée par un délit peut (...) se constituer partie civile à l'audience*". D'autres textes comportant l'expression pourraient être cités tels que les articles 420-1 et 460-1 du CPP ou L. 212-76 et L. 222-8 du CJM.

³⁶ v. entre beaucoup d'autres, Crim. 13 avr. 1967, n° 66-91.626, B. n° 66 ; Crim. 5 mars 1990, B. n° 103 ; Crim. 19 févr. 2002, n° 00-86.244, B. n° 31 ; Crim. 11 déc. 2002, n° 01-85.176, B. n° 224 ; Crim. 2 avr. 2003, n° 02-82.674, B. n° 83 ; Crim. 2 mai 2007, n° 06-84.130, B. n° 111 ; Crim., 21 juin 2011, n° 10-85.043 ; Crim. 3 mars 2015, n° 13-88.514, B. n° 38 ; Crim. 29 nov. 2016, n° 15-86.409, B. n° 309 ; Crim., 12 mars 2019, n° 18-80.911, B. n° 53 ; Crim., 25 juin 2019, n° 18-84.653, B. n° 129 ; Crim., 8 janv. 2020, n° 19-82.385

³⁷ Crim. 4 oct. 1995, n°94-86.206, B. n° 293, atteinte à la personne président-fondateur.

³⁸ Gaz. Pal 1913, p. 603

a été consacrée par l'arrêt des chambres réunies du 15 juin 1923³⁹ et, si l'on omet de très brèves éclipses⁴⁰, elle a été constamment réaffirmée sous l'empire du code de procédure pénale au visa de l'article 2 de ce code⁴¹. Pour la chambre criminelle, l'atteinte à l'objet statutaire de l'association "*n'est pas distincte du préjudice résultant du trouble que les infractions poursuivies causent aux intérêts généraux de la société et dont la réparation est assurée par l'exercice de l'action publique*"⁴². Elle ne peut davantage être assimilée à celle qui aurait été portée aux membres de l'association pris individuellement⁴³. Cette rigueur est justifiée par la circonstance que "*l'exercice de l'action civile devant les tribunaux répressifs est un droit exceptionnel qui, en raison de sa nature, doit être strictement renfermé dans les limites fixées par le code de procédure pénale*"⁴⁴.

Pour lever l'obstacle tenant à l'exigence d'un préjudice personnel et direct et favoriser la protection d'un certain nombre d'intérêts, le législateur habilite les associations qui se sont donné pour objet d'en assurer la défense à se constituer partie civile du chef d'infractions y portant atteinte. Les dispositions de cette sorte, nombreuses, figurent, notamment, aux articles 2-1 à 2-24 du code de procédure pénale.

Pour autant, il peut être soutenu qu'une association habilitée ne devient pas, à proprement parler, une personne lésée puisque c'est précisément parce qu'elle n'a pas cette qualité qu'elle est habilitée⁴⁵. Au demeurant, celles des dispositions des articles 2-1 à 2-24 qui limitent l'habilitation des associations considérées à la seule possibilité de se constituer par voie d'intervention, énoncent que la constitution n'est admise que dans le cas où "*l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée*", ce dont il semble se déduire, *a contrario*, que l'association ne peut être regardée comme étant "la partie lésée"⁴⁶.

On pourrait donc considérer que, contrairement à la solution retenue par la commission d'instruction, en dépit de son habilitation, l'association Anticor n'était pas recevable à porter plainte auprès de la commission des requêtes.

³⁹ Qui énonce "*qu'à la différence des syndicats professionnels les associations ne représentent pas de plein droit la profession de ceux qui en font partie*" (DP 1924, 1, p. 153, concl. Mérillon, note Rolland ; S. 1924, 1, p. 49, rapp. Bouloche, note Chavegrin).

⁴⁰ Crim. 29 avr. 1986, n° 84-93.719, B. n° 146 ; Crim. 12 sept. 2006, n° 05-86.958, B. n° 217 ; Crim. 9 nov. 2010, n° 09-88.272, au profit de l'Association Transparence International France.

⁴¹ v. entre beaucoup d'autres : Crim. 3 nov. 1998, n° 97-86.235 ; Crim. 30 janv. 2001, n° 00-81.292 ; Crim. 3 sept. 2003, n° 02-81.292 ; Crim. 28 sept. 2004, n° 03-86.604, B. n° 224 ; Crim. 14 mai 2008, n° 07-84.927 ; Crim. 30 mai 2012, n° 11-88.268, B. n° 136 ; Crim. 16 oct. 2013, n° 05-82.121, 03-83.910, 12-81.532 ; Crim. 29 oct. 2013, n° 12-84.108, B. n° 208 ; Crim. 7 janv. 2014, n° 12-80.024 ; Crim. 9 févr. 2016, n° 13-82.493 ; Crim. 11 oct. 2017, n° 16-86.878, P. ; Crim. 31 janv. 2018, n° 17-80.659, B. n° 26, à propos de l'association Anticor ; Crim. 17 avr. 2019, n° 18_84.055 ; Crim. 8 sept. 2020, n° 19-84.995 ; Crim., 7 sept. 2021, n° 19-87.031, P.

⁴² v. not. Crim. 6 avr. 1990, n° 88-81.385, B. n° 104 ; Crim. 16 déc. 1992, n° 91-86.314, B. n° 426

⁴³ Crim. 16 janv. 1990, n° 89-83.214, B. n° 24

⁴⁴ v. not. Crim. 7 sept. 2021, préc., § 17, pour la poursuite de crimes contre l'humanité. Comme le précise la chambre dans ce même arrêt, § 18 : "*une telle solution ne saurait être regardée comme inconciliable avec l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme n'admettant pas en soi le droit de faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers, et ayant précisé, en conséquence, que la Convention ne garantissait ni le droit à la « vengeance privée », ni l'actio popularis (CEDH, arrêt du 12 février 2004, Perez c. France, n° 47287/99, § 70 ; CEDH, arrêt du 22 septembre 2005, Sigalas c. Grèce, n° 19754/02, § 28)*".

⁴⁵ X. Salvat, RSC 2011, p. 858

⁴⁶ v. art. 2-3, 2-8, 2-9, 2-12, 2-15, 2-16, 2-18, 2-19, 2-20 et 2-22 du code de procédure pénale.

Toutefois, telle n'est pas la solution que nous vous proposons de retenir. Il serait en effet singulier qu'une association habilitée qui, en droit commun, peut porter plainte avec constitution de partie civile et mettre ainsi en mouvement l'action publique, ne soit pas recevable à porter plainte auprès de la commission des requêtes, alors même qu'en ce cas, sa plainte est sans incidence sur l'action publique et ne lui confère pas la qualité de partie civile.

Il ne semble pas que le législateur ait entendu introduire semblable distinction. En tous cas, il ne ressort pas des travaux parlementaires qu'il ait considéré que la formule réservant le droit de porter plainte aux personnes se prétendant lésées par l'infraction excluait la possibilité, pour les associations habilitées, de porter plainte pour la défense de leur objet statutaire. Certes, soucieux que les ministres ne soient pas soumis à un "*harcèlement procédural*", le Sénat avait prévu que les plaintes devaient émaner de "*personnes physiques pouvant prétendre avoir personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction*", retirant ainsi purement et simplement à toutes les personnes morales la possibilité, qui leur était ouverte dans le projet de loi constitutionnelle, de porter plainte⁴⁷. Le ministre de la justice avait alors contesté l'opportunité de cette restriction, rappelant que les associations jouaient "*un rôle de plus en plus important pour la défense de toute une catégorie d'intérêts*"⁴⁸. Tel était donc bien l'enjeu du débat.

Il était donc clair pour le gouvernement comme pour les parlementaires qu'en comptant les associations au nombre des personnes se prétendant lésées par l'infraction, le texte les autorisait à porter plainte auprès de la commission des requêtes non seulement lorsqu'elles avaient subi un préjudice personnel directement causé par l'infraction mais également pour la défense des intérêts qu'elles s'étaient donné pour objet de protéger, du moins lorsqu'elles y étaient habilitées. C'est bien pour cette raison que le Sénat a entendu exclure toute possibilité pour les personnes morales de porter plainte auprès de la commission des requêtes. L'Assemblée nationale est revenue sur ce point au texte du projet car l'exclusion revenait à priver "*aussi du droit de porter plainte des entités - association ou sociétés - qui peuvent avoir été victimes d'un crime ou d'un délit commis par un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions*"⁴⁹. Il faut comprendre qu'a été ainsi rétabli dans le même temps la possibilité pour les associations de porter plainte pour la défense des intérêts qu'elles se sont donné pour objet de protéger.

En définitive, il nous semble qu'en désignant la personne recevable à porter plainte devant la commission des requêtes dans les mêmes termes que la personne recevable à se constituer partie civile devant les juridictions de droit commun, le législateur a entendu ouvrir le droit de porter plainte à toutes les personnes qui, en droit commun, auraient pu mettre en mouvement l'action publique par leur constitution de partie civile. Autrement dit, au sens et pour l'application des dispositions des articles 68-2 de la Constitution et 13 de la loi organique, une

⁴⁷Rapp., n° 316, 19 mai 1993, CL Sénat, M. Jolibois, p. 135 et 152

⁴⁸ JO Sénat Débats, 27 mai 1993, p. 477

⁴⁹On peut lire sous la plume du rapporteur : "*Pressentant sans doute les inconvénients [d'un] système qui, du fait de son caractère centralisé comporte un risque non négligeable de médiatisation excessive des plaintes et, par voie de conséquence, de déstabilisation des membres du Gouvernement qui en seraient l'objet, le Sénat a limité aux personnes physiques la possibilité ainsi ouverte de saisir directement le plus haut magistrat du parquet de notre hiérarchie judiciaire. Il a entendu conjurer de la sorte le risque - bien réel - de voir des associations à la représentativité parfois douteuse entreprendre un véritable harcèlement des membres du Gouvernement ; mais cette restriction n'en est pas pour autant satisfaisante, dans la mesure où elle prive aussi du droit de porter plainte des entités - association ou sociétés - qui peuvent avoir été victimes d'un crime ou d'un délit commis par un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions*" (Rapp., n° 356, 17 juin 1993, CL AN, M.Fanton, p. 65)

association habilitée à cet effet doit être assimilée à la personne qui se prétend lésée par l'infraction lorsqu'elle invoque une atteinte aux intérêts qu'elle s'est donné pour objet de protéger. Le cantonnement des poursuites voulu par le législateur à travers le dispositif institué par l'article 68-2 de la Constitution et la loi organique du 23 novembre 1993 est assuré par le filtrage des plaintes confié à la commission des requêtes et non par l'exclusion de plaignants qui seraient recevables en droit commun à mettre en mouvement l'action publique.

Il nous semble ainsi qu'aucune irrecevabilité ne peut être tirée de ce que l'association Anticor ne serait pas une personne pouvant se prétendre lésée par l'infraction de sorte que, si vous aviez à l'examiner, le moyen devrait être écarté en sa troisième branche.

1.1.3.5.- Question de la recevabilité de la plainte conjointe des syndicats

1.1.3.5.1.- Analyse du moyen de cassation

Devant la commission d'instruction, pour voir déclarer irrecevable la plainte déposée conjointement par le Syndicat de la magistrature et l'Union syndicale des magistrats, M. [P] a soutenu⁵⁰ :

- En premier lieu, que, pas plus qu'une association, un syndicat qui invoque une atteinte à l'intérêt collectif qu'il s'est donné pour mission de défendre n'a qualité pour déposer plainte auprès de la commission des requêtes dès lors qu'il ne peut être regardé comme une partie lésée au sens de l'article 13 de la loi organique ;

- En deuxième lieu, qu'à supposer qu'une telle qualité puisse être reconnue à un syndicat, les faits, objet de la poursuite, ne caractérisaient pas une atteinte à l'intérêt collectif des magistrats que les syndicats plaignants se sont donné pour mission de défendre ;

- Enfin, que les présidentes des deux syndicats, signataires de la plainte commune, ne justifiaient pas d'un pouvoir spécial ou d'une habilitation statutaire les autorisant à agir en justice au nom de leurs syndicats.

Aux quatrième à sixième branches du moyen, le demandeur conteste le rejet, par la commission d'instruction, de son argumentation.

A la quatrième branche du moyen, le demandeur soutient que "*de plus fort, des syndicats de magistrats ne peuvent se prévaloir de l'atteinte à un intérêt collectif*", critiquant les motifs, qu'il cite, par lesquels, la commission d'instruction a jugé qu'une telle atteinte résultait des "*agissements en matière disciplinaire d'un ministre de la justice, anciennement avocat, à l'encontre de magistrats contre lesquels il a, en son nom ou celui des clients qu'il représentait, précédemment déposé plainte ou qu'il a accusés publiquement notamment d'user de méthodes qualifiées de barbouzardes*" (arrêt p. 20).

Le sens et la portée de cette branche sont incertains. En l'introduisant par l'expression "*de plus fort*", le demandeur semble signifier qu'il entend réitérer l'argumentation développée à la troisième branche à l'encontre de la recevabilité de la plainte de l'association Anticor. Il s'agirait donc de contester la qualité pour agir des syndicats en soutenant qu'ils ne peuvent être regardés comme personnellement lésés par l'infraction dans le cas où, comme en

⁵⁰ L'ordre de présentation de ses griefs n'est pas respecté.

l'espèce, ils agissent pour la défense d'un intérêt collectif. Cependant, telle qu'elle est formulée, cette même branche semble avoir un autre objet. En effet, le demandeur y conteste moins la possibilité, pour un syndicat, de se prévaloir d'une atteinte à un intérêt collectif, que la réalité, en l'espèce, d'une telle atteinte. En l'état de cette incertitude et en l'absence d'invocation de la violation d'un texte ou d'un principe précisément désigné, peut se poser la question de la recevabilité du moyen en sa quatrième branche dès lors que, faute d'articuler une argumentation en droit, il pourrait être regardé, en cette branche, comme ne satisfaisant pas aux exigences de l'article 590 du code de procédure pénale⁵¹.

Toutefois, il nous semble que l'ambiguïté et les insuffisances de l'argumentation peuvent être levées par une lecture combinée des quatrième et sixième branches. En sa sixième branche, prise, notamment, de la violation des articles 2 et 3 du code de procédure pénale et L.2132-3 du code du travail, le demandeur invite votre Assemblée plénière, *"dans l'exercice du contrôle en droit et en fait qui est le sien"* à constater l'irrecevabilité de la plainte commune des syndicats en raison d'un défaut de qualité et d'intérêt à agir. Les développements de la partie discursive du mémoire confortent l'idée que, sur ces deux points, le demandeur a entendu contester les motifs de l'arrêt attaqué.

1.1.3.5.2.- L'atteinte à l'intérêt collectif de la profession qu'il représente confère au syndicat la qualité de personne lésée par l'infraction

Aux termes du second alinéa de l'article L. 2132-3 du code du travail, les syndicats professionnels *"peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent"*.

Pour contester la qualité des syndicats de magistrats à déposer plainte, le demandeur s'est borné à renvoyer à *"la démonstration"* qu'il avait déjà faite *"au sujet de l'association Anticor"*. Il a observé en substance qu'étant autorisés par l'article L. 2132-3 du code du travail *"à exercer les droits réservés à la partie civile"*, les syndicats ne pouvaient exercer ces droits devant la Cour de justice de la République, puisque, devant elle, toute constitution de partie civile est exclue par l'article 13 de la loi organique (D1167/11). La commission d'instruction a écarté cette argumentation en réitérant elle-même les motifs qu'elle avait retenus pour admettre la recevabilité de l'association Anticor. Elle a jugé *"que l'impossibilité résultant de la loi organique de se constituer partie civile (...) ne saurait pas plus interdire à un syndicat professionnel d'agir en justice pour la défense des intérêts collectifs de la profession qu'il représente"* (arrêt p. 20).

Les observations faites lors de l'examen de la troisième branche du moyen relative à la recevabilité de la plainte des associations habilitées nous conduisent bien entendu à vous proposer d'admettre que les syndicats ont également qualité pour porter plainte devant la commission des requêtes pour la défense des intérêts de la profession qu'ils représentent. Mais en réalité, l'assimilation faite tant par le requérant que par la commission d'instruction - pour en tirer des conclusions divergentes - entre le droit à se constituer partie civile des associations et des syndicats est contestable. A supposer que vous jugiez qu'une association habilitée agissant pour la défense de ses intérêts ne puisse être regardée comme une personne se prétendant lésée par l'infraction, cette solution ne serait pas applicable aux syndicats.

⁵¹ *"Les mémoires contiennent les moyens de cassation et visent les textes de loi dont la violation est invoquée"*

L'article L. 2132-3 du code du travail n'est pas une disposition d'habilitation. Il ne fait que consacrer un droit qu'au début du siècle dernier votre Cour a reconnu aux syndicats professionnels en application des dispositions générales relatives à l'action civile et donc en l'absence de toute disposition législative spéciale les habilitant à cet effet. La loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels ayant, en son article 3, ouvert à ceux-ci le droit d'ester en justice, la question s'est très vite posée de savoir s'ils étaient recevables à se constituer partie civile en application des dispositions générales du code d'instruction criminelle, non seulement en cas d'atteinte à leur patrimoine ou leur réputation mais également en cas d'atteinte aux intérêts professionnels dont ils assuraient la défense. Moins précis que l'article 2 du code de procédure pénale, l'article 1^{er} du code d'instruction criminelle ouvrait "*l'action en réparation du dommage causé*" par une infraction à "*tous ceux qui ont souffert de ce dommage*". Pour autant, la règle applicable était la même qu'aujourd'hui, la jurisprudence exigeant, pour qu'une constitution de partie civile fût recevable, que la personne se prétendant lésée par l'infraction pût se prévaloir d'un préjudice personnel directement causé par celle-ci⁵². Par un arrêt des chambres réunies du 5 avril 1913, statuant sur renvoi de la chambre criminelle, votre Cour a jugé qu'en application de ces dispositions, un syndicat était recevable à se constituer partie civile en raison de l'atteinte portée directement par l'infraction aux intérêts défendus par lui⁵³. Cette solution a été consacrée à l'article 5 de la loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels dont les dispositions se retrouvent aujourd'hui à l'article L. 2132-3 du code du travail. La consécration de la solution jurisprudentielle par cet article n'est donc pas une habilitation législative comparable à celle des articles 2-1 et suivant du code de procédure pénale, en l'absence de laquelle les syndicats ne pourraient être admis à se constituer partie civile lorsqu'ils agissent pour la défense de l'intérêt collectif dont ils sont porteurs⁵⁴.

La situation différente des syndicats et des associations au regard de l'exercice de l'action civile est parfaitement mise en lumière par la doctrine⁵⁵. Elle a été affirmée très tôt par votre Cour. Quelques mois après l'arrêt des chambres réunies du 5 avril 1913 ouvrant aux syndicats la faculté de se constituer partie civile pour la défense des intérêts collectifs de la

⁵² Faustin Hélie, Tr. Instruc. crim., 2^{ème} éd., t. 1^{er}, n° 540 et s. ; Garraud, Tr. Instruc. crim., t. 1^{er}, p. 240, n° 107

⁵³ Ch. réun., 5 avr. 1913 : DP 1914, 1, 65, rapp. Falcimaigne, concl. Sarrut, note L. S. ; S. 1920, 1, 49, note A Mestre. Dans l'espèce soumise aux chambres réunies, le syndicat national de défense de la viticulture française entendait se constituer partie civile dans des poursuites pour falsification de vin par addition d'eau et commercialisation de vin falsifié.

⁵⁴ Il est vrai que les dispositions par lesquelles le législateur a reconnu aux syndicats le droit de se constituer partie civile semblent s'écarter de celles, générales, de l'article 2 du CPP en ce qu'elles autorisent la constitution de partie civile pour les faits portant un "*préjudice direct ou indirect*" à l'intérêt collectif de la profession. Mais la formule signifie seulement que l'atteinte à la profession peut être portée directement ou "*au travers de certains de ses membres*" (en ce sens, S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 12^{ème} éd., n° 1233) ce qui ne dispense pas d'établir qu'elle est en lien direct avec l'infraction (Crim., 27 nov. 1991, n° 89-86.983, B., n° 439 ; Crim., 11 mai 1999, n° 97-82.169, B., n° 89 ; Crim., 29 nov. 2000, n° 99-80.324, B., n° 359). En tout état de cause, cette seule particularité n'est pas incompatible avec la reconnaissance de la qualité de personne lésée par l'infraction. Les victimes dites « par ricochet », proches de la victime directe, sont ainsi reconnues comme telles.

⁵⁵ Ainsi, la professeure Coralie Ambroise-Castérot souligne que les groupements admis à se constituer partie civile "*ne sont pas traités par la loi et la jurisprudence de la même manière*". En particulier, "*les groupements professionnels – c'est-à-dire les syndicats et les ordres professionnels – jouissent d'une faculté très large d'agir en justice. Mais il en va différemment des associations qui ne disposent que d'un droit exceptionnel accordé par le législateur, le principe demeurant celui de l'irrecevabilité de l'action associative d'intérêt collectif. La différence de traitement s'explique aisément. Si les groupements professionnels sont censés défendre un intérêt qui leur est propre – l'intérêt collectif de la profession –, les associations, en revanche, « défendent » véritablement une fraction de l'intérêt général*" (Action civile, Rép. Dalloz, 2017, n° 357).

profession qu'ils représentent, la chambre criminelle a rendu l'arrêt, déjà cité, du 18 octobre 1913, excluant toute possibilité pour une association d'exercer "*l'action civile en cas d'infractions contre la fin qu'elle défend*". La disparité des solutions applicables a été consacrée de manière très explicite par l'arrêt des chambres réunies du 15 juin 1923 qui a posé le principe "*qu'à la différence des syndicats professionnels les associations ne représentent pas de plein droit la profession de ceux qui en font partie*".

Ainsi, quelle que soit la solution que vous pourriez retenir à l'égard des associations habilitées, un syndicat invoquant l'atteinte qu'aurait causée une infraction à l'intérêt collectif de la profession qu'il représente devrait être regardé comme une personne se prétendant lésée par l'infraction, recevable, comme telle, à se constituer partie civile sur le fondement de l'article 2 du code de procédure pénale, l'article L. 2132-3 du code du travail ne faisant que consacrer une solution acquise en jurisprudence sur le fondement des dispositions générales relatives à l'action civile.

En sa sixième branche, le moyen nous paraît donc devoir être écarté en tant qu'il reproche à la commission d'instruction d'avoir admis que les deux syndicats de magistrats avaient qualité pour agir. Il reste à examiner s'ils y avaient intérêt.

1.1.3.5.3.- A la supposer établie, l'infraction, objet de la poursuite, porterait atteinte à l'intérêt collectif défendu par les syndicats plaignants

Pour écarter l'argumentation du requérant selon laquelle le délit de prise illégale d'intérêts, objet de la poursuite, n'avait pas porté directement atteinte aux intérêts collectifs de la magistrature, la commission d'instruction a jugé, par les motifs reproduits au quatrième moyen, qu'une telle atteinte résulte nécessairement d'une infraction caractérisée par des "*agissements en matière disciplinaire d'un ministre de la justice anciennement avocat*" mettant en cause des "*magistrats contre lesquels il [avait], en son nom ou celui de clients qu'il représentait, précédemment déposé plainte ou qu'il [avait] accusés publiquement (...) d'user de méthodes qualifiées de barbouzardes*" (arrêt, p. 20).

La commission d'instruction a en outre rappelé que, par un arrêt du 27 juin 2012, la chambre criminelle a jugé que les syndicats peuvent se constituer partie civile devant le juge d'instruction du chef de prise illégale d'intérêts dès lors que les faits évoqués rendent possible l'existence d'un préjudice, fût-il indirect, résultant de l'atteinte aux intérêts moraux de la profession et distinct de celui qu'ont pu subir individuellement les salariés représentés⁵⁶.

Dans l'affaire considérée, les syndicats des personnels de plusieurs banques avaient porté plainte avec constitution de partie civile du chef de prise illégale d'intérêts reprochant à la personne mise en cause d'avoir été nommée à des fonctions de direction au sein de plusieurs établissements financiers après avoir, comme haut fonctionnaire, surveillé l'opération de fusion entre ces mêmes établissements. La chambre criminelle a censuré, au visa des articles 2 et 3 du code de procédure pénale et L. 2132-3 du code du travail, l'arrêt de la chambre de l'instruction qui avait déclaré la plainte irrecevable faute d'atteinte à l'intérêt collectif défendu par les syndicats.

Si les circonstances de la présente affaire sont, bien entendu, très différentes, elles appellent quant à la recevabilité de l'action des syndicats, la même solution. Celle-ci paraît même s'imposer a fortiori. Dès lors que le garde des Sceaux tient de la Constitution et de

⁵⁶ Crim. 27 juin 2012, n° 11-86.920, P.

l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature d'éminentes prérogatives en matière de discipline des magistrats, les manquements susceptibles de lui être reprochés dans l'exercice de ces prérogatives affectent l'institution dont il est l'un des garants et portent donc atteinte à la magistrature toute entière au-delà du préjudice pouvant avoir été subi personnellement par tel ou tel magistrat. Lorsque comme en l'espèce, ces manquements sont susceptibles de revêtir une qualification pénale, les syndicats de magistrats, qui seraient recevables à se constituer partie civile en raison de l'atteinte portée à l'intérêt collectif qu'ils défendent, sont, pour le même motif, recevables à porter plainte auprès de la commission des requêtes de la Cour de justice de la République en qualité de personnes se prétendant lésées par l'infraction. Nous vous proposons donc d'écarter le moyen en tant qu'il conteste l'atteinte portée à l'intérêt collectif défendu par les syndicats plaignants.

1.1.3.5.4.- La question de l'habilitation à ester en justice

Comme l'a énoncé la chambre criminelle, *"il se déduit de [l'article L. 2132-3 du code du travail] que seuls disposent du droit d'ester en justice les représentants des syndicats tirant ce pouvoir, soit des statuts, soit d'un mandat exprès régulier"*⁵⁷.

Devant la commission d'instruction, M. [P] a fait valoir que la plainte commune des deux syndicats de magistrats devait être déclarée irrecevable pour avoir été déposée par leurs présidentes sans que celles-ci aient produit un pouvoir spécial à cet effet ou établi qu'elles étaient habilitées à agir par les statuts de leurs syndicats. Il a observé que la présidente du Syndicat de la magistrature ne justifiait pas de l'autorisation préalable exigée à l'article 20 des statuts du syndicat (D 24). Par ailleurs, l'Union syndicale des magistrats n'ayant pas communiqué ses statuts en dépit de la demande qui lui en avait été faite par la greffière de la commission des requêtes, le demandeur a estimé qu'il convenait d'en déduire le défaut de pouvoir de sa présidente.

La commission d'instruction n'est pas entrée dans ce débat. Elle a relevé que *"l'absence au dossier de pouvoir spécial ou d'habilitation autorisant les représentants des syndicats à se constituer partie civile ne [pouvait] être utilement invoquée, dès lors d'une part, qu'ils n'ont jamais réclamé cette qualité, d'autre part considérant qu'aucune habilitation aux fins d'ester en justice n'était requise"*.

A la cinquième branche du moyen, le demandeur critique ces motifs, réitérant l'argumentation qu'il avait développée devant la commission d'instruction.

Il nous semble en effet difficile de suivre l'analyse de la commission. Certes, la plainte déposée par les syndicats n'a pas eu pour objet ou pour effet de mettre elle-même en mouvement l'action publique ou de conférer à ses auteurs la qualité de partie civile. Cependant, il ne peut en être déduit que, pour le dépôt d'une telle plainte, il n'y aurait pas lieu de se conformer aux stipulations des statuts subordonnant à certaines conditions l'exercice du droit d'ester en justice.

Si elle n'est pas une plainte avec constitution de partie civile, la plainte déposée devant la commission des requêtes ne peut être réduite à une plainte simple dès lors que, soumise à certaines conditions de recevabilité, elle est la condition préalable de l'engagement des

⁵⁷ Crim. 11 sept. 2018, n° 16-81.764 - v. aussi : Crim., 16 nov. 2005, n° 04-84.520, B. n° 299 ; Crim. 18 nov. 2020, n° 20-84.988

poursuites. Pour être recevable et déterminer les poursuites, elle doit émaner d'une personne qui se prétend lésée par l'infraction et être « signée par le plaignant ». Or, lorsque le signataire n'agit pas en son nom propre mais en celui d'une personne morale ayant été atteinte dans ses intérêts par l'infraction, il importe qu'il soit en mesure d'établir qu'il a été régulièrement habilité à cet effet, sans quoi la plainte ne peut être regardée comme émanant de la personne morale.

Pour autant, la plainte conjointe des syndicats de magistrats ne saurait être déclarée irrecevable. Il résulte en effet de l'examen des pièces de la procédure soumises à votre contrôle que, par un courriel du 4 janvier 2021, la présidente de l'Union syndicale des magistrats a adressé à la Cour de justice de la République une copie des statuts du syndicat ainsi qu'un extrait de la délibération du 9 octobre 2020 par laquelle le conseil national de celui-ci l'a autorisée à « déposer une plainte auprès de la Cour de justice de la République dirigée contre [B] [P], garde des Sceaux, ministre de la justice, pour des faits de prise illégale d'intérêt⁵⁸. Il apparaît que ces pièces, en possession de la commission des requêtes, ont été sollicitées par la présidente de la commission d'instruction par courriel du 15 septembre 2021 et donc postérieurement au dépôt, le 7 septembre 2021, de la requête en nullité. Elles ont été communiquées le même jour pour être cotées⁵⁹. Dans l'exercice du contrôle en fait et en droit que vous exercez sur les décisions de la commission d'instruction, il vous est loisible de vous y référer dès lors qu'elles sont soumises au débat contradictoire.

Il apparaît ainsi que la présidente de l'USM a été habilitée à agir en justice dans les conditions prévues à l'article 10 des statuts de ce syndicat⁶⁰. Dès lors, le moyen tiré de ce qu'une telle habilitation n'aurait pas été donnée manque partiellement en fait.

Il résulte de ce qui précède qu'en tant qu'il est pris de ce que la commission d'instruction aurait admis à tort la recevabilité de la plainte conjointement déposée par les deux syndicats de magistrats, le moyen ne peut qu'être écarté. Vous constaterez que cette plainte a été régulièrement déposée par l'Union syndicale des magistrats, ce qui suffit à en assurer la recevabilité.

En tout état de cause, contrairement à ce qui est soutenu par le demandeur, l'irrecevabilité des plaintes ne serait pas de nature à emporter l'annulation des auditions des représentants de l'association Anticor et des syndicats de magistrats, la régularité de ces auditions n'étant pas subordonnée à la recevabilité des plaintes de ces personnes morales.

Surtout, elle serait sans conséquence sur la régularité de la poursuite, dès lors que la décision de la commission des requêtes trouve par ailleurs son fondement dans les demandes d'avis dont elle a été saisie par le procureur général, ce qu'il nous reste à examiner.

1.1.3.6.- Des plaintes dont l'irrecevabilité serait sans conséquence sur la régularité des poursuites

1.1.3.6.1.- Saisine d'office concomitante de la commission des requêtes par le procureur général

⁵⁸ Cotes Ag 3 et Ag 4

⁵⁹ Cotes Ag1 et Ag2

⁶⁰ Aux termes de l'article 10 des statuts : « Le président représente le syndicat. Sur autorisation du conseil national, il peut agir en justice (...)

Comme nous l'avons indiqué et comme le rappelle la commission d'instruction dans les motifs de son arrêt écartant le grief tiré de l'irrecevabilité des plaintes, la décision de la commission des requêtes a été rendue au vu, non seulement des plaintes déposées par l'association Anticor et les deux syndicats de magistrats, mais également de deux demandes d'avis du procureur général près la Cour de cassation des 28 octobre et 21 décembre 2020 visant strictement les mêmes faits que ceux dénoncés dans les plaintes. Relevant cette circonstance, la commission d'instruction a estimé que l'argumentation du requérant tirée de l'irrecevabilité des plaintes était inopérante dès lors que les demandes d'avis suffisaient à fonder la décision de la commission des requêtes.

Contrairement à ce que soutient incidemment le demandeur à la deuxième branche du moyen, la circonstance que la commission des requêtes avait été saisie par les plaintes de l'association Anticor et des syndicats de magistrats ne faisait pas obstacle à ce que le procureur général exerce le pouvoir d'agir d'office qui lui est conféré par l'article 68-2 de la Constitution, dont l'article 17 de la loi organique reprend les dispositions, et donc qu'il saisisse la commission des requêtes d'une demande d'avis aux fins d'exercer les poursuites du même chef et à raison des mêmes faits.

Certes, l'utilité d'une saisine d'office par le procureur général apparaît avec une particulière évidence dans le cas où aucune plainte n'a été adressée à la commission des requêtes. L'initiative du procureur général est alors le seul moyen de mettre en mouvement l'action publique. C'est le sens de l'observation de M. François Molins dans son commentaire des dispositions en cause lorsqu'il écrit : *« l'utilité de ce pouvoir d'office apparaît dans les cas où personne n'aurait déposé plainte auprès de la commission des requêtes, qui ne peut s'autosaisir, alors que des faits qualifiables pénalement auraient été commis par un ministre dans l'exercice de ses fonctions »*⁶¹. L'observation est partagée par un auteur qui relève que *« le procureur général près la Cour de cassation a vocation à agir d'office soit lorsqu'un crime ou un délit a été connu sans qu'aucune plainte n'ait été déposée ou qu'aucune plainte n'ait été recevable [...], soit lorsqu'une instruction en cours fait apparaître qu'un membre du Gouvernement est susceptible d'avoir commis un crime ou un délit dans l'exercice de ses fonctions »*⁶². Pour autant, la circonstance que la saisine d'office présente une utilité moindre lorsque la commission des requêtes se trouve saisie d'une plainte ne signifie pas qu'elle serait alors interdite.

A aucun moment au cours des travaux parlementaires, il n'a été affirmé que le procureur général ne pourrait agir d'office qu'en l'absence d'une telle plainte⁶³. Surtout, aucune

⁶¹ Le ministère public, Rep. droit pén. et procéd. pén. 2020, n° 60

⁶² P.-O. Caille, J.-Cl. Adm., *Cour de justice de la République*, fasc. 40, n°42

⁶³ La rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale indique sur ce point : *« Souhaitant prendre en compte l'hypothèse, au demeurant peu probable, dans laquelle il apparaîtrait qu'un membre du Gouvernement serait susceptible d'avoir commis un crime ou un délit dans l'exercice de ses fonctions sans qu'aucune plainte ne soit déposée, le constituant a habilité le procureur général près la Cour de cassation à saisir d'office la Cour de justice de la République sur avis conforme de la commission des requêtes. Ainsi en dispose, rappelons-le, l'avant-dernier alinéa de l'article 68-2 de la Constitution. [...] Dans l'hypothèse visée à l'article [17], le procureur général près la Cour de cassation est en quelque sorte amené à se substituer au plaignant défaillant. »* (Rapp. préc. M. Fanton, p. 41). Le constat qui est ainsi fait qu'en l'absence de plainte l'engagement des poursuites dépend de l'exercice du pouvoir d'agir d'office ne signifie pas qu'en cas de plainte l'exercice de ce pouvoir serait exclu. Analysant les dispositions correspondantes, le rapporteur du projet devant le Sénat s'exprime en ces termes : *« Cet article accorde au procureur général le pouvoir d'agir d'office aux fins de saisine de la commission d'instruction dans le cas, par exemple, d'un dossier transmis par un tribunal ou par le Garde des Sceaux, ou encore dans celui où il peut avoir connaissance de faits délictueux sur simple dénonciation. L'intervention du*

disposition de la Constitution ou de la loi organique n'autorise une telle interprétation. En énonçant, à l'article 68-2 de la Constitution comme à l'article 17 de cette loi que "*le procureur général près la Cour de cassation peut aussi saisir d'office la commission des requêtes*" ou, selon la formule de la loi, "*agir d'office*", le législateur ne subordonne la mise en œuvre de cette prérogative à aucune condition tenant à l'absence de dépôt de plainte auprès de la commission des requêtes. C'est même tout le contraire. L'adverbe "aussi" fait apparaître que la demande d'avis du procureur général est un mode de saisine, non pas alternatif ou supplétif, mais concurrent ou cumulatif, placé à égalité avec le dépôt de plainte.

On ne voit pas comment il pourrait en être autrement. La circonstance qu'une plainte ait été déposée ne saurait priver le procureur général du pouvoir qu'il tient de la Constitution de saisir d'office la commission des requêtes. Contrairement au plaignant, le magistrat du ministère public a pour mission de défendre les intérêts généraux de la société. Il peut lui sembler nécessaire de manifester, par son initiative, que ces intérêts commandent l'exercice de poursuites dans une affaire ayant fait par ailleurs l'objet d'une ou plusieurs plaintes. Il se peut également que la faiblesse de l'argumentation des plaintes déposées ou les incertitudes entourant leur recevabilité, fassent apparaître la nécessité d'une action d'office qui ne saurait en ce cas être subordonnée à une déclaration d'irrecevabilité ou à une décision de classement. Il serait singulier de priver d'effet la demande d'avis du procureur général y compris dans le cas où elle aurait été adressée à la commission des requêtes concurrentement à des plaintes s'étant révélées irrecevables. Autrement dit, il faut considérer que le dépôt d'une plainte n'empêche pas plus l'action d'office du ministère public que l'action d'office de celui-ci n'empêche le dépôt d'une plainte.

Au demeurant, comme l'observe, la commission d'instruction, la commission des requêtes a bien considéré qu'elle était saisie à la fois par les plaintes de l'association Anticor et des syndicats de magistrats et par les demandes d'avis du procureur général, puisqu'elle a décidé l'engagement de poursuites en se fondant à la fois sur ces plaintes et sur ces demandes. En effet, dans le dispositif de sa décision, elle a, d'une part, transmis les plaintes au procureur général aux fins de saisine de la commission et, d'autre part, émis un avis favorable aux demandes du procureur général relatives à la saisine de celle-ci.

1.1.3.6.2.- Une saisine d'office constituant le support de la décision de la commission des requêtes

Contrairement à ce qu'énonce l'arrêt attaqué, le réquisitoire aux fins d'informer délivré par le procureur général en exécution de la décision de la commission des requêtes ne suffirait à régulariser la poursuite s'il apparaissait que cette décision a été rendue au terme d'une procédure irrégulière. Vous ne pourrez donc approuver les motifs de l'arrêt attaqué, critiqués à la deuxième branche du moyen, selon lesquels "*les irrégularités éventuelles pouvant affecter la décision de la commission des requêtes (...) ne sauraient affecter la régularité de la saisine de la commission d'instruction, laquelle en application de l'article 19 [de la loi organique], n'est saisie que par le réquisitoire du procureur général*". La commission d'instruction semble avoir ainsi transposé la solution selon laquelle l'irrecevabilité de la plainte avec constitution de partie civile est sans incidence sur la validité du réquisitoire aux fins d'informer qui, à lui seul, saisit régulièrement le juge d'instruction⁶⁴. Mais cette solution n'est pas applicable lorsque, la poursuite étant subordonnée par la loi à une plainte ou à un avis, la régularité du réquisitoire dépend de l'existence et de la régularité de cette plainte ou

Procureur général est, par ailleurs, la seule possible dans le cas d'infractions sans victimes directes. » (Rapp. préc. M. Jolibois, p. 27).

⁶⁴ Crim., 21 juin 1973 : B., n° 290 ; Crim., 8 nov. 1983, B., n° 290 ; Crim., 24 janv. 1991, n° 90-82.824 ; Crim. 7 sept. 2021, n° 19-87.036.

de cet avis⁶⁵. A fortiori doit-il en être ainsi lorsque, comme en l'espèce, la décision ou l'avis auquel est subordonnée la délivrance du réquisitoire lie le ministère public de sorte que la propre décision de celui-ci n'a aucune autonomie autre que formelle.

En revanche, la circonstance que le procureur général ait saisi d'office la commission des requêtes des mêmes faits que ceux dénoncés dans les plaintes adressées à celle-ci est de nature à rendre inopérant le moyen tiré de l'irrecevabilité de ces plaintes dès lors qu'à les supposer irrecevables, la décision de la commission des requêtes n'en trouverait pas moins son support dans la demande d'avis du procureur général.

Pour ce motif, substitué à celui de l'arrêt attaqué, vous pourrez approuver la commission d'instruction d'avoir jugé qu'en tout état de cause l'irrecevabilité des plaintes ne serait pas de nature à emporter l'annulation de la poursuite, fondée "aussi" sur l'avis favorable donné à la demande du procureur général.

1.1.3.7.- Conclusion

Le quatrième moyen nous semble ainsi devoir être écarté, d'abord parce que, contrairement à ce que soutient le demandeur, la plainte conjointe du Syndicat de la magistrature et de l'Union syndicale des magistrats doit être tenue pour recevable, ensuite parce qu'en tout état de cause, son irrecevabilité serait sans conséquence sur la régularité de la poursuite fondée sur l'avis conforme donné par la commission des requêtes à la demande du procureur général exerçant son droit d'action d'office.

1.1.4.- Défaut d'impartialité du procureur général près la Cour de cassation (5ème moyen)

1.1.4.1.- Délimitation du moyen de cassation

Dans la première partie de sa requête en nullité tendant à l'annulation "*de la saisine et de tous les actes de poursuite et d'instruction subséquents*", M. [P] a invoqué le défaut d'impartialité de M. François Molins, procureur général près la Cour de cassation qui, aux termes de l'article 8 de la loi organique du 23 novembre 1993, exerce le ministère public près la Cour de justice de la République. Trois comportements ont été mis en avant pour caractériser ce grief.

En premier lieu, le requérant a fait valoir que, les 15 et 16 septembre 2020, la directrice de son cabinet avait consulté M. Molins sur la nécessité de prescrire l'enquête administrative qu'il lui est reproché d'avoir ordonnée à l'égard des magistrats du PNF.

En deuxième lieu, il a exposé que M. Molins avait cosigné avec la première présidente de la Cour de cassation, une tribune, parue le 29 septembre 2020 dans le journal *Le Monde*, dans laquelle les deux chefs de cour avaient exprimé leur préoccupation au regard, d'une part, de la situation de conflit d'intérêts résultant, pour le ministre de la justice, de ce qu'il avait prescrit une enquête administrative contre trois magistrats du PNF ayant été en charge d'une procédure le concernant et, d'autre part, de l'atteinte qui aurait été portée par celui-ci à la présomption d'innocence des magistrats visés par cette enquête. Dans le même registre, le requérant a mis en avant des déclarations de même nature faites, le lendemain, par le procureur général sur une station de radio.

En troisième lieu, M. [P] a soutenu que M. Molins avait la qualité de témoin dans la présente procédure dès lors qu'il avait adressé à la commission d'instruction une note du 22 juillet 2021 dans laquelle il précisait les circonstances de son entretien avec la directrice de cabinet

⁶⁵ Crim., 8 nov. 1983, n° 83-92.677 ; Crim., 16 avr. 2013, n° 12-81.027, Bull., n° 87.

et évoquait des notes prises par lui lors d'une réunion au cours de laquelle le ministre de la justice avait annoncé qu'il allait saisir le Conseil supérieur de la magistrature de poursuites disciplinaires à l'encontre des magistrats mis en cause dans "l'affaire des fadettes du PNF".

Le cinquième moyen de cassation, pris de la violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de l'article préliminaire du code de procédure pénale est dirigé contre les motifs par lesquels la commission d'instruction a écarté cette argumentation. Ce moyen doit être bien circonscrit⁶⁶.

D'abord, il résulte de sa formulation que la contestation porte exclusivement sur la régularité des réquisitions ayant déterminé l'ouverture de l'information, qu'il s'agisse des réquisitions des 28 octobre et 21 décembre 2020 par lesquelles le procureur général a saisi la commission des requêtes pour avis ou du réquisitoire aux fins d'informer du 13 janvier 2021 pris en exécution de la décision de la commission des requêtes.

Ensuite, pour caractériser le défaut d'impartialité du procureur général, le demandeur invoque devant vous, outre les éléments dont il faisait état devant la commission d'instruction, d'autres éléments nouveaux tels que les conseils qui auraient été donnés par M. Molins à Mme [K], alors conseillère justice du président de la République, en faveur de l'engagement d'une enquête administrative et l'accord donné par lui à un magistrat du parquet général pour participer à une émission de télévision sur la justice à [Localité 3] dans laquelle M. [G] était appelé à intervenir.

Enfin, le demandeur fait valoir qu'en violation du droit à un procès équitable, du contradictoire et de l'égalité des armes, la commission d'instruction a refusé la demande formulée par la défense d'entendre M. Molins comme témoin. Toutefois, ce grief, distinct de celui tiré du défaut d'impartialité du procureur général, apparaît nouveau et, comme tel, irrecevable. Notons qu'il est invoqué par ailleurs au soutien du pourvoi n° 21-87.457 formé contre l'ordonnance par laquelle la commission d'instruction n'a pas fait droit à la demande d'audition de M. Molins comme témoin. C'est ainsi délimité que le moyen doit être examiné.

1.1.4.2.- Appréciation du moyen de cassation

1.1.4.2.1.- Moyen inopérant en tant qu'il est tiré d'un prétendu défaut d'impartialité de M. Molins

Comme le rappelle l'arrêt attaqué, la chambre criminelle juge avec constance que *"le ministère public ne décidant pas du bien-fondé de l'accusation en matière pénale, le moyen pris de la partialité éventuelle de ce magistrat est inopérant"*⁶⁷. La solution est en cohérence avec les dispositions de l'article 669, alinéa 2, du code de procédure pénale aux termes desquelles *"Les magistrats du ministère public ne peuvent être récusés"*.

Il va de soi que, sauf à remettre en cause son existence même, il ne peut être reproché au ministère public, partie poursuivante, de prendre le parti de l'accusation. Mais la solution

⁶⁶ Dans son mémoire, mais non dans son moyen, le demandeur invoque l'article 7-1 de l'ordonnance 58-270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature aux termes duquel « *les magistrats veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts* ». Toutefois cet article, combiné avec l'article L. 111-7 du code de l'organisation judiciaire, laisse à la conscience du magistrat le soin d'apprécier la conduite à tenir.

⁶⁷ Crim., 6 janv. 1998, n° 97-81.466, B., n° 1 ; Crim., 27 juin 2000, n° 00-80.571 ; Crim., 22 mai 2001, n° 00-83.793 Crim., 22 janvier 2002, n° 00-87.324, n° 00-87.323 et n° 00-87.322 ; Crim., 1 sept. 2009, n° 08-87.765 ; Crim., 13 janv. 2016, n° 15-81.596 ; Crim., 9 mars 2016, n° 14-86.795 ; Crim., 13 juin 2019, n° 18-80.291 - Pour la même solution dans une formulation un peu différente : Crim. 10 déc. 1986, n° 86-91.567, B. n° 370 ; Crim. 6 mai 1996, n° 95-81.766, B. n° 187 ; Crim. 19 mars 1998, n° 96-86.312 ; Crim. 21 mai 2003, n° 02-87.150, B. n° 103 ; Crim., 4 avr. 2007, n° 06-85.845 - Pour des arrêts de la 1^{ère} chambre civile : 1^{ère} Civ., 22 mai 2002, n° 99-13.871, 99-13.872, B. n° 140 ; 1^{ère} Civ., 23 nov. 2004, n° 02-13.293, B. n° 283

couvre bien d'autres griefs. Elle s'applique dans tous les cas où l'impartialité fonctionnelle du magistrat du ministère public est mise en cause, notamment lorsqu'il lui est reproché d'avoir connu de l'affaire à un stade antérieur⁶⁸. Elle s'applique également lorsque c'est son impartialité personnelle qui est contestée, par exemple en raison de sa proximité avec la personne poursuivie⁶⁹ ou avec les faits, objet de la poursuite⁷⁰.

Ce tableau est peut-être à nuancer. Bien que la chambre criminelle n'ait pas eu l'occasion de trancher ce point, il n'est pas exclu qu'il faille distinguer selon que le ministère public est mis en cause comme partie poursuivante ou comme directeur de l'enquête.

Dans le premier cas, l'inopérance du moyen pris de sa partialité se justifie par le fait que la conduite des investigations ainsi que l'appréciation des indices, des charges ou des preuves reviennent à la juridiction d'instruction ou de jugement et donc à un "tribunal indépendant et impartial". La Cour de Strasbourg ne dit rien d'autre lorsqu'elle juge que "*le ministère public, en tant que partie poursuivante, [n'étant] pas appelé, en cette qualité, à décider du bien-fondé d'une accusation en matière pénale (...) ne saurait être astreint aux obligations d'indépendance et d'impartialité que l'article 6 impose à un "tribunal", c'est-à-dire à un organe juridictionnel "appelé à trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence"*⁷¹.

Dans le second cas, lorsque le ministère public intervient, avant l'engagement des poursuites, pour diriger et contrôler les investigations de la police judiciaire dans le cadre d'une enquête, la solution pourrait être différente. Le magistrat du parquet se trouve alors placé dans une position proche de celle d'un magistrat instructeur. L'article 39-5 du code de procédure pénale lui fait d'ailleurs obligation de veiller à ce que les investigations soient conduites à charge et à décharge selon une formule évoquant celle de l'article 81 du code de procédure pénale applicable au cours de l'information. Sa partialité, en affectant le recueil des preuves, peut alors avoir pour conséquence de compromettre l'équité du procès et la recherche de la vérité. C'est un tel risque qui a déterminé la chambre criminelle à juger que le défaut d'impartialité d'un enquêteur peut constituer une cause de nullité lorsque cette circonstance a eu pour effet de porter atteinte au caractère équitable et contradictoire de la procédure ou de compromettre l'équilibre des droits des parties⁷². Il pourrait apparaître cohérent d'étendre cette solution au défaut d'impartialité du ministère public lorsqu'il est en charge du contrôle de l'enquête. L'extension donnerait son sens et sa portée à l'article 31 du code de procédure pénale - non invoqué par le demandeur - qui, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013, dispose que le ministère public exerce ses fonctions "*dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu*".

Quoi qu'il en soit, c'est, au cas présent, en tant que partie poursuivante et non en tant que directeur de l'enquête que le procureur général voit son impartialité mise en cause par M. [P].

⁶⁸ Crim. 10 déc. 1986, préc. ; Crim. 6 mai 1996, préc. ; Crim. 19 mars 1998, préc. ; Crim. 21 mai 2003, préc.

⁶⁹ Membre du parquet, parrain du fils du prévenu (Crim. 6 janv. 1998, préc.), assisté par une élève-avocate, amie de la partie civile (Crim. 22 mai 2001, préc.), enseignant au sein de l'université victime de l'infraction (Crim., 9 mars 2016, préc.).

⁷⁰ Membre du parquet cité dans l'ouvrage ayant déterminé des poursuites pour diffamation (Crim. 22 mai 2001, préc.), mis en cause par la partie civile (Crim. 13 juin 2019, préc.)

⁷¹ CEDH, 18 oct. 2018, *Thiam c/ France*, n° 80018/12, § 71 et les arrêts cités

⁷² Crim. 14 mai 2008, n° 08-80.483 ; Crim. 22 juin 2010, n° 10-82.421 ; Crim. 22 janv. 2014, n° 13-81.289 ; Crim. 9 juin 2015, n° 14-83.322, B. n° 139 ; Crim. 9 févr. 2016, n° 17-82.574 ; Crim. 20 déc. 2017, n° 17-82.574 ; Crim. 10 janv. 2018, n° 17-84.896 ; Crim. 17 janv. 2018, n° 16-83.612 ; Crim. 8 janv. 2019, n° 18-80.685 ; Crim. 5 mars 2019, n° 18-81.732 ; Crim. 10 juin 2019, n° 09-81.902, B. n° 119 ; Crim. 15 oct. 2019, n° 17-86.838 ; Crim., 14 janv. 2020, n° 19-83.728 ; Crim., 23 mars 2021, n° 20-82.416

Dès lors, il y a lieu de faire application de la jurisprudence constante de la chambre criminelle, maintenue au-delà de la modification apportée à l'article 31 du code de procédure pénale, et d'écarter cette contestation comme inopérante.

La solution s'impose d'autant plus dans le présent cas de figure que, comme nous l'avons vu, le procureur général a compétence liée s'agissant de l'engagement des poursuites. Si, formellement, son réquisitoire aux fins d'informer saisit la commission d'instruction, ce réquisitoire n'est que le prolongement nécessaire de la décision d'engager des poursuites prise par la commission des requêtes. Certes, au cas présent, cette décision est elle-même intervenue au vu, notamment, de demandes d'avis émanant du procureur général, mais l'appréciation portée par celui-ci, dans ces demandes, quant à la caractérisation du délit reproché, laissait la commission entièrement libre de sa décision. Il nous semble ainsi que, pour ce motif également, le moyen apparaît inopérant.

1.1.4.2.1.- Moyen inopérant en tant qu'il invoque la qualité de témoin de M. Molins

Un point de l'argumentation du demandeur appelle quelques développements complémentaires. Au nombre des éléments mis en avant par M. [P] pour établir la partialité de M. Molins figure la circonstance que celui-ci aurait "*participé, en donnant des conseils*" à sa directrice de cabinet "*au sujet de la décision d'engager une enquête administrative à l'égard des magistrats du parquet national financier qui est précisément l'objet des poursuites*". Bien que le demandeur ne l'indique pas nettement dans son moyen, vous pourriez considérer, à la lumière de la partie discursive de son mémoire, qu'il a entendu ainsi faire valoir que M. Molins a, dans la procédure, la qualité de témoin, incompatible avec celle d'autorité de poursuite.

A cet égard, la chambre criminelle juge que "*le magistrat du parquet qui, par l'effet d'une citation, a reçu la qualité de témoin dans les poursuites dirigées contre le prévenu, ne saurait, aussi longtemps que cette qualité lui est attachée, exercer les fonctions du ministère public auprès du tribunal correctionnel chargé de statuer sur lesdites poursuites*". Autrement dit, pour reprendre les termes du même arrêt, la qualité de témoin est "*incompatible avec l'exercice des fonctions du ministère public*" dans la même procédure⁷³.

Au vu de cette solution, on observera d'emblée que la question soulevée est moins celle de l'atteinte à l'impartialité que l'incompatibilité des statuts de procureur et de témoin.

Par ailleurs, si, devant le tribunal correctionnel, la qualité de témoin s'acquiert par le seul effet de la citation à comparaître en cette qualité et demeure aussi longtemps que cette citation n'a pas été annulée, tel n'est pas le cas au cours de l'information. Seuls peuvent alors être considérés comme témoins les personnes que la juridiction d'instruction a décidé d'entendre comme tels en application des articles 101 à 103 du code de procédure pénale. Le fait que M. Molins ait adressé à la commission d'instruction une note précisant les circonstances de son entretien avec la directrice de cabinet ne suffit pas à lui conférer cette qualité. En l'espèce, si le demandeur a sollicité l'audition de M. Molins en qualité de témoin, la commission d'instruction n'a pas fait droit à sa demande ainsi qu'elle le rappelle dans l'arrêt attaqué. Sa décision sur ce point a fait l'objet du pourvoi n° 21-87.457 (*infra*, II.3). Quel que soit le sort que vous réserverez à ce pourvoi et, notamment, quelle que soit l'appréciation que vous porterez, le cas échéant, sur les motifs pour lesquels la commission d'instruction n'a pas fait droit à la demande dont elle était saisie, vous ne pourrez que constater que M. Molins n'a pas été entendu comme témoin.

⁷³ Crim. 26 juill. 1983, n° 83-91.899, B. n° 228

En tout état de cause, à supposer que vous jugiez que M. Molins a acquis la qualité de témoin au cours de l'information, l'incompatibilité qui en résulterait serait sans incidence sur la régularité des réquisitions prises avant l'ouverture de l'information, seules contestées par le demandeur. Le moyen apparaît donc également inopérant sous ce second aspect.

I.1.5.- Absence de communication du procès-verbal d'audition de Mme [K] (3ème moyen)

Le 12 octobre 2021, veille de l'audience des débats tenus devant la commission d'instruction sur la requête en nullité déposée par M. [P], Mme [I] [K], alors conseillère justice du Président de la République, a été entendue par la commission, en qualité de témoin (D1190). Lors de cette audition, Mme [K] a fait part des interrogations qu'avait suscitées chez elle une saisine de l'Inspection générale de la justice (IGJ), service dépendant du garde des Sceaux, aux fins d'effectuer une enquête administrative sur la situation des magistrats du PNF mis en cause, exposant avoir envisagé une saisine du Conseil supérieur de la magistrature (CSM). Elle indiquait avoir téléphoné à M. Molins, procureur général près la Cour de cassation, pour s'entretenir avec lui, dans le cadre d'un échange informel, de la possibilité d'une telle saisine. Il s'agissait seulement « *de savoir si le CSM pouvait prendre l'affaire en l'état* » ou si une saisine préalable de l'IGJ était préférable (D1190/13-14).

Le procès-verbal de cette audition, qui n'était pas encore coté, ne figurait pas au dossier de la procédure mis à la disposition de la défense avant l'audience tenue sur la requête en nullité. Ayant appris son existence par la presse, les avocats de M. [P] ont protesté auprès de la présidente de la commission d'instruction qui, par un courrier du 3 novembre 2021, jour du prononcé de l'arrêt attaqué, la leur a confirmé, indiquant que le retard de la cotation du procès-verbal correspondant résultait de la surcharge du greffe (D1193).

Dans son troisième moyen de cassation, le demandeur soutient qu'en s'abstenant de lui communiquer le procès-verbal d'audition de Mme [K], alors que, selon lui, cet élément était « déterminant » pour l'appréciation du moyen de nullité tiré de ce que M. Molins avait conseillé à sa directrice de cabinet de saisir l'IGJ aux fins d'enquête administrative, la commission d'instruction a méconnu les principes du droit à un procès équitable et du contradictoire et des droits de la défense, tels que protégés par les articles 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et préliminaire du code de procédure pénale.

Relevons que le demandeur ne considère pas que la cotation tardive du procès-verbal d'audition de Mme [K] donne, par elle-même, matière à annulation. De fait, selon la jurisprudence constante de la chambre criminelle, la circonstance que, contrairement aux prescriptions du deuxième alinéa de l'article 81 du code de procédure pénale, les pièces du dossier n'aient pas été cotées au fur et à mesure de leur rédaction ou de leur réception par le juge d'instruction n'est pas, en soi, une cause de nullité de la procédure⁷⁴.

Par ailleurs, il n'est pas discuté que, s'il n'a pas été mis dans le débat, le procès-verbal d'audition de Mme [K] n'a pas non plus fondé la décision de la commission d'instruction. Le reproche articulé par le demandeur ne tient donc pas davantage à ce que la commission

⁷⁴ Crim. 18 juin 1991, n° 91-82.028 ; Crim. 28 oct. 2003, n° 03-84.740 ; Crim. 10 déc. 2003, n° 03-85.986 ; Crim. 19 mai 2009, n° 09-81.564 ; Crim. 26 oct. 2010, n° 10-82.814 ; Crim., 11 mai 2021, n° 20-86.182, 20-82.415, § 38 - rapp., Crim. 29 janv. 2003, n° 02-86.774, B. n° 22 : pour la non communication d'une expertise ayant déterminé la mise en examen.

d'instruction se serait déterminée au vu de ce procès-verbal sans l'avoir préalablement soumis au débat contradictoire, ce qui eût constitué une cause de nullité⁷⁵.

C'est en réalité le reproche inverse que formule le demandeur. Il soutient que la commission d'instruction aurait dû se déterminer en considération du procès-verbal, après l'avoir soumis à la discussion contradictoire, dès lors que, d'une part, cet acte avait été établi par la commission avant que ne se tienne l'audience des débats sur la requête en nullité et que, d'autre part, les déclarations de Mme [K] étaient, selon lui, de nature à caractériser le défaut d'impartialité du procureur général près la Cour de cassation qui constituait l'un des moyens de nullité invoqués dans cette requête.

Ce moyen nous apparaît inopérant dès lors que, comme nous l'avons rappelé en examinant le cinquième moyen de cassation (*supra*, I.1.4), l'argumentation tirée d'un prétendu défaut d'impartialité du magistrat du ministère public est lui-même inopérant⁷⁶.

En tout état de cause, aux termes de l'article 174 du code de procédure pénale, si, en principe, les parties ne sont plus recevables à faire état de moyens de nullité qu'elles étaient en mesure de soumettre à la chambre de l'instruction saisie d'une requête en nullité, c'est sous réserve du "*cas où elles n'auraient pu les connaître*". Rappelant cette réserve, la chambre criminelle a jugé que ne saurait être déclaré irrecevable un moyen de nullité qui invoque une pièce versée au dossier postérieurement à un arrêt de la chambre de l'instruction ayant statué sur une précédente requête en nullité⁷⁷ ou encore des actes qui, avant l'audience de la chambre de l'instruction, n'avaient pas été tenus à la disposition des parties dans les conditions prévues par le code de procédure pénale⁷⁸.

Ainsi, dès lors qu'il n'avait pas eu connaissance du procès-verbal d'audition de Mme [K] lors de l'examen de sa requête en nullité, M. [P] demeurait recevable à en faire état dans une nouvelle requête. Or, à aucun moment, après la cotation du procès-verbal litigieux, intervenue, selon ses indications, le 23 novembre 2021, le demandeur n'a renouvelé sa demande d'annulation tirée de la partialité du procureur général en invoquant cette pièce. En particulier, dans sa seconde requête en nullité, présentée le 29 avril 2022, il s'est borné à reprendre sa demande d'annulation initiale dans les mêmes termes, sans faire état de l'audition de Mme [K].

Dès lors, à supposer qu'il puisse être tenu pour opérant, le moyen ne pourrait qu'être écarté en l'absence de grief, le demandeur ayant conservé le droit, dont il n'a pas usé, de renouveler son moyen de nullité sur le fondement de la pièce litigieuse.

⁷⁵ Crim. 16 oct. 1984, n° 84-93.885, B. n° 301 ; Crim. 27 juin 2000, n° 00-80.411, B. n° 246, a contrario ; Crim. 6 nov. 2013, n° 13-85.658, B. n° 214 ; Crim. 15 juin 2016, n° 15-81.124, B. n° 183 ; Crim. 30 janv. 2019, n° 18-82.644 ; Crim. 16 nov. 2022, n° 22-80.914

⁷⁶ On rappellera qu'au soutien de ce moyen, le demandeur invoquait le PV d'audition de Mme [K] qui n'avait pas été mis dans la discussion devant la commission d'instruction.

⁷⁷ Crim. 17 sept. 1996, n° 96-82.232, B. n° 317

⁷⁸ Crim. 14 mai 2002, n° 02-80.721, B. n° 111 ; ce dont il résulte que le président de la chambre de l'instruction qui, dans l'exercice de son pouvoir de filtrage, déclare irrecevable une requête en nullité, alors que le mis en examen invoque des éléments d'appréciation apparus postérieurement à une première requête rejetée par la chambre, commet un excès de pouvoir (Crim., 5 mars 2019, n° 18-85.752, B., n° 51)

I.1.6.- Irrégularité des recherches préalables à la saisine (6ème moyen)

I.1.6.1.- Demande du procureur général aux fins de communication des pièces d'une procédure antérieure

Il résulte des pièces de la procédure que, par un courrier du 2 octobre 2020, le procureur général près la Cour de cassation a demandé à la procureure de la République près le tribunal judiciaire de Nanterre de lui communiquer certaines pièces afin de lui permettre d'examiner la pertinence d'une dénonciation émanant de M. [BH] [BI] et dirigée contre M. [P] pour prise illégale d'intérêts, en vue d'apprécier les suites à lui donner (D 110/3). La demande portait plus précisément sur la plainte qui avait été déposée puis retirée par M. [P] à la suite de l'exploitation de sa téléphonie dans une enquête pour violation du secret professionnel ainsi que sur la procédure d'enquête correspondante et les suites réservées à la plainte.

Sur cette demande, ont été transmises au procureur général :

- les pièces se rapportant à l'enquête ayant donné lieu à l'exploitation de la téléphonie de M. [P], à l'origine de sa plainte (D111/1 à 12, D112/13 à 29 et D 113)⁷⁹ ;
- la plainte de M. [P] du 30 juin 2020 pour, notamment, atteinte à la vie privée, suivie de la procédure de dessaisissement du tribunal de Paris en application de l'article 43 du code de procédure pénale (D111/23 à 27) ainsi que le courrier de l'avocat de M. [P] du 14 juillet 2020 faisant part de la décision de celui-ci de se "désister" de sa plainte (D 111/19) ;
- la décision de classement sans suite prise par la procureure de Nanterre le 2 octobre 2020 sur les faits dénoncés dans cette plainte (D 111/15 à 17).

Ces pièces ont été communiquées par le procureur général à la commission d'instruction par courrier du 18 janvier 2021 (D 110/1).

I.1.6.2.- Appréciation au regard de l'article 15 de la loi organique

Devant la commission d'instruction, M. [P] a soutenu qu'elles avaient été obtenues en dehors de tout cadre légal dès lors que l'article 15 de la loi organique du 23 novembre 1993 réserve à la commission des requêtes le pouvoir de faire procéder aux investigations de nature à éclairer la suite à donner aux plaintes dont elle est saisie.

Dans son sixième moyen de cassation, M. [P] fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté cette demande.

Aux termes de l'article 15 de la loi organique : "*En cas de plainte insuffisamment motivée ou insuffisamment justifiée par les pièces produites, la commission des requêtes peut faire procéder à toutes investigations utiles selon les formes prévues par les articles 75, 76 et 77-1 du code de procédure pénale*". Les pouvoirs conférés par ces articles au procureur de la République sont exercés par l'un des membres de la commission, magistrat à la Cour de cassation". La commission des requêtes dispose donc, en vertu de ce texte, d'un pouvoir d'investigation doublement limité : d'une part, il ne peut tendre qu'à mieux apprécier le sérieux d'une plainte présentant des lacunes et, d'autre part, il ne permet que l'accomplissement des actes de l'enquête préliminaire visés par les articles précités du code de procédure pénale tels que des auditions, des perquisitions et saisies ou encore des constatations et examens techniques, à l'exclusion, notamment, de tout acte de coercition sur les personnes. Bien que l'article 15 de la loi organique, qui accorde ce pouvoir à la

⁷⁹ Procès-verbal de synthèse du 7 mars 2016 (D111/1 à 7), note d'analyse du parquet national financier du 6 octobre 2016 (D111/8 à 12) et intégralité des procès-verbaux de l'enquête (D 112/13 à 29 et D113)

commission des requêtes, ne vise que le cas où celle-ci est saisie d'une plainte, il ne fait pas de doute qu'elle en dispose également lorsque la saisine émane du procureur général près la Cour de cassation agissant d'office en application de l'article 17 de cette loi⁸⁰.

La commission d'instruction a jugé à titre principal qu'en conférant un pouvoir d'enquête, limité, à la commission des requêtes, les dispositions de l'article 15 n'en privaient pas le procureur général près la Cour de cassation. Selon les termes de l'arrêt attaqué "*il n'est pas établi que ces dispositions ôtent au procureur général (...) les pouvoirs conférés au procureur de la République par les articles 75 et suivants du code de procédure pénale*".

Cependant, en l'absence d'un texte, conçu sur le modèle de l'article 15, qui encadrerait le pouvoir d'investigation du procureur général, il paraît difficile d'affirmer que celui-ci disposerait des mêmes prérogatives que celles conférées en droit commun au procureur de la République pour la conduite des enquêtes. La Cour de justice de la République et son organe d'instruction ont le monopole des investigations lorsqu'il s'agit de déterminer la responsabilité pénale de membres du Gouvernement du chef d'une infraction qu'ils auraient commise dans l'exercice de leurs fonctions. C'est la raison d'être même de leur institution. Il ne fait dès lors aucun doute que le procureur général ne saurait, sans empiéter sur leur compétence, conduire de telles investigations.

A titre subsidiaire, la commission d'instruction avance qu'il n'est "*pas établi que les demandes formulées par le procureur général puissent être assimilées à des actes d'enquête préliminaire*". Il est vrai que la chambre criminelle a jugé que ne constituait pas un acte d'enquête susceptible, comme tel, d'interrompre la prescription, le compte rendu de ses investigations effectué par le service enquêteur au procureur de la République et la transmission de la procédure d'enquête à celui-ci⁸¹. Toutefois le cas de figure est différent de celui qui vous est soumis. En l'espèce, la demande de communication ne porte pas sur une procédure qui se déroulerait sous le contrôle du procureur général, auquel les enquêteurs auraient l'obligation de rendre compte, mais sur des procédures distinctes ayant été suivies dans d'autres juridictions. Une demande de communication de pièces émanant d'un magistrat du parquet afin d'apprécier la portée d'une dénonciation dont il est destinataire nous paraît constituer un acte d'enquête, même s'il s'agit d'un acte précurseur.

Pour autant, la circonstance que le procureur général ait accompli un tel acte ne saurait être regardée comme une violation des dispositions de l'article 15 de la loi organique.

Comme le relève par ailleurs la commission d'instruction, "*la demande adressée au procureur de Nanterre, relative à la transmission de la plainte déposée par M. [P] contre le PNF, n'est qu'une simple demande de copie de pièces déjà établies et n'a été faite que dans la perspective "d'examiner la pertinence du signalement dont le ministère public a été saisi et d'émettre un avis sur ses suites"*". La commission reprend ainsi les termes du courrier du 18 janvier 2021 par lequel le procureur général lui a transmis ces éléments (D110).

Cette observation, relative à la nature et à l'objet de l'acte contesté nous paraît en justifier l'accomplissement. En effet, nonobstant le silence de la loi organique, certains pouvoirs de vérification doivent nécessairement être reconnus au procureur général selon une approche souple et pragmatique qui nous paraît conforme à la fois aux objectifs de la loi et à la jurisprudence de la chambre criminelle. En cas de modification du cadre des investigations emportant une modification des règles de compétence, celle-ci cherche à concilier le respect

⁸⁰ Rapp. M. Jolibois, préc. p. 27

⁸¹ Crim. 5 avr. 2018, n° 17-83.166, B. n° 65 ; rapp. : Crim., 3 nov. 2015, n° 14-80.844, B., n° 237 ; Crim., 5 nov. 2014, n° 13-87.769.

de ces règles et l'exigence de bonne administration de la justice. La jurisprudence relative aux pouvoirs du juge d'instruction en cas de découverte de faits nouveaux illustre cette orientation. Rappelons que lorsqu'il acquiert la connaissance de tels faits, le juge d'instruction doit communiquer le dossier au procureur de la République puisqu'il n'en est pas saisi. Cependant, la chambre criminelle juge avec constance que *"le cas échéant"*, il peut préalablement *"procéder à des vérifications sommaires destinées à en apprécier la vraisemblance, à l'exclusion de toute mesure coercitive"*⁸². De même, au stade du jugement, seule la juridiction correctionnelle a le pouvoir d'ordonner des investigations complémentaires sur les faits dont elle est saisie de sorte que le ministère public ne saurait se substituer à elle⁸³. Toutefois, selon la jurisprudence, *"les renseignements obtenus avant l'ouverture des débats par le procureur de la République qui se bornent à compléter les éléments de l'enquête à l'issue de laquelle le ministère public a saisi la juridiction répressive, ne constituent pas un supplément d'information violant les droits de la défense"*⁸⁴. Dans la même veine, en matière d'assises, nonobstant la compétence dévolue au président et à la cour pour ordonner un supplément d'information, *"le ministère public a le droit de produire à l'audience tous documents qui lui paraissent utiles à la manifestation de la vérité, sauf le droit, pour les autres parties, d'examiner les pièces produites et de présenter toutes observations à leur sujet"*⁸⁵.

Au cas présent, une solution s'inscrivant dans la ligne de ces précédents nous paraît s'imposer. L'article 17 de la loi organique, déjà cité, confère au procureur général le pouvoir d'*"agir d'office, après avoir recueilli l'avis conforme de la commission des requêtes"*. Même s'il ne peut engager directement les poursuites mais seulement saisir cette commission dont il doit obtenir l'avis conforme, le procureur général dispose d'un pouvoir d'initiative. Dès lors, il importe de lui reconnaître la possibilité de procéder aux vérifications sommaires que nécessite l'exercice de ce pouvoir qu'il tient de l'article précité. Il s'agit de lui permettre tout à la fois d'être éclairé sur l'opportunité de saisir la commission des requêtes et, en cas de saisine, de fournir à celle-ci des premiers éléments d'appréciation. La reconnaissance de ce pouvoir de vérification, de nature à prévenir des saisines inutiles, est conforme à l'objectif poursuivi par le législateur organique d'assurer un filtre rigoureux des plaintes dirigées contre des membres du gouvernement pour des infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions.

Par définition, ce pouvoir de vérification sommaire n'autorise pas le procureur général à faire procéder à des actes d'investigation tendant à établir la réalité des faits reprochés au membre du Gouvernement mis en cause ce que, d'ailleurs, le procureur général a lui-même souligné dans sa seconde demande d'avis en excluant toute possibilité d'investigations approfondies. En revanche, dans l'exercice du pouvoir qu'il tient de l'article 17 de la loi organique, le procureur général peut, sans empiéter sur la compétence de la commission des requêtes ou de la commission d'instruction, se faire communiquer, comme en l'espèce, à titre de renseignements, des actes d'une procédure antérieure se rattachant à des faits qui lui ont été dénoncés. Le moyen nous semble donc devoir être écarté.

⁸² v. not. Crim. 6 févr. 1996, n° 95-84.041, B. n° 60 ; Crim. 30 mai 1996, n° 95-84.041, B. n° 60 ; Crim. 1^{er} avr. 1998, n° 97-84.372, B. n° 124 ; Crim. 1^{er} déc. 1998, n° 98-83.566, B. n° 323 ; Crim. 30 juin 1999, n° 99-81.426, B. n° 176 ; Crim. 13 déc. 2000, n° 00-84.189, B. n° 377 ; Crim. 8 juin 2017, n° 17-80.709, B. n° 159

⁸³ Crim. 8 déc. 1999, n° 98-85.893, B. n° 298

⁸⁴ Crim. 27 avr. 2000, n° 99-81.415, B. n° 173

⁸⁵ v. entre beaucoup d'autres : Crim. 30 oct. 1996, n° 96-80.020, n° 387 ; Crim. 3 oct. 2012, n° 11-88.468, B. n° 208

I.1.7.- Irrégularité du réquisitoire aux fins d'informer non signé par le procureur général (7ème moyen)

Le septième moyen de cassation, pris de la violation des articles 8 et 19 de la loi organique du 23 novembre 1993, est dirigé contre les motifs par lesquels la commission d'instruction a écarté la demande d'annulation du réquisitoire aux fins d'informer tirée de ce que cet acte avait été signé, non par le procureur général près la Cour de cassation, mais par l'avocat général désigné par lui pour l'assister.

Aux termes de l'article 8 de la loi organique, repris de l'article 13 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique sur la Haute Cour de justice : *“Le ministère public près la Cour de justice de la République est exercé par le procureur général près la Cour de cassation, assisté d'un premier avocat général et de deux avocats généraux qu'il désigne.”*

Comme le relève le demandeur à la suite d'un auteur⁸⁶, il est certain que la désignation du plus haut magistrat du ministère public pour tenir le siège de celui-ci près la Cour de justice de la République a été conçue comme une garantie de compétence, d'indépendance et de sérénité. Pour autant, faut-il en déduire que le législateur aurait exclu que le procureur général puisse être remplacé par les membres du parquet général qu'en application de l'article 8 il est invité à désigner pour l'assister dans ses fonctions ?

Pour répondre par l'affirmative, le demandeur invoque la lettre de cet article. Selon lui, en prévoyant la possibilité pour le procureur général d'être "assisté" par les magistrats désignés par lui, le législateur n'aurait pas permis qu'il puisse être "représenté" par eux, ce qui revient à dire qu'à ses yeux, par ces dispositions spéciales, le législateur aurait dérogé au principe d'indivisibilité du parquet.

Il ne nous semble pas qu'une telle interprétation puisse être retenue.

Le principe d'indivisibilité du parquet a pu être qualifié d'absolu⁸⁷. Au début du XIXème siècle, des auteurs l'ont présenté comme *“un principe de plusieurs siècles, qui de l'ancienne organisation, a passé dans la nouvelle, plus fort que jamais”*⁸⁸. La chambre criminelle l'énonçait alors en ces termes : *“le ministère public est indivisible ; il existe entre tous les officiers qui le composent, dans un tribunal, une communauté de fonctions, de droits et d'obligations ; d'où il suit que l'acte d'un substitut du procureur du Roi a, aux yeux de la loi, toute l'autorité et tout l'effet d'un acte même émané du procureur du Roi”*⁸⁹. La Cour de cassation, toutes chambres confondues a, depuis lors, constamment réaffirmé le principe⁹⁰. Selon la formule adoptée par elle dans ses arrêts plus récents, *“en raison du principe de l'indivisibilité du ministère public”* les substituts du procureur de la République *“puisent dans leur seule qualité, en dehors de toute délégation de pouvoirs, le droit d'accomplir tous les actes rentrant dans l'exercice de l'action publique”*⁹¹ ou encore celui *“de représenter le ministère public”*⁹².

⁸⁶ Pierre-Olivier Caille, op. cit. n° 22

⁸⁷ L. Lemesle et F.-J. Pansier, “Le procureur de la République”, PUF 43

⁸⁸ J.L.E. Ortolan et L. Ledeau, “Le ministère public en France”, t. 1, Paris 1831, p. 22

⁸⁹ Crim. 3 sept. 1829, B. n° 210, p. 527

⁹⁰ 2^{ème} Civ., 11 janv. 1962, B. n° 55 ; Com. 28 avr. 1964, B. n° 218 ; Crim. 17 déc. 1964, B. n° 342 ; 3^{ème} Civ. 28 mars 1968, B. n° 142 ; 1^{ère} Civ. 14 juin 1988, n° 86-80.050, B. n° 192 ; Crim. 3 juill. 1990, n° 90-82.418, B., n° 275 ; Crim. 5 mai 1997, n° 96-81.462, B., n° 168 ; Crim. 26 févr. 1998, n° 97-83.695 ; Crim. 26 mars 2003, n° 02-83.841 ; Crim. 18 oct. 2005, n° 05-84.747 ; Crim. 26 juin 2013, n° 11-81.296 ; Crim. 5 nov. 2014, n° 13-88.362

⁹¹ Crim. 3 juill. 1990, préc. ; Crim. 26 févr. 1998, préc.

⁹² Crim. 5 mai 1997, préc.

En législation, le principe a été longtemps déduit des dispositions des articles 34 et 39 du code de procédure pénale, dont les dispositions sont reprises aux articles L. 212-16 et L. 312-17 du code de l'organisation judiciaire. Le premier dispose que *“le procureur général représente en personne ou par ses substituts le ministère public auprès des cours d'appel”*. Le second énonce la même règle s'agissant des attributions du procureur de la République auprès du tribunal judiciaire. Désormais, le principe est énoncé en termes généraux à l'article L. 122-4 du code de l'organisation judiciaire, issu de l'ordonnance du 8 juin 2006 portant refonte de ce code. Aux termes de cet article, rappelés par l'arrêt attaqué : *“Tout magistrat d'un parquet ou d'un parquet général peut exercer les fonctions du ministère public au sein de ce parquet”*.

Comme l'a relevé une auteure, la plénitude de compétence des membres du parquet et leur interchangeabilité sont les deux éléments constitutifs du principe, lui-même consubstantiel au ministère public⁹³. C'est ce qu'exprime la Cour européenne des droits de l'homme lorsque, pour caractériser le ministère public “à la française”, elle énonce que *“les membres d'un même parquet forment un ensemble indivisible ; l'acte accompli par un membre du parquet l'est au nom de tout le parquet, et ils peuvent donc se remplacer ou être remplacés tout au long de la procédure”*⁹⁴.

Si l'on considère l'ancienneté du principe, sa force et l'importance qu'il revêt dans l'organisation du ministère public, il est exclu d'en écarter l'application s'il n'apparaît pas que le législateur ait entendu y déroger. Or, à aucun moment au cours des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi organique du 23 novembre 1993, cette question n'a été évoquée. En réalité, les dispositions de l'article 8 de la loi organique, reprises de celles de l'article 13 de l'ordonnance 59-1 du 2 janvier 1959 portant loi organique sur la Haute Cour de justice, n'ont donné lieu à aucun débat⁹⁵.

Dans ces conditions, il ne paraît guère possible de déduire la volonté du législateur de déroger au principe d'indivisibilité de la seule circonstance que l'article 8 évoque *l'assistance* du procureur général par d'autres membres du parquet général désignés par lui et non sa *représentation* par ces mêmes membres. L'assistance peut consister en l'accomplissement d'actes au nom du procureur général, conformément au principe d'indivisibilité. Au demeurant, si tel n'avait pas été le cas, le législateur aurait été conduit à prévoir des règles spécifiques précisant les cas et conditions du remplacement du procureur général par l'un des magistrats désignés par lui pour l'assister. Une telle possibilité de remplacement apparaît en effet indispensable à moins de postuler la disponibilité permanente du procureur général pour l'accomplissement des actes nécessaires à la conduite des procédures portées devant la Cour de justice de la République et sa commission d'instruction, ce qui ne paraît guère réaliste.

En réalité, l'objet de l'article 8 n'est pas de fixer un mode de fonctionnement mais de déterminer la composition spécifique du parquet que le législateur a entendu instituer auprès de la Cour de justice de la République. Si le législateur s'était borné à confier au procureur général près la Cour de cassation le soin de tenir le siège du ministère public près cette juridiction, il aurait pu en être déduit la possibilité, pour tout membre du parquet général près la Cour de cassation, d'exercer ces mêmes fonctions. Or, à deux égards, il pouvait apparaître souhaitable d'écarter une telle solution. D'abord, la spécificité des fonctions du ministère public près la Cour de justice de la République suppose que ceux appelés à les exercer sous

⁹³ C. Miansoni, “L'indivisibilité du parquet aujourd'hui”, Les Cahiers de la justice, 2013/4, p. 103

⁹⁴ CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*, n° 37104/06, n° 26,

⁹⁵ v. cité au rapport, Rapp. M. Fanton, p. 30 ; Rapp. M. Jolibois, p. 20-21 ; JOAN Débats 6 oct. 1993, p. 3958 ; JO Sénat, Débats 20 oct. 1993, p. 2175

l'autorité du procureur général soient spécialement désignés par celui-ci. Ensuite, comme le relève un auteur, il importe d'assurer une séparation entre les avocats généraux en charge de ces fonctions et ceux qui, le cas échéant, auront à conclure devant l'Assemblée plénière en cas de pourvoi en cassation⁹⁶. L'arrêt attaqué évoque en outre, pour éclairer le choix du législateur, « *la confidentialité nécessairement attachée aux affaires traitées par la CJR et leur sensibilité, associées à une activité présumée peu importante* ».

Le principe d'indivisibilité, qui s'applique au parquet près la Cour de justice de la République comme à tout autre parquet, n'emporte pas un abandon de son pouvoir par le procureur général. S'il confère à chacun des magistrats de ce parquet spécifique une certaine autonomie, celle-ci se combine avec l'autre grand principe d'organisation du ministère public qu'est le principe hiérarchique. Ce principe s'applique pour toutes les décisions relatives à l'action publique lorsque, comme c'est ici le cas, le parquet est en charge de celle-ci. Il en résulte que les réquisitions prises par l'avocat général désigné par le procureur général pour l'assister le sont au nom de celui-ci et sous son autorité. C'est d'ailleurs bien la vision du demandeur qui, dans son cinquième moyen, invoquant le défaut d'impartialité du procureur général, a demandé l'annulation du réquisitoire aux fins d'informer bien que, précisément, celui-ci ait été signé, non par le procureur général, mais par l'avocat général désigné pour l'assister.

Il y a donc lieu de reconnaître la possibilité pour le procureur général d'être représenté par l'un des magistrats qui l'assistent dès lors qu'une telle possibilité, d'une part, correspond à une nécessité pratique et, d'autre part, est conforme aux principes d'organisation du parquet auxquels ne déroge ni l'article 8 de la loi organique du 23 novembre 1993 ni aucune autre disposition de cette loi. Telle est également, en substance, l'analyse de la commission d'instruction de sorte que le moyen n'est pas fondé.

I.1.8.- Inconstitutionnalité des textes fondant la perquisition (8ème moyen)

Comme cela a été indiqué, par votre arrêt du 17 février 2023, vous avez renvoyé au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par le demandeur à l'occasion du présent pourvoi et tendant à faire déclarer inconstitutionnelles les dispositions du quatrième alinéa de l'article 96 du code de procédure pénale constituant le fondement de la perquisition conduite par la commission d'instruction, le 1^{er} juillet 2021, au siège du ministère de la justice. Le demandeur reprochait à ces dispositions de ne pas prévoir de garanties protégeant les prérogatives du pouvoir exécutif dans le cas particulier où ces opérations sont réalisées dans les locaux d'un ministère à l'occasion d'une information visant un membre du Gouvernement. Il faisait valoir que ces dispositions étaient entachées d'incompétence négative dans des conditions affectant le principe de la séparation des pouvoirs.

La question ayant été renvoyée au Conseil constitutionnel, celui-ci, par sa décision n° 2023-1046 QPC du 21 avril 2023, a déclaré les dispositions contestées conformes à la Constitution après avoir retenu que le grief tiré de la méconnaissance, par le législateur, de sa propre compétence de même que celui tiré de la méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs ne pouvaient être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance « *affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* », ce qui n'était pas le cas.

Dès lors, le huitième moyen proposé à l'appui du pourvoi, qui vous invite à tirer les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité attendue du Conseil constitutionnel, ne peut qu'être écarté comme étant devenu sans objet.

⁹⁶ P.-O. Caille, op. cit., n° 22

I.1.9.- Caractère disproportionné de la perquisition (9ème moyen)

Dans son neuvième moyen de cassation, le demandeur soutient que “*la perquisition réalisée au sein du Ministère de la justice, dans plusieurs bureaux, pendant une durée de quinze heures, sans garanties adéquates, ayant conduit à la prise de photographies à l’insu des participants, et largement médiatisée, n’a pas été entourée des garanties suffisantes au sens de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme, et a constitué une atteinte disproportionnée au principe de la séparation des pouvoirs*”.

I.1.9.1.- Nouveauté du moyen en tant qu’il est pris de la violation de l’article 8 de la CESDH

Si, dans sa requête en nullité, le demandeur a contesté la proportionnalité de la perquisition conduite par la commission d’instruction au ministère de la justice le 1^{er} juillet 2021, les développements correspondants figurent sous une rubrique intitulée “*sur la violation de la séparation des pouvoirs*” (D 1167/48 s.). Dans sa démonstration, le requérant s’est attaché exclusivement à dénoncer une “*ingérence excessive du pouvoir judiciaire dans l’action politique*”, faisant valoir qu’en instituant la Cour de justice de la République, les parlementaires entendaient précisément empêcher une telle ingérence. A aucun moment il n’a soutenu que la perquisition aurait porté une atteinte disproportionnée à sa vie privée et invoqué en conséquence, devant la commission d’instruction, la méconnaissance de l’article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme.

Il n’a pas davantage invoqué la violation des stipulations de cet article au soutien de son argumentation tirée de la violation du principe de la séparation des pouvoirs. Au demeurant, une telle invocation eût été inopérante. Il résulte en effet de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme que l’article 8 de la Convention ne protège pas l’atteinte qui serait portée à la séparation des pouvoirs par une perquisition au siège d’une administration publique. S’il peut être invoqué en pareil cas, c’est uniquement dans la mesure où la perquisition a pu affecter la sphère personnelle à laquelle peut prétendre toute personne disposant d’un bureau au sein d’une telle administration⁹⁷. La solution rejoint celle énoncée par le Conseil constitutionnel sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui a été renvoyée à l’occasion du présent pourvoi et selon laquelle le principe de séparation des pouvoirs ne constitue pas, en lui-même, un droit ou une liberté que la Constitution garantit, de sorte que sa méconnaissance ne peut être invoquée à l’appui d’une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où il serait soutenu qu’elle affecterait, par ailleurs, un tel droit ou une telle liberté (*supra*, I.1.8).

N’ayant pas invoqué devant la commission d’instruction la violation de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme et n’ayant pas soutenu devant elle, sur ce fondement ou un autre, que la perquisition aurait porté une atteinte disproportionnée à son droit à la vie privée, le demandeur est irrecevable à le faire pour la première fois devant la Cour de cassation, le moyen étant mélangé de fait⁹⁸.

I.1.9.2.- Appréciation du moyen en tant qu’il est pris d’une atteinte disproportionnée à la séparation des pouvoirs

I.1.9.2.1.- Questions préalables

a) Sur la possibilité d’invoquer une atteinte disproportionnée à la séparation des pouvoirs

⁹⁷ CEDH, 26 juill. 2007, *Peev c. Bulgarie*, n° 64209/01, spéc. § 33, 39 et 40

⁹⁸ V. not. Crim. 10 janv. 2012, n° 11-81.501 ; Crim. 13 juin 2017, n° 16-83.201, B. n° 164 ; Crim. 22 oct. 2019, n° 18-85.913 ; Crim. 16 janv. 2019, n° 17-83.006, B. n° 20

Dans la décision du 21 avril 2021 qu'il a rendue sur la QPC que votre Cour lui a renvoyée à l'occasion du présent pourvoi, le Conseil constitutionnel rappelle que le principe de la séparation des pouvoirs proclamé à l'article 16 de la Déclaration de 1789, "*s'applique notamment à l'égard du Gouvernement*" (§ 9)⁹⁹. Certes, comme cela résulte de cette même décision, en pareil cas, sa méconnaissance ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité puisqu'elle n'affecte pas, par elle-même, un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Pour autant, il ne saurait en être déduit que, lorsqu'il est invoqué par le Gouvernement, le principe devrait être laissé sans protection.

La circonstance que l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne trouve pas application lorsqu'une perquisition, conduite au sein d'un ministère, n'est contestée qu'en raison de l'atteinte qu'elle aurait causée aux intérêts de l'administration, ne fait pas obstacle au contrôle de proportionnalité. L'exigence selon laquelle les mesures d'investigation mises en œuvre par l'autorité judiciaire ou ses délégataires doivent être proportionnées imprègne toute la procédure pénale. Le législateur énonce ainsi fréquemment que telle mesure d'investigation ne peut être mise en œuvre que pour les nécessités de l'enquête, de l'information ou encore de l'exécution des commissions rogatoires¹⁰⁰. Il ne s'agit que de l'expression du principe général, rappelé par le Conseil constitutionnel, à propos de la mise en œuvre des mesures d'investigations spéciales, selon lequel celles-ci doivent être conduites « *dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire à qui il incombe en particulier de garantir que leur mise en œuvre soit nécessaire à la manifestation de la vérité* »¹⁰¹ et donc cantonnée à ce que qu'impose cette nécessité. Vous avez notamment rappelé cette exigence de nécessité découlant des principes généraux du droit à propos de la saisie d'une pièce couverte par le secret du délibéré¹⁰². Le contrôle de proportionnalité s'impose en conséquence indépendamment de la nature du droit, du principe ou de l'intérêt auquel la mesure est susceptible de porter atteinte et donc y compris lorsqu'il s'agit du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs.

Toutefois, la question doit être bien posée. En cas de perquisition dans un ministère, elle ne peut être de savoir si, selon la formule du demandeur, la mesure a porté « une atteinte disproportionnée au principe de la séparation des pouvoirs ». Une telle formule postule en effet que la perquisition pratiquée au sein d'un ministère constituerait, par elle-même, une atteinte à la séparation des pouvoirs, de même qu'une perquisition dans un domicile constitue, par elle-même, une atteinte à la vie privée. Or, l'autorité judiciaire ne faisant alors qu'exercer un pouvoir qui lui est confié, selon la formule du Conseil constitutionnel, pour la poursuite de "*l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions*", il ne peut être affirmé qu'en conduisant une perquisition au sein d'une administration, elle empièterait de facto sur les attributions du pouvoir exécutif ou s'ingérerait dans l'exercice de ce pouvoir. En réalité, selon une formulation qui nous paraît plus juste, il s'agit en ce cas de déterminer si, faute d'être adéquate, nécessaire et proportionnée, une perquisition conduite au siège d'un ministère a porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

⁹⁹ Depuis sa décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, le Conseil juge avec constance que le principe est applicable "*à l'égard du Président de la République et du Gouvernement*" dans leurs rapports avec le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire.

¹⁰⁰ Pour ne citer que deux textes de portée générale, l'article 41 du code de procédure pénale énonce que « *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* » tandis que l'article 81 confie au juge d'instruction la mission d'accomplir « *tous les actes d'information qu'il juge utiles à la recherche de la vérité* », la notion d'utilité rejoignant celle de nécessité.

¹⁰¹ par ex. : Déc. 2004-492 DC, 2 mars 2004 (Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité), cdt 6 ; Déc. 2022-846 DC, 19 janv. 2023 (Loi d'orientation et de programmation du ministère de l'intérieur), § 71

¹⁰² Crim., 22 mars 2016, n° 15-83.207, B., n° 92

b) Sur la qualité du demandeur à demander l'annulation de ce chef

Par ailleurs, la question se pose de savoir si M. [P] avait qualité pour invoquer un tel moyen de nullité. Cela suppose de déterminer les conditions dans lesquelles, au regard des dispositions des articles 171 et 802 du code de procédure pénale fixant le régime des nullités, une demande d'annulation présentée de ce chef peut être tenue pour recevable. Ces deux articles - l'un applicable à l'instruction et l'autre de portée générale - énoncent la même règle selon laquelle il n'y a lieu à nullité que si la violation de la norme "*a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne*".

Dans ses arrêts du 7 septembre 2021¹⁰³ dans lesquels elle expose la méthodologie à suivre pour la mise en œuvre de ces dispositions, la chambre criminelle précise que "*pour déterminer si le requérant a qualité pour agir en nullité, la chambre de l'instruction doit rechercher si la formalité substantielle ou prescrite à peine de nullité dont la méconnaissance est alléguée, a pour objet de préserver un droit ou un intérêt qui lui est propre*". Par cette formule, elle a entendu définir la personne pouvant se dire "concernée" au sens des articles précités¹⁰⁴. Il en résulte que l'intérêt donnant qualité pour agir, dont dépend la recevabilité de la demande, est un intérêt propre au requérant, correspondant à celui dont les dispositions méconnues ont pour objet d'assurer la protection. Ainsi, deux conditions doivent, en principe, être réunies pour qu'une demande d'annulation soit recevable : d'une part, l'acte doit avoir affecté l'un des droits ou intérêts du requérant ; d'autre part, la nullité qu'il invoque doit être tirée de la violation d'une règle tendant à la protection de ce droit ou de cet intérêt. A défaut, la demande est irrecevable quelle que soit la nature de la règle dont la violation est invoquée, y compris lorsqu'elle est relative à la compétence de l'autorité appelée à prescrire la mesure ou en contrôler l'exécution.

Au cas présent, l'atteinte portée à la séparation des pouvoirs qui résulterait de ce que la commission d'instruction aurait procédé à "*une saisie totalement excessive d'un certain nombre de documents relatifs à l'action gouvernementale*" ne constitue pas une atteinte à la vie privée de M. [P] dont aucun droit propre ne se trouve affecté par une telle saisie.

Néanmoins, il nous semble que la recevabilité de la demande d'annulation doit être admise. Deux solutions s'offrent à vous.

D'abord, les exigences qui viennent d'être exposées sont écartées lorsque la demande d'annulation est prise de la violation d'une règle d'ordre public. Toutes les parties à la procédure ont alors qualité pour la présenter. Dans ses arrêts précités du 7 septembre 2021, la chambre criminelle, systématisant les solutions antérieures, a énoncé que les nullités d'ordre public sont celles "*qui touchent à la bonne administration de la justice*". Il en est ainsi, notamment, de celles résultant de la violation des règles relatives à la compétence des juridictions ou à l'étendue de leur saisine. En particulier, la chambre criminelle a qualifié d'ordre public l'exception tirée de la méconnaissance, par les juridictions de l'ordre judiciaire, du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire¹⁰⁵. Il pourrait être envisagé, par extension, de qualifier comme tel le moyen de nullité tiré de ce de ce que la juridiction d'instruction aurait excédé ses pouvoirs en procédant à des investigations s'analysant en un empiètement dans la sphère du pouvoir exécutif, ce qui, bien entendu, ne préjugerait en rien de la réalité de l'atteinte alléguée.

En tout état de cause, si vous ne reteniez pas cette solution, il serait nécessaire d'adapter la condition de recevabilité de la demande d'annulation tenant à l'existence d'une atteinte à un droit propre du requérant dans le cas où la perquisition est conduite au sein d'une

¹⁰³ Crim.7 sept. 2021, n° 20-87.191 et 21-80.642, P.

¹⁰⁴ La définition qu'elle retient est largement reprise de celle résultant de deux arrêts du 14 février 2012 (n° 11-84.694 et 11-87.757)

¹⁰⁵ Crim., 26 sept. 1989, n° 89-80.281, B. n° 328 ; Crim., 12 juil. 2016, n° 15-81.924

administration publique et que les saisies effectuées portent exclusivement sur des documents administratifs. Cette condition ne saurait aboutir à empêcher toute possibilité de contester la régularité des opérations de perquisition et saisie au motif qu'aucun droit appartenant en propre à la personne placée à la tête de cette administration ou à l'un de ses membres n'aurait été atteint. En pareil cas, il faut considérer, en l'absence de dispositif spécifique prévu par la loi, que la défense de l'intérêt public auquel une atteinte disproportionnée aurait été causée par la perquisition est confiée au représentant de l'administration considérée.

Aussi, dans le cas où vous n'analyseriez pas en un moyen d'ordre public, le moyen tiré de l'atteinte "excessive" portée à la séparation des pouvoirs, nous vous proposons d'admettre qu'en sa qualité de ministre de la justice, partie à la procédure, M. [P] avait qualité pour contester la proportionnalité de la perquisition en tant que, par son caractère, selon lui, manifestement disproportionnée, elle aurait porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

1.1.9.2.2.- Argumentation développée dans la requête en nullité

Dans sa requête en nullité, M. [P] a développé deux séries d'arguments pour démontrer l'existence d'une "atteinte disproportionnée à la séparation des pouvoirs".

En premier lieu, il a exposé que la perquisition avait fait l'objet d'une mise en scène médiatique, citant à cet égard les déclarations qu'il avait faites lors de son interrogatoire de première comparution. Il avait alors affirmé que l'opération avait eu "*deux buts : l'humiliation et le spectacle*". Il a relevé à cet égard que de nombreux journalistes s'étaient rapidement rendus sur les lieux à la suite, selon lui, d'une possible violation du secret de l'instruction et qu'en ne perquisitionnant pas son domicile situé à l'étage ainsi que certains tiroirs de son bureau, la commission avait manifesté qu'elle ne savait pas ce qu'elle cherchait¹⁰⁶. Après avoir rappelé ses déclarations, le requérant a précisé dans sa requête en nullité que, dans son édition du 30 juin 2021, l'hebdomadaire *Le Canard enchaîné* avait annoncé la perquisition et sa prochaine convocation devant la Cour de justice de la République, circonstance constituant à ses yeux "*une claire violation du secret de l'instruction*". Il voyait également la preuve du rôle prédominant joué par les médias dans le versement en procédure, à l'initiative de la commission, des articles de presse se rapportant à l'affaire et analysait en une "*immixtion du pouvoir judiciaire dans le pouvoir politique (...) la prise de photos de la part de magistrats au ministère de la Justice aux fins d'immortaliser la scène*".

En second lieu, le requérant a invoqué plus directement le caractère disproportionné de la perquisition. Il a d'abord estimé qu'elle "*s'inscri[vait] pleinement dans les écueils que souhaitaient pourtant éviter les parlementaires lors de la création de la CJR, à savoir une ingérence judiciaire dans la gestion ministérielle de la chose publique ainsi qu'une tentative de déstabilisation de l'action gouvernementale fondée sur des considérations politiciennes*". Il a soutenu ensuite que la disproportion "*se manifest[ait] aussi dans l'étendue des documents saisis au ministère de la justice*". A cet égard, il a fait valoir que la commission d'instruction elle-même avait exprimé la nécessité de procéder à une exploitation préalable des fichiers figurant sur un disque dur en possession de Mme [LV], alors sous-directrice des ressources humaines de la magistrature (D598), et sur la clef USB remise par M. [AD], directeur des services judiciaires (D920/2), en raison de leur nombre et de la circonstance que certains d'entre eux étaient sans rapport avec les faits, objet de la poursuite.

Le requérant a conclu en ces termes son argumentation : "*Ce faisant, la disproportion manifeste de cette mesure de perquisition, qui vise un ministère de la justice, locaux protégés par le secret-défense, annoncée préalablement en violation du secret de l'instruction par voie de presse et médiatiquement relayée par toutes les chaînes d'information, comprenant une*

¹⁰⁶ Extraits de l'interrogatoire de comparution aux cotes D 925/14 et D925/15

saisie totalement excessive d'un certain nombre de documents relatifs à l'action gouvernementale, accessibles par M. Le procureur général près la Cour de cassation dont la partialité a déjà été démontrée, porte une atteinte irrémédiable et manifeste à la séparation des pouvoirs pourtant garantie par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen."

1.1.9.2.2.- Une argumentation écartée par des motifs pertinents non critiqués au moyen

Pour écarter l'argumentation du requérant, la commission d'instruction a tout d'abord rappelé qu'une perquisition au sein de locaux ministériels, ordonnée par la juridiction d'instruction compétente, ne constituait pas, par elle-même, une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

La commission d'instruction a retenu ensuite que les arguments selon lesquels la perquisition aurait été délibérément médiatisée ou aurait donné lieu à la prise de photographies prétendument inspirée par *"la volonté d'immortaliser la scène"* n'étaient pas de nature à caractériser une atteinte à ce principe. Cette appréciation ne peut qu'être partagée. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'atteinte à la réputation pouvant résulter de la publicité accompagnant une mesure de perquisition est au nombre des éléments pris en considération pour apprécier la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée causée par la mesure¹⁰⁷. En revanche, on ne voit pas en quoi cette circonstance serait susceptible de caractériser une *"atteinte disproportionnée à la séparation des pouvoirs"*.

Par ailleurs, le requérant ayant observé, pour mettre en évidence la volonté de médiatisation qui aurait animé la commission, que celle-ci avait retenu un mode de cotation permettant le classement chronologique des articles de presse se rapportant à l'affaire, la commission d'instruction a répondu au-delà de ce qu'imposait cette observation en rappelant les garanties procédurales particulières mises en œuvre par elle. Elle a énoncé à cet égard que *"l'information préalable donnée par écrit aux avocats sur le mode de cotation retenu, eu égard notamment au volume prévisible des documents versés à la procédure, provenant de l'Inspection générale de la justice, la mise à disposition du dossier dans un délai plus favorable que celui prévu par l'article 114 du code de procédure pénale, la présence des avocats et le recueil de leurs observations lors de la perquisition, bien que non imposés par la loi, traduisent davantage un respect scrupuleux de l'égalité des armes qu'une volonté de la bafouer"*.

La commission d'instruction a ensuite écarté l'argument selon lequel le contenu du disque dur confié à Mme [LV] illustre le caractère disproportionné de la masse des documents saisis, observant qu'en réalité, ce support avait été remis spontanément, "hors perquisition", par l'intéressée et qu'à aucun moment il n'avait fait l'objet d'une quelconque demande de consultation par la défense. Il résulte en effet des pièces de la procédure que le disque dur a été remis par Mme [LV] lors de son audition du 8 avril 2021 (D587), mention de cette remise étant portée au dossier (D598). En outre, ayant le contrôle des pièces de la procédure, vous êtes en mesure de vous assurer que, de la même façon, la clef USB évoquée par le requérant n'a pas été saisie lors de la perquisition. Elle a été transmise par M. [AD] à la commission d'instruction par un courrier du 16 juin 2021 (D1189), conformément à un engagement qu'il avait pris lors de son audition tenue le 26 mai 2021 (D804). Il apparaît ainsi que l'argument tiré de l'appréhension de ces deux supports qui était invoqué dans la requête en nullité pour illustrer le caractère excessif des saisies effectuées au ministère de la justice est inopérant.

Enfin, répondant à l'argumentation conclusive du requérant selon laquelle il aurait existé *"une disproportion manifeste de la mesure de perquisition qui vise un ministère de la justice,*

¹⁰⁷ v. not. CEDH, 28 avr. 2005, *Buck c. Allemagne*, n° 41604/98, § 45, 51 et 52, qui observe notamment, dans un cas où l'intéressé n'était soupçonné d'aucune infraction, que *"la publicité accompagnant la perquisition dans les locaux professionnels et au domicile du requérant dans une ville d'une dizaine de milliers d'habitants était de nature à nuire à la réputation de l'intéressé et à celle de la société qu'il dirigeait"* (§ 52)

locaux protégés par le secret-défense”, la commission d’instruction a rappelé que les garanties particulières entourant la perquisition tenant à ce que les locaux du ministère de la justice étaient susceptibles d’abriter “*des éléments couverts par le secret de la défense nationale*” avaient été mises en œuvre. De fait, il est constant que les dispositions de l’article 56-4 du code de procédure pénale ont été appliquées dans des conditions qui n’ont suscité aucune contestation. Rappelons qu’en vertu de ces dispositions, que nous avons exposées lors de l’examen de la QPC posée par le demandeur, la perquisition ne peut être réalisée que par un magistrat, en présence du président de la commission du secret de la défense nationale ou de son représentant qui prend connaissance des éléments classifiés découverts sur les lieux.

Par l’ensemble de ces motifs, la commission d’instruction a suffisamment justifié sa décision, dès lors que, se bornant à faire état de la masse des documents saisis, le requérant n’avait pas indiqué en quoi la mesure litigieuse n’aurait pas présenté un caractère adéquat, nécessaire et proportionné et, moins encore, soutenu qu’elle aurait eu pour objet ou pour effet d’entraver l’action de l’administration ou qu’elle aurait porté sur des documents administratifs dont l’accès aurait été interdit à l’autorité judiciaire.

En tout état de cause, le moyen qui vous est soumis n’est pas dirigé contre les motifs de l’arrêt attaqué. Comme cela a été indiqué, le demandeur y soutient que la perquisition aurait constitué une atteinte disproportionnée à la séparation des pouvoirs au motif qu’elle se serait déroulée dans plusieurs bureaux, pendant une durée de quinze heures, qu’elle aurait donné lieu à la prise de photographies à l’insu des participants et qu’elle aurait été largement médiatisée de sorte qu’elle n’aurait pas été entourée des garanties adéquates. Ainsi formulé, le moyen reprend devant vous la plupart des arguments développés devant la commission d’instruction, en en ajoutant certains, tel celui tiré de la durée de la perquisition, sans critiquer les motifs par lesquels la commission les a écartés. Dès lors, il ne nous paraît pas pouvoir être admis.

I.1.10.- Irrégularités commises au cours de la perquisition (10ème moyen)

Au-delà de la critique tirée de ce que la perquisition conduite au siège du ministère de la justice aurait emporté une atteinte disproportionnée à la séparation des pouvoirs, le requérant a soutenu devant la commission d’instruction que la mesure était entachée de plusieurs irrégularités constituant autant de causes de nullité. Le dixième moyen proposé au soutien du pourvoi est dirigé contre les motifs par lesquels la commission d’instruction a écarté la demande d’annulation présentée de ce chef.

I.1.10.1.- Défaut de signature de chaque feuillet du procès-verbal de perquisition

A la première branche du moyen, le demandeur reproche à la commission d’instruction d’avoir écarté sa demande d’annulation du procès-verbal de perquisition tirée de ce que les signatures requises n’auraient pas été portées sur chacune de ses pages mais seulement sur les deux dernières sans que l’on sache à quel moment. Selon le demandeur cette irrégularité lui aurait causé un grief dès lors que, d’une part, en l’absence de concordance entre les signatures et les pages se rapportant aux opérations auxquelles ont assisté les signataires, aucune authentification ne serait possible et que, d’autre part, des photographies prises par l’un des membres de la commission d’instruction auraient été ajoutées au procès-verbal après que la presse en eut révélé l’existence.

La recevabilité du moyen de nullité n’est pas discutée et ne fait pas de doute. La chambre criminelle juge que “*la formalité de signature du procès-verbal de perquisition et saisie a pour objet d’authentifier la présence effective sur les lieux des objets découverts et saisis au cours*

de la perquisition de sorte que toute partie a qualité pour invoquer la nullité tirée de sa méconnaissance¹⁰⁸.

Par ailleurs, il est constant que seules les deux dernières pages du procès-verbal portent les signatures des magistrats, greffières et personnes ayant assisté aux opérations à mesure de leur déroulement.

Pour écarter le moyen de nullité, l'arrêt attaqué énonce que *“l'article 92 du code de procédure pénale ne se référant pas aux articles 106 et suivants du même code, il n'est pas nécessaire que ce procès-verbal soit signé à chacune de ses pages”*. L'article 106, relatif à l'établissement des procès-verbaux d'audition de témoins au cours de l'information dispose que *“chaque page des procès-verbaux est signée du juge, du greffier et du témoin”*.

Ce motif ne peut être approuvé.

En faveur de la solution qu'elle retient, la commission d'instruction cite un arrêt de la chambre criminelle du 12 mars 1992¹⁰⁹ qui nous paraît plutôt conforter la réalité de l'irrégularité invoquée par le requérant. Par cet arrêt, la chambre criminelle a certes approuvé une chambre d'accusation d'avoir écarté le moyen de nullité, tiré de ce qu'en violation des articles 57, 66 et 95 du code de procédure pénale, le procès-verbal de perquisition, non rédigé sur-le-champ, n'avait été ni signé par le juge sur chacun de ses feuillets ni émargé par la personne concernée. Pour autant, elle n'a pas jugé que la chambre d'accusation avait écarté à bon droit l'existence d'une telle irrégularité. Elle a considéré que, dans les circonstances de l'espèce, les juges du fond avaient fait une juste application de l'article 802 du code de procédure pénale en estimant que l'irrégularité n'avait pas causé de grief.

Autrement dit, il résulte de l'arrêt du 12 mars 1992 que le défaut de signature sur chaque feuillet du procès-verbal de perquisition est bien contraire aux articles 57, 66 et 95 du code de procédure pénale mais qu'il n'est pas une cause de nullité s'il n'est pas établi d'atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne. L'obligation pour le juge, le greffier et les personnes assistant à la perquisition de signer chaque page du procès-verbal résulte en effet des dispositions combinées de ces trois articles de sorte que le motif de l'arrêt attaqué tiré de ce que l'article 106 est inapplicable au procès-verbal de perquisition est inopérant.

Aux termes de l'article 95 du code de procédure pénale : *“Si la perquisition a lieu au domicile de la personne mise en examen, le juge d'instruction doit se conformer aux dispositions des articles 57 et 59”* relatives aux perquisitions pendant l'enquête de flagrance. L'article 57 dispose en son troisième alinéa que *“le procès-verbal des opérations dressé ainsi qu'il est dit à l'article 66, est signé par les personnes visées au présent article”*. Or, l'article 66 impose que les procès-verbaux soient *“rédigés sur le champ ou dès que possible et signés [par l'officier de police judiciaire] sur chaque feuillet”*. Il s'en déduit qu'au cours de l'information, les signatures portées sur le procès-verbal de perquisition doivent, de la même manière, figurer sur chaque feuillet. Il est vrai que l'article 96 du code de procédure pénale, applicable lorsque la perquisition a lieu, comme en l'espèce, dans un *“domicile autre que celui de la personne mise en examen”*, ne renvoie qu'au deuxième alinéa de l'article 57 du code de procédure pénale. Mais cette discordance nous paraît procéder d'une défectuosité des textes. On ne conçoit pas que le mode d'établissement du procès-verbal varie selon que la perquisition est effectuée au *“domicile d'une personne mise en examen”* ou, comme en l'espèce, au *“domicile”* de personnes qui ne le sont pas ou pas encore.

Pour autant, l'arrêt attaqué n'encourt pas la censure dès lors que vous êtes en mesure de vous assurer qu'il n'est pas démontré que le défaut de signature sur chaque feuillet ait causé un quelconque grief.

¹⁰⁸ Crim., 7 sept. 2021, n° 21-80.642, P.

¹⁰⁹ Crim. 12 mars 1992, n° 91-86.843, B. n° 112

En application des dispositions des articles 171 et 802 du code de procédure pénale que nous avons déjà évoquées, en cas de méconnaissance des formalités prévues par le code de procédure pénale, il n'y a nullité que lorsque l'irrégularité "a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne". Comme l'arrêt précité du 12 mars 1992 en est l'illustration, la règle s'applique notamment aux formalités prévues par les dispositions du code de procédure pénale en matière de perquisition et de saisie, ce que la chambre criminelle rappelle avec constance¹¹⁰. En cette matière, l'annulation est fréquemment écartée faute de grief. La chambre criminelle en a jugé ainsi en cas de méconnaissance des formalités relatives à l'inventaire et au placement sous scellés¹¹¹, de méconnaissance des dispositions - assouplies par la loi du 23 mars 2019¹¹² - imposant de dresser les procès-verbaux "sur le champ"¹¹³, de défaut de désignation d'un représentant par l'occupant des lieux¹¹⁴ ou encore, précisément, en cas de défaut de signature¹¹⁵.

Dans ce dernier cas de figure, contrairement à ce que soutient le demandeur, le grief ne peut résulter de l'absence de concordance entre les signatures et les pages du procès-verbal relatant les opérations de perquisition. Il ne s'agit là que du rappel de l'irrégularité. De même, la circonstance que des photographies, prises au cours de l'opération de perquisition et annexées au procès-verbal, ne soient pas mentionnées dans celui-ci ne caractérise en aucune façon le grief qui résulterait du défaut de signature de chaque feuillet du procès-verbal. A l'inverse, l'absence de tout grief résulte de ce qu'à aucun moment le requérant n'a contesté la présence effective au ministère de la justice des documents qui y ont été saisis pas plus que sa présence effective ou celles des personnes dont le procès-verbal mentionne qu'elles ont assisté aux opérations de perquisition et de saisie. Dans la jurisprudence de la chambre criminelle, ces circonstances suffisent à établir l'absence de grief¹¹⁶.

Dans ces conditions, conformément à la proposition de votre rapporteure, nous concluons à la non admission du moyen en sa première branche.

1.1.10.2.- Recueil irrégulier de déclarations

Dans sa requête en nullité, M. [P] a fait valoir qu'à plusieurs reprises, les déclarations de personnes présentes lors de la perquisition avaient été recueillies sans qu'aient été

¹¹⁰ Crim. 15 juin 2000, n° 00-81.334, B. n° 229 ; Crim. 3 avr. 2007, n° 07-80.807, B. n° 102 ; Crim. 18 nov. 2015, n° 15-83.400, B. n° 260 ; Crim. 12 juill. 2016, n° 15-87.348. Selon la formule de la chambre : "Les formalités prévues par les dispositions du code de procédure pénale en matière de perquisition et de saisie ne sont pas exclues du champ d'application de l'article 802 du code de procédure pénale. Dès lors leur inobservation ne saurait entraîner la nullité de la procédure lorsqu'aucune atteinte n'a été portée aux intérêts de la partie concernée".

¹¹¹ not. : Crim., 21 mars 1995, n° 93-84.597 ; Crim., 3 janv. 1996, n° 96-84.140 ; Crim., 11 oct. 2000, n° 00-82.238, B.. n° 296

¹¹² L'article 66 CPP issu de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 prévoit que les procès-verbaux peuvent être rédigés "dès que possible".

¹¹³ Crim., 7 juin 1963, n° 63-90.694, B. n° 194 ; Crim., 7 juin 1983, B., n° 194 ; Crim., 8 oct. 1985, n° 84-95.606, B., n° 301 ; Crim., 12 mars 1992, n° 91-86.843 ; Crim., 18 nov. 1998, n° 98-83.079 ; Crim., 13 juin 2001, n° 00-86.890 ; Crim. 9 janv. 2018, n° 17-82.946, B. n° 4

¹¹⁴ Crim. 7 sept. 2021, n° 20-87.191

¹¹⁵ v. outre l'arrêt précité du 12 mars 1992 : Crim., 17 sept. 1996, n° 96-82.105, Bull. crim. n° 316 ; Crim., 15 juin 2000, n° 00-81.334, Bull. crim. n° 229 ; Crim., 5 mars 2013, n° 12-83.220

¹¹⁶ v. entre beaucoup d'autres Crim., 5 mars 2013, précité : approbation de l'arrêt qui écarte l'existence d'un grief résultant du défaut de signature du procès-verbal de perquisition, au motif que l'intéressé n'avait pas contesté sa présence tout au long des opérations et avait déclaré, au cours de l'enquête, ne voir aucun inconvénient à l'exploitation de son ordinateur.

Précisons que n'a plus cours et n'est d'ailleurs pas invoquée la solution selon laquelle le grief résulterait de ce que l'intéressé a été mis en examen au vu des éléments découverts lors de la perquisition (Crim. 3 avr. 2007, n° 07-80.807, B. n° 102). La chambre criminelle a en effet posé en principe que "l'existence d'un grief est établie lorsque l'irrégularité elle-même a occasionné un préjudice au requérant, lequel ne peut résulter de la seule mise en cause de celui-ci par l'acte critiqué » (Crim. 7 sept. 2021, n° 20-87.191).

respectées les formalités de l'article 106 du code de procédure pénale relatives aux auditions de témoins qui imposent que chaque page du procès-verbal soit signée du juge, du greffier et du témoin après que celui-ci a été invité à relire sa déposition. Le requérant a recensé "neuf occurrences" et rappelé qu'en vertu de l'article 107, le procès-verbal qui n'est pas régulièrement signé doit être réputé "non avenu".

Pour écarter cette argumentation, la commission d'instruction a retenu en substance que les quelques déclarations mentionnées dans le procès-verbal ne procédaient pas d'auditions.

Cette réponse est contestée à la deuxième branche du dixième moyen. Le demandeur relève qu'ont été recueillies ses déclarations alors qu'il a été mis en examen quelques jours plus tard, celles de sa directrice de cabinet qui avait été entendue trois jours plus tôt, ainsi que celles de son chef de cabinet et de son directeur de cabinet adjoint, lequel l'attestera sur l'honneur lors de son audition ultérieure.

Les déclarations litigieuses sont toutes rapportées au style indirect dans le procès-verbal.

S'agissant de M. [P], le procès-verbal porte les mentions suivantes à propos de divers coffres : "*M. le ministre déclare qu'il n'en a pas le code et qu'il ne l'a jamais ouvert*" (D903/3) ; "*M. le ministre nous indique qu'il n'en détient pas la clé*" (D903/4) ; "*Le ministre confirme qu'il n'avait pas les clés du coffre-fort et qu'il ne savait pas que ce coffre se trouvait là*" (D903/10). Par ailleurs, à propos d'une convocation, il est indiqué que "*M. le Ministre refuse d'en signer l'accusé de réception*" (D903/3).

S'agissant de la directrice de cabinet, il est mentionné, à propos d'un troisième coffre : "*Mme [W] nous indique qu'elle n'en possède pas la clé*" (D903/8).

S'agissant du chef de cabinet du ministre, le procès-verbal porte ces deux mentions ; "*M. [E] nous signale la présence d'un poste ISIS*" (D903/9) ; "*Il nous indique la présence d'un coffre-fort qu'il ouvre*" (D903/10).

Enfin, s'agissant du directeur adjoint de cabinet, il est mentionné, à propos d'un coffre-fort numérique, que "*M. [R] déclare qu'il n'en a jamais eu le code*" (D903/12) et à propos d'un document adressé au ministre et relatif à sa situation personnelle et aux affaires en cours, que M. [R] "*dit ne pas [en] être l'auteur*" (D903/12). Par ailleurs, à la suite de la protestation du ministre constatant que le tri des documents était effectué par une greffière, le procès-verbal porte la mention que "*Monsieur le directeur du cabinet adjoint confirme le constat fait par le Garde des Sceaux*" (D903/14).

Il est certain qu'en cas d'audition au cours d'une perquisition les formalités prévues par le code de procédure pénale doivent être respectées. En pratique, la question se pose le plus souvent lorsque la personne entendue est par ailleurs la personne mise en examen. Les enjeux qui s'attachent à l'audition sont alors plus importants car ne sont pas seulement en cause les règles relatives à la signature des procès-verbaux, mais également et surtout les droits de la défense¹¹⁷.

Toute la question est de savoir si les déclarations mentionnées plus haut, peuvent être regardées comme procédant d'auditions entrant dans les prévisions de l'article 106 du code de procédure pénale.

La chambre criminelle juge de longue date qu'"*il n'y a pas d'interrogatoire lorsque le juge se borne à recueillir, sans les solliciter, les déclarations de l'inculpé au cours d'une perquisition*"

¹¹⁷ Crim. 28 févr. 1974, n° 73-92.596, B. 88, propos enregistré lors d'un transport ; 6 juill. 1977, n° 77-91.103, B. n° 257 ; Crim. 24 janv. 1984, n° 83-94.417, B. n° 30 Crim. 14 sept. 1985, n° 85-93.707, B. n° 285 ; Crim. 15 mars 1988, n° 88-80.267, B. n° 128 ; Crim. 20 févr. 2002, n° 01-88.335, B. n° 41, a contrario.

*et concernant exclusivement la provenance, la nature, l'usage et la destination des objets saisis, la présence de l'avocat n'étant alors pas requise*¹¹⁸. De même, pour elle, *"la réflexion spontanée de l'inculpé (...) mentionnée au procès-verbal ainsi que quelques précisions indispensables au déroulement de la reconstitution fournies par des officiers de police ne constituent pas un interrogatoire ou l'audition de témoin"* de sorte *"qu'elles ne rendaient pas nécessaire la rédaction de procès-verbaux dans les formes prescrites par le code de procédure pénale"*¹¹⁹. Selon une formule reprise par plusieurs arrêts plus récents : *"ne constituent pas une audition, au sens de l'article 63-4-2 du code de procédure pénale, les réponses non incriminantes faites par une personne gardée à vue aux questions posées par les enquêteurs lors de la perquisition effectuée à son domicile hors la présence de son avocat, en vue d'une reconnaissance des objets saisis conformément aux prescriptions de l'article 54 dernier alinéa dudit code"*¹²⁰.

A la lumière de ces solutions, il ne paraît pas faire de doute que les déclarations rapportées dans le procès-verbal ne s'analysent pas en des auditions. Comme l'énonce l'arrêt attaqué : *"Seules ont été posées des questions ponctuelles destinées à la réalisation des opérations et concernant notamment la présence ou l'absence d'un coffre-fort, la détention par l'occupant des lieux de sa clef, l'appartenance de tel document à telle personne. En effet, toute opération de transport donne lieu à un minimum d'échanges avec les personnes présentes, a fortiori lorsqu'elle s'étend sur toute la journée"*. Par ailleurs, si, lors de son audition ultérieure, M. [R] a affirmé avoir été brièvement interrogé sur le fonctionnement de la direction de cabinet et le circuit des dossiers de travail, ces déclarations ne figurent pas au procès-verbal.

Enfin, on relèvera surabondamment que l'irrégularité invoquée sur le fondement de l'article 106 du code de procédure pénale est la même que celle invoquée à la première branche du moyen sur le fondement des dispositions combinées des articles 57, 66 et 95 du même code. A supposer que les déclarations litigieuses soient regardées comme procédant d'auditions, une annulation de ce chef serait pareillement subordonnée à la démonstration d'un grief. Or, il ressort de la jurisprudence relative au défaut de signature des procès-verbaux d'audition ou d'interrogatoire en toutes leurs pages que la chambre criminelle est peu encline à admettre l'existence d'un grief lorsque, comme en l'espèce, la dernière page porte la signature de tous les protagonistes, notamment celle du greffier¹²¹.

Dès lors, ainsi que le propose votre rapporteure, nous concluons également à la non admission du moyen en sa deuxième branche.

1.1.10.3.- Prise de photos non mentionnée au procès-verbal

Contrairement à ce qui est soutenu à la troisième branche du moyen, il ne peut être reproché à la commission d'instruction d'avoir écarté le moyen de nullité tiré de ce que n'a pas été mentionnée dans le procès-verbal de transport et de perquisition la prise de photographies des coffres ouverts au cours de l'opération, versées ultérieurement en procédure et annexées à ce procès-verbal.

Comme le relève la commission d'instruction, le cas de figure est étranger à celui dont avait eu à connaître la chambre criminelle dans un arrêt du 8 juillet 2015 invoqué par le demandeur. Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, les officiers de police judiciaire avaient procédé à la prise de photographies de documents et méconnu ainsi les dispositions de l'article 56-1 du code de procédure pénale qui réservent au magistrat le droit de prendre

¹¹⁸ Crim. 5 juillet 1962, B. n° 242

¹¹⁹ Crim. 2 sept. 1986, n° 86-93.266, B. n° 251

¹²⁰ Crim., 6 février 2018, n° 17-84.380, B., n° 30 ; Crim., 22 oct. 2013, n° 13-81.945, B., n° 196 ; Crim. 11 mai 2021, n° 20-82.267

¹²¹ Crim. 9 oct. 1990, n° 90-84.505 ; Crim. 22 juin 2004, n° 04-82.105, B., n° 163 ; Crim. 12 déc. 2017, n° 17-84.824, B., n° 285

connaissance de ces derniers¹²². Rien de tel en l'espèce, les photographies et leur versement ne révélant aucun détournement ou contournement de règles de procédure.

Il est vrai qu'en application de l'article 92 du code de procédure pénale et contrairement à ce qu'énonce l'arrêt attaqué, la prise de photographies par l'un des membres de la commission d'instruction aurait dû être mentionnée dans le procès-verbal de transport. Toutefois, il ne résulte de cette omission aucun grief dès lors qu'il n'est pas discuté que ces photographies, soumises au débat contradictoire, ont été prises au cours de la perquisition par un magistrat qui en avait le pouvoir et qu'elles sont celles des coffres dont l'ouverture a été forcée.

Comme le propose votre rapporteure, cette branche, comme les précédentes, peut faire l'objet d'une non admission.

I.1.10.4.- Participation d'une greffière au tri des documents

I.1.10.4.1.- Rejet par la commission d'instruction du moyen de nullité

Selon les mentions portées sur le procès-verbal de transport, perquisition et saisie, à 16h11 les membres de la commission d'instruction se sont transportés dans le bureau du directeur de cabinet adjoint, M. [R], où ils ont exploité *"les dossiers préparatoires à destination"* de celui-ci, saisissant un certain nombre de documents, placés sous onze scellés numérotés DIRCAB ADJ 1 à DIRCAB ADJ 11.

A la suite de l'énumération de ces scellés, le procès-verbal porte mention que la commission d'instruction a donné mission à l'une des deux greffières l'assistant au cours de l'opération d'effectuer un tri des documents afin d'identifier ceux susceptibles d'intéresser la procédure. La mention est ainsi rédigée : *"Mentionnons qu'à notre demande et sous notre contrôle, compte tenu de la masse de documents à exploiter et de l'absence d'identification précise d'un certain nombre de pièces, avons demandé à Mme [AS] [AT], greffière, d'effectuer un pré-tri, en ouvrant les dossiers, sous notre responsabilité, avec pour instruction de nous communiquer immédiatement, tous documents susceptibles de concerner l'objet de la présente perquisition"* (D 903/13). Précisons qu'au cours de l'exécution de la perquisition litigieuse, la commission d'instruction était assistée de deux greffières, Mmes [AS] [AT] et [AU] [AV]. C'est donc à la première qu'a été confié le soin de trier les documents trouvés sur les lieux, la seconde établissant alors le procès-verbal de transport comme le précise l'arrêt attaqué.

Etant entré dans le bureau du directeur adjoint de son cabinet, M. [P] a élevé une protestation à l'encontre de cette manière de procéder. Sa protestation a fait l'objet, au procès-verbal, de la mention suivante : *"A 17h30, Monsieur le Ministre rentre dans le bureau de M. [R], directeur de cabinet adjoint, avant de relever qu'en l'absence de tout texte une greffière s'autorise à trier les documents objets de la perquisition (...) Monsieur le ministre conteste cette répartition des tâches, ne comprend pas que Mme la greffière procède à ce qui relève des actes d'enquête plutôt que de dresser le procès-verbal de déroulement de la perquisition"*.

La participation de la greffière a constitué la matière d'un moyen de nullité tiré de la violation des articles 9 et 10 de la loi organique et 92 du code de procédure pénale relatifs à l'assistance du greffier. Le requérant a soutenu que le tri de documents trouvés sur le lieu d'une perquisition n'entraîne pas dans les attributions d'un greffier.

Pour écarter cette argumentation, la commission d'instruction, après avoir rappelé le rôle du greffier, a retenu qu'*"assistant en particulier le magistrat à l'occasion d'un transport susceptible d'aboutir à l'appréhension puis à la saisie de pièces à conviction, aucun texte ne*

¹²² Crim. 8 juill. 2015, n° 15-81.179

prohibe qu'il puisse, sous la direction du juge d'instruction, participer au bon ordonnancement des opérations de tri de documents qui, par hypothèse, ne concernent pas en leur totalité les faits objets de l'information".

1.1.10.4.2.- Un rejet contesté à bon droit par le demandeur

a) Irrégularité de la participation de la greffière à la recherche des documents utiles

La réponse de la commission d'instruction est critiquée à bon droit à la quatrième branche du dixième moyen de cassation tirée de la violation des articles précités de la loi organique et du code de procédure pénale ainsi que de l'article 4 du décret n° 2015-1275 du 13 octobre 2015 portant statut particulier des greffiers des services judiciaires. La circonstance qu'aucun texte ne prohibe la participation d'un greffier à l'exécution d'une perquisition ne suffit pas à rendre cette participation possible. Encore faut-il qu'elle soit expressément autorisée par le législateur. Or, comme le relève le demandeur, ni les textes de procédure pénale ni ceux relatifs aux attributions des greffiers ne l'autorisent.

Aux termes du deuxième alinéa de l'article 92 du code de procédure pénale : "*Le juge d'instruction est toujours assisté d'un greffier*". Par ailleurs, selon les dispositions combinées des articles 9 et 10 de la loi organique, le greffier en chef de la Cour de cassation est, de droit, greffier de la Cour de justice de la République et met à la disposition de celle-ci le personnel nécessaire à son fonctionnement. Il en résulte que la commission d'instruction doit toujours être assistée d'un greffier, mis à sa disposition par le greffier en chef de la Cour de cassation.

L'assistance du greffier, essentielle, est une condition de validité des actes effectués par la juridiction d'instruction¹²³. Toutefois, il n'entre pas dans les missions du greffier telles qu'elles sont définies par les textes relatifs à ses fonctions de participer à la recherche de la vérité aux côtés de la juridiction d'instruction, notamment en prenant lui-même connaissance des documents découverts lors d'une perquisition afin d'identifier ceux susceptibles de se rapporter à l'infraction, objet de la poursuite.

Pour reprendre la formule de la Cour européenne des droits de l'Homme le greffier est avant tout "*un auxiliaire de justice garant de la procédure et participant à la bonne administration de la justice*"¹²⁴. C'est cette attribution de "notaire de la procédure" chargé d'en authentifier les actes par sa signature, qui est mise en avant au premier alinéa de l'article 4 du décret précité du 13 octobre 2015 aux termes duquel : "*Les greffiers sont des techniciens de la procédure. Ils assistent les magistrats dans les actes de leur juridiction et authentifient les actes juridictionnels dans les cas et suivant les conditions prévues par le code de l'organisation judiciaire, le code du travail et les textes particuliers*". La participation à la recherche de la vérité est étrangère à cette mission.

Pour s'en tenir aux seules dispositions susceptibles d'intéresser la question posée, le même article dispose par ailleurs, en son deuxième alinéa, que "*les greffiers exercent également des fonctions d'assistance des magistrats dans le cadre de la mise en état et du traitement des dossiers ainsi que dans le cadre des recherches juridiques*", précisant que, "*selon les directives des magistrats, ils rédigent des projets de décisions et de réquisitoires*". S'il s'agit bien là d'une mission d'assistance judiciaire ou juridique, elle n'englobe pas davantage le pouvoir de contribuer à l'exécution d'une perquisition en portant une appréciation sur l'intérêt ou l'utilité pour la manifestation de la vérité des documents découverts au cours de la mesure. En tout état de cause, ces dispositions réglementaires ne pourraient en aucun cas déroger à celles, législatives, du code de procédure pénale désignant les personnes habilitées à prendre connaissance de documents ou de données au cours d'une perquisition,

¹²³ Crim. 16 déc. 1980, n° 80-91.359

¹²⁴ CEDH, 26 juill. 2007, *Walchli c/ France*, req. n° 35787/03, § 35

la procédure pénale relevant, en application de l'article 34 de la Constitution, du domaine de la loi. Or, ces dispositions ne permettent pas au greffier de s'associer à la recherche de la vérité.

En son premier alinéa, l'article 97 du code de procédure pénale pose en principe qu'au cours d'une perquisition, seul le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire agissant sur sa délégation a le droit de prendre connaissance des documents ou des données informatiques qui ont été découverts sur les lieux. Au premier abord, la règle se présente comme une application particulière des dispositions générales des articles 81 et 151 du même code qui confient au juge d'instruction ou, sur sa délégation, aux officiers de police judiciaire, la mission de procéder à *"tous les actes d'information utiles à la manifestation de la vérité"*. Toutefois, s'agissant plus spécialement de l'accès aux documents découverts lors d'une perquisition, le rappel de la règle trouve sa raison d'être dans les enjeux que présente un tel accès pour la garantie des droits fondamentaux, la vie privée de la personne concernée se trouvant exposée en même temps que les droits de la défense. Au demeurant, en son troisième alinéa, l'article 96 du code de procédure pénale fait obligation au juge d'instruction ou à l'officier de police judiciaire délégataire de *"provoque[r] préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense"*.

Cette obligation s'impose avec une particulière rigueur lorsque, par exception à la règle générale, la possibilité est donnée à d'autres personnes que le juge d'instruction ou son délégataire d'examiner, dans une mesure variable, les documents trouvés sur les lieux d'une perquisition. Ces personnes sont énumérées au deuxième alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale auquel renvoie le dernier alinéa de l'article 96. Il s'agit :

- des personnes invitées à assister à la perquisition pour garantir la sincérité des opérations, - soit, selon le cas, le propriétaire ou l'occupant des lieux, son représentant ou, à défaut, deux témoins requis - étant précisé que leur rôle, très circonscrit, n'est pas de porter une appréciation sur le sort des documents trouvés sur les lieux ;
- aux fonctionnaires et agents auxquels, selon la formule de l'article 28 du code de procédure pénale, des lois spéciales attribuent certains pouvoirs de police judiciaire¹²⁵ ;
- aux personnes, dites "qualifiées", chargées d'effectuer des constatations ou des examens techniques ou scientifiques en application des articles 60 ou 77-1, auxquelles il faut assimiler les experts désignés en application de l'article 156¹²⁶.

Précisons encore que la personne dite qualifiée ou l'expert doit avoir prêté le serment prévu par la loi s'il n'est pas inscrit sur une liste d'experts. La chambre criminelle a eu à rappeler cette exigence à de nombreuses reprises, notamment dans des cas où des agents de l'administration fiscale assistaient l'officier de police judiciaire dans l'exploitation des documents trouvés sur les lieux de la perquisition¹²⁷.

On le voit, les greffiers ne sont pas au nombre des personnes autorisées, par les dispositions du code de procédure pénale, à procéder à l'examen des documents découverts lors d'une perquisition. Ils ne sont pas des fonctionnaires ou agents auxquels la loi attribue des pouvoirs de police judiciaire. Par ailleurs, il ne fait pas de doute et n'est d'ailleurs pas discuté, que la greffière qui a procédé au tri des documents n'est pas intervenue en qualité de personne qualifiée ou, moins encore, en tant qu'experte. Au demeurant, à supposer que cela ait été le cas, elle aurait dû prêter le serment exigé par la loi.

La mission confiée à Mme [AT], greffière de la commission d'instruction, en méconnaissance des dispositions de l'article 97 du code de procédure pénale, apparaît donc comme la

¹²⁵ Crim., 6 mai 2002, n° 02-81.130 ; Crim., 4 nov. 2010, n° 10-84.389, B. n° 175

¹²⁶ Crim. 14 nov. 2001, n° 01-85.965, B. n° 238 ; Crim. 10 mars 2004, n° 03-87.441, B. n° 65

¹²⁷ v. not. : Crim. 22 févr. 1996, 95-85.861, B. n° 87 ; Crim. 3 oct. 1996, n° 95-83.879, B. n° 345 ; Crim. 6 févr. 1997, n° 96-84.018, B. n° 49 ; Crim. 3 déc. 1998, n° 98-83.443, B. n° 333 ; Crim. 21 juin 2006, n° 06-82.774, B. n° 193 ; Crim., 31 mai 2007, n° 07-80.928, B., n° 146 ; Crim., 27 mars 2019, n° 18-83.493.

violation d'une formalité substantielle au sens des articles 171 et 802 du code de procédure pénale. La circonstance que, selon les mentions du procès-verbal, elle ait agi "sous le contrôle" des magistrats de la commission d'instruction n'est pas de nature à modifier cette appréciation dès lors que ce contrôle n'est intervenu qu'a posteriori, la fonctionnaire ayant été appelée à prendre elle-même connaissance des documents avant de les soumettre aux magistrats.

b) Caractère nécessaire ou intrinsèque du grief attaché à l'irrégularité

Comme nous l'avons vu, les articles 171 et 802 subordonnent à l'existence d'un grief l'annulation des actes de la procédure. Il en résulte que les demandes d'annulation tirées de la méconnaissance des formalités entourant les perquisitions et saisies sont fréquemment écartées, faute de grief (*supra*, I.1.10.1).

Il est toutefois des cas où l'irrégularité doit être considérée comme faisant nécessairement grief. Selon la règle énoncée par la chambre criminelle, "*l'irrégularité fait nécessairement grief au requérant, lorsque la méconnaissance de la règle a irrévocablement affecté les droits de celui-ci*"¹²⁸. En pratique, il en est ainsi lorsqu'une garantie importante apportée par la loi aux droits de la personne a été méconnue et que la démonstration d'un grief serait très difficile ou donnerait lieu à des interrogations sans fin et des solutions aléatoires. Notamment, le grief est tenu pour intrinsèque ou nécessaire lorsqu'un acte a été accompli par un agent ou une autorité qui n'en avait pas le pouvoir ou la compétence ou en méconnaissance des prescriptions destinées à assurer le contrôle de l'autorité judiciaire. A titre d'illustrations, fait nécessairement grief le défaut d'habilitation d'un agent ayant procédé à la consultation d'un fichier d'antécédents¹²⁹, l'incompétence de l'autorité ayant procédé à un acte attentatoire à la vie privée¹³⁰, l'association d'une équipe de télévision à l'exécution d'une opération de police judiciaire en violation du secret de l'enquête¹³¹ ou encore l'information tardive de l'autorité judiciaire en cas de mesure coercitive¹³².

A la lumière de ces solutions, il nous semble que la délégation à une personne non habilitée du pouvoir d'accomplir des actes que la loi confie, en principe, au seul juge d'instruction, constitue une irrégularité qui, touchant à la compétence, fait nécessairement grief.

I.1.10.4.2.- Une irrégularité emportant des conséquences circonscrites

La nullité étant acquise dans son principe, il reste à en préciser l'étendue et les conséquences conformément aux prescriptions de l'article 174, alinéa 2, du code de procédure pénale aux termes duquel : "*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*". Il nous semble en effet dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice que, comme vous y autorise l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire, vous procédiez vous même aux annulations qui s'imposent. Outre

¹²⁸ Crim., 12 juillet 2022, n° 21-83.710, P.

¹²⁹ Crim., 25 oct. 2022, n° 22-81.466

¹³⁰ Crim. 14 oct. 2003, n° 03-84.539, B. n° 187 ; Crim. 1^{er} sept. 2005, n° 05-84.061, B. n° 211 ; Crim. 6 déc. 2015, n° 05-85.076, B. n° 319 - solution étendue au défaut de motivation de l'autorisation : Crim. 8 juill. 2015, n° 15-81.731 ; Crim. 10 janv. 2018, n° 17-83.932.

¹³¹ Crim., 9 mars 2021, n° 20-83.304, P.

¹³² Crim., 2 février 2005, pourvoi n° 04-86.805, Bull. crim. 2005, n° 41 ; Crim., 25 juin 2013, pourvoi n° 13-81.977, Bull. crim. 2013, n° 154 ; Crim., 27 juin 2017, pourvoi n° 17-80.783, Bull. crim. 2017, n° 175 ; Crim., 6 novembre 2018, pourvoi n° 17-81.703, Bull. crim. 2018, n° 185

que la jurisprudence de la chambre criminelle offre de nombreux précédents¹³³, votre Assemblée plénière a récemment procédé ainsi¹³⁴.

a) Annulation de certaines saisies et cancellation des pièces qui s'y réfèrent

S'agissant tout d'abord de la détermination de la partie du procès-verbal de perquisition qui serait entachée par l'irrégularité, l'hésitation est permise en raison de l'ambiguïté des mentions portées sur celui-ci. Comme nous l'avons indiqué, la mention selon laquelle une mission de pré-tri a été confiée à la greffière en raison de la masse des documents se trouvant dans le bureau de M. [R], vient après la mention des saisies de documents effectuées dans ce bureau, numérotées DIRCAB ADJ 1 à DIRACAB ADJ 11, et juste avant la mention de l'arrivée du ministre et de la protestation élevée par lui. Dans la suite du procès-verbal, il n'est plus fait mention d'aucune saisie de documents papier pour les besoins de la procédure. Il est seulement mentionné qu'il est effectué par ailleurs une perquisition numérique dans le même bureau et que l'ensemble des données extraites, dont l'origine est précisée, "a été copié sur un support de stockage externe sous un scellé numéroté DIRCAB ADJ 12". La commission d'instruction procède ensuite à la clôture du procès-verbal de perquisition.

En considérant cet enchaînement, il pourrait être soutenu que l'assistance de la greffière n'a été sollicitée qu'à la suite des saisies de documents ayant fait l'objet des scellés numérotés DIRCAB ADJ 1 à DIRCAB ADJ 11 ce dont il résulterait que les documents triés par elle n'auraient en définitive fait l'objet d'aucune saisie. Dans un tel cas de figure, le moyen de nullité devrait être déclaré inopérant au motif que l'irrégularité n'a affecté aucun acte dont l'annulation pourrait être prononcée.

Toutefois, il apparaît que les mentions portées sur le procès-verbal ne se présentent pas dans l'ordre chronologique du déroulement des opérations. Selon l'horaire indiqué, la perquisition numérique a débuté avant l'arrivée de M. [P] bien qu'elle soit mentionnée après. On ne peut donc exclure que la mention selon laquelle il a été fait appel à la greffière pour opérer un premier tri dans la masse des documents à exploiter ait pour objet d'éclairer, de manière rétrospective, les modalités selon lesquelles ont été identifiés ceux des documents, découverts dans le bureau de M. [R], ayant fait l'objet des saisies préalablement énumérées.

Si vous rejoigniez cette analyse, il conviendrait alors, d'une part, de prononcer l'annulation des saisies ayant fait l'objet des scellés DIRCAB ADJ 1 à DIRCAB ADJ 11 et, d'autre part, de canceler dans le procès-verbal de transport, perquisition et saisie coté D 903 le passage, en page 12 et 13, se rapportant à ces saisies. De même, les références à celles-ci devront être annulées aux cotes D1002/3, D1579/2, D1219/4 et 5 et les copies des pièces saisies annexées aux cotes D1219/10 à D1219/16 devraient être retirées du dossier.

Il n'apparaît pas que d'autres actes d'investigation subséquents se réfèrent à un document ayant fait l'objet de l'une des saisies annulées ou aux mentions dont la cancellation s'impose. En particulier, on ne trouvera de référence à ces actes pièces ou mentions ni dans les

¹³³ Crim. 4 juin 1997, B. n° 221 ; Crim. 2 févr. 2005, n° 04-86.805 ; Crim. 28 sept. 2010, n° 10-82.699 ; Crim. 11 juill. 2012, n° 12-82.881 ; Crim. 6 mars 2013, n° 12-85.738 ; Crim. 11 mars 2014, n° 13-86.965 ; Crim. 22 mars 2016, n° 15-83.307, B. n° 92 et n° 15-83.205, B. n° 93 ; Crim. 9 mars 2018, n° 18-80.066, B. n° 91 ; Crim. 10 nov. 2020, n° 20-81.601 ; Crim., 15 déc. 2021, n° 21-82.515

¹³⁴ Ass. plén., 20 janv. 2023, n° 22-82.535, P.

procès-verbaux d'interrogatoire de M. [P]¹³⁵ ni dans les procès-verbaux d'audition et de confrontation¹³⁶ qui ont suivi la perquisition.

b) Sort de l'arrêt de renvoi du 3 octobre 2022

Il reste à examiner l'incidence de l'annulation des saisies irrégulières et de la cancellation des mentions afférentes du procès-verbal sur l'arrêt du 3 octobre 2022 ordonnant le renvoi de M. [P] devant la Cour de justice de la République.

Lorsqu'elle est prononcée avec renvoi, la cassation d'un arrêt de la chambre de l'instruction statuant sur les nullités de la procédure emporte, par voie de conséquence, celle de l'arrêt de la même juridiction renvoyant la personne mise en examen devant la juridiction de jugement¹³⁷. La solution s'explique par le fait que les pièces dont l'annulation pourrait être décidée par la chambre de l'instruction statuant sur renvoi après cassation sont susceptibles d'être le support de l'arrêt statuant sur le règlement de la procédure, leur annulation pouvant même imposer une reprise de l'information.

Il en est autrement lorsque la Cour de cassation prononce une cassation sans renvoi après avoir statué elle-même sur le sort des actes irréguliers comme cela vous est proposé. Elle est alors en mesure d'apprécier si les actes dont elle a prononcé l'annulation, totale ou partielle, sont le support nécessaire de l'arrêt de renvoi. Dans la négative, il n'y a pas lieu d'annuler celui-ci par voie de conséquence. Ainsi, après avoir cassé l'arrêt d'une chambre de l'instruction pour avoir refusé à tort d'annuler des réquisitions tendant à l'obtention d'informations puis constaté elle-même la nullité de ces réquisitions, la chambre criminelle a jugé qu'il n'y avait pas lieu à annuler par voie de conséquence l'arrêt de mise en accusation subséquent dès lors que celle-ci ne se trouvait "*nullement fondée sur les réponses apportées aux réquisitions*" annulées. Dans l'affaire considérée, l'arrêt de mise en accusation a été censuré en raison d'un vice propre¹³⁸.

Au cas présent, l'arrêt de renvoi du 3 octobre 2022 ne comporte qu'une seule référence à un document ayant fait l'objet de l'une des saisies annulées. Sous une division intitulée "*Le refus de prendre en compte les avertissements reçus*", la commission d'instruction énumère un certain nombre d'éléments qui, selon elle, feraient apparaître que l'attention de M. [P] a été appelée sur la situation de conflit d'intérêts susceptible d'être créée par la décision d'ordonner des enquêtes administratives à l'égard des magistrats du PNF et du juge [G]. Il est ainsi fait état :

- d'un courrier daté du 7 juillet 2020 adressé au garde des Sceaux par le syndicat de la magistrature ;
- d'un document saisi dans le bureau de la directrice de cabinet lors de la perquisition litigieuse, intitulé "*Clarifications concernant la remontée d'informations au regard de son exercice professionnel d'avocat pour prévenir tout soupçon de conflits d'intérêts : quel dispositif ?*" ;

¹³⁵ Interrogatoire de première comparution du 16 juillet 2021 (D 925) et interrogatoires des 3 mars 2022 (D 1594) et 29 mars 2022 (D 1665)

¹³⁶ Audition de M. [JM] du 13 juillet 2021 (D 924), confrontation de Mme [W], M. [R] et M. [N] du 15 septembre 2021 (D 1099), auditions de Mme [SZ] du 16 septembre 2021 (D 1104), de Mme [K] du 12 octobre 2021 (D 925) et de M. [TP] du 5 avril 2022 (D 1688).

¹³⁷ v. entre beaucoup d'autres : Crim. 11 déc. 1984, n° 84-90.238, B. n° 396 ; Crim. 29 févr. 1988, n° 87-81.337, B. n° 100 ; Crim. 16 janv. 1991, n° 90-82.427, B. n° 27 ; Crim. 21 sept. 1999, n° 99-83.692, B. n° 189 ; Crim. 28 sept. 2022, n° 20-86.054, 22-84.210, P. ; Crim. 15 mars 2023, n° 22-87.287

¹³⁸ Crim. 21 oct. 2020, n° 20-84.380 et 18-85.776, spéc. § 16

- d'une "note pour le ministre" datée du 15 juillet 2020, saisie dans le bureau de M. [R], qui avait indiqué ne pas en être l'auteur, et placée sous le scellé DIRCABADJ10 (arrêt, p. 131).

Cette dernière note a donc fait l'objet de l'une des saisies dont l'annulation paraît s'imposer. L'arrêt attaqué énonce qu'elle porte en objet : "Situation personnelle et affaires en cours" et aborde "en particulier la question de "la remontée des informations dans le cadre de procédures (toujours en cours) et dans lesquelles [M. [P] a] été constitué en qualité d'avocat, de mis en cause ou de plaignant".

Outre ces documents, la commission d'instruction relève, dans les mêmes développements, plusieurs circonstances de nature à établir, à ses yeux, que M. [P] n'a pas pris en compte "les avertissements reçus". Elle fait ainsi état de treize rencontres, au cours de la période du 7 juillet 2020 au 17 octobre 2021 entre le ministre et l'avocat qui était son associé avant son entrée au Gouvernement. Elle relève encore que ce n'est qu'à la suite du courrier du 7 octobre 2020 adressé par le président de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique attirant son attention sur un possible conflit d'intérêts qu'il a informé le président de sa décision de se soumettre à un décret de déport. La commission constate enfin que, le jour même de la parution du décret de déport, le ministre a dîné en compagnie de personnalités monégasques ou en lien avec les autorités monégasques.

La pièce litigieuse constituant un élément parmi d'autres tendant à mettre en évidence que l'attention du ministre avait été attirée sur le risque de conflit d'intérêts, elle n'apparaît pas déterminante dans cette démonstration.

En tout état de cause, la note placée sous le scellé DIRCABADJ10 n'a en aucune façon déterminé la décision de renvoyer M. [P] devant la Cour de justice de la République. A cet égard, on observera que, dans les développements consacrés à l'élément moral du délit figurant aux pages 138 à 140 de l'arrêt attaqué, la commission d'instruction ne l'évoque pas au nombre des charges qu'elle retient.

Dans ces conditions, il nous semble que l'annulation de la saisie de ce document et la cancellation corrélative du procès-verbal de perquisition n'imposent pas davantage l'annulation par voie de conséquence de l'arrêt de renvoi du 3 octobre 2022 mais seulement la cancellation, à la page 131, des motifs de cet arrêt se référant à la saisie annulée, conformément à une solution mise en œuvre par la chambre criminelle¹³⁹.

Si vous ne procédez pas à cette cancellation, il conviendrait de constater que les pièces litigieuses n'ont pas déterminé la décision de renvoi et de rappeler qu'en application de l'article 174 du code de procédure pénale, aucune condamnation ne pourrait être prononcée sur le fondement des pièces annulées auxquelles se réfère le même arrêt¹⁴⁰.

Bien entendu, ces solutions ne sont proposées que pour le cas où vous ne décideriez pas qu'il y a lieu à annulation de l'arrêt du 3 octobre 2022 sur le pourvoi n° 22-85.784 formé à son encontre (*infra*, III).

¹³⁹ Crim. 18 juin 2019, n° 18-86.105

¹⁴⁰ Rappr. : Crim. 16 mars 2016, n° 15-80.163 ; Crim. 13 juin 2019, n° 19-82.326, B. n° 112 ; Crim. 18 juin 2019, n° 19-82.572, B. n° 123

I.1.10.5.- Méconnaissance de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

En sa cinquième branche, le moyen reprend pour partie l'argumentation développée au neuvième moyen. Le demandeur y invoque une violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, « *en l'absence de garanties suffisantes propres à encadrer l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée qui a résulté de cette mesure intrusive, et en présence d'éléments concrets révélant de manière manifeste la disproportion de la mesure* ». Comme nous l'avons relevé lors de l'examen du neuvième moyen, le demandeur n'a pas invoqué devant la commission d'instruction la violation de ces stipulations conventionnelles de sorte que, le moyen étant mélangé de fait, il est irrecevable à le faire pour la première fois devant vous. En cette branche, le moyen ne paraît donc pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ainsi que le relève votre rapporteure.

I.2.- Examen du pourvoi n° 22-83.930 contre l'arrêt n° 3 du 14 juin 2022

I.2.1.- Des moyens identiques à ceux rejetés par l'arrêt du 3 novembre 2021

I.2.1.1.- Réitération des moyens de nullité

Lors de l'examen de la seconde requête en nullité, présentée le 29 avril 2022, s'est posée la question de sa recevabilité ou plus exactement, de la recevabilité des moyens proposés à son soutien. Comme l'avait alors relevé l'avocat général dans ses réquisitions, ces moyens pouvaient apparaître irrecevables à deux égards. En premier lieu, dirigés contre l'interrogatoire de première comparution du 16 juillet 2021 et les actes antérieurs, ils paraissaient se heurter aux dispositions de l'article 173-1 du code de procédure pénale qui imposent à la personne mise en examen, à peine d'irrecevabilité, de faire état des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant son interrogatoire de première comparution ou de cet interrogatoire lui-même dans un délai de six mois à compter de la notification de sa mise en examen. En second lieu, l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt du 3 novembre 2021 paraissait s'opposer à ce que les mêmes moyens de nullité que ceux écartés par cet arrêt fussent à nouveau invoqués devant la commission d'instruction.

En fait, la réitération de la requête trouvait son explication dans les interrogations suscitées par l'articulation des dispositions de l'article 173-1 du code de procédure pénale avec celles de l'article 23 de la loi organique aux termes desquelles, à l'issue de l'information, les membres du Gouvernement mis en examen et leurs avocats sont avisés de la communication du dossier au procureur général et "*disposent d'un délai de vingt jours à compter de cet avis pour demander à la commission de statuer sur d'éventuelles nullités*".

Il pouvait être envisagé que ces dispositions fussent regardées comme soumettant la présentation des requêtes en nullité devant la commission d'instruction à un régime autonome, exclusif de celui de droit commun prévu par le code de procédure pénale. En pareil cas, le requérant s'exposait à ce que, sur son pourvoi contre l'arrêt du 3 novembre 2021, vous déclariez irrecevable la première requête en nullité, présentée dans les six mois de son interrogatoire de première comparution en application de l'article 173-1 du code de procédure pénale. Par précaution, il a donc réitéré cette requête dans le délai de vingt jours prévu à l'article 23 de la loi organique.

1.2.1.2.- Admission de la recevabilité des moyens par la commission d'instruction

Invitée à préciser l'articulation entre les dispositions en présence, la commission d'instruction, qui, dans son arrêt du 3 novembre 2021 avait admis la recevabilité de la première requête, n'a évidemment pas remis en cause la possibilité, pour la personne mise en examen, de présenter une requête en nullité en cours d'information dans les conditions prévues à l'article 173-1 du code de procédure pénale. Mais elle n'en a pas tiré pleinement les conséquences, estimant que l'effet de forclusion attaché à l'expiration du délai prévu par cet article était comme neutralisé par les dispositions de l'article 23 de la loi organique. Plus précisément, elle s'est déterminée en ces termes : *“les dispositions de l'article 23 (...) de la loi organique, exorbitantes du droit commun en ce qu'elles autorisent le dépôt d'une requête en fin de procédure, confèrent en cela un droit complémentaire aux membres du Gouvernement mis en examen et à leurs avocats ce qui justifie que le présent recours soit déclaré recevable”*.

Cette motivation nous paraît évincer de manière contestable une partie des dispositions de l'article 173-1 du code de procédure pénale. En outre, elle laisse sans réponse l'argument tiré de l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt du 3 novembre 2021. En réalité, par son arrêt du 14 juin 2022, la commission d'instruction aurait dû déclarer irrecevable l'ensemble des moyens de nullité qui lui étaient soumis par la requête du 29 avril 2022.

1.2.2.- Des moyens qui auraient dû être déclarés irrecevables

1.2.2.1.- Irrecevabilité tirée de l'article 173-1 du code de procédure pénale

a) Rappel des dispositions de l'article 173-1 du code de procédure pénale

Les dispositions de l'article 173-1 du code de procédure pénale, dont le champ s'est accru depuis lors, ont été introduites par la loi du 15 juin 2000¹⁴¹. Elles sont venues compléter celles de l'article 175 du même code, issues de la loi du 24 août 1993¹⁴² qui prévoyait alors, notamment, qu'à l'expiration d'un délai de vingt jours à compter de l'envoi de l'avis de fin d'information, les parties n'étaient plus recevables à présenter une requête en nullité. Le législateur a souhaité organiser une “purge des nullités” de l'information, non plus seulement au terme de celle-ci, mais, de manière progressive, à mesure de l'avancée des investigations.

Comme cela a été indiqué, l'article 173-1 impartit à la personne mise en examen un délai de six mois à compter de l'accomplissement de certains actes pour présenter les moyens pris de la nullité de ces actes et de ceux qui leur sont antérieurs. Les actes constituant le point de départ du délai sont aujourd'hui, outre la notification de la mise en examen, chaque interrogatoire ultérieur et chaque acte notifié à l'intéressé en application du code de procédure pénale, telle, par exemple, la décision ordonnant une expertise dont la notification est prévue à l'article 161-1.

L'articulation entre l'article 173-1 et l'article 175, toujours en vigueur, même si le délai qu'il impartit s'est allongé en même temps que le processus de règlement de l'information, ne soulève aucune difficulté. Il en résulte que les seuls moyens de nullité pouvant être invoqués,

¹⁴¹ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

¹⁴² Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale

en fin d'information, dans le délai prévu à l'article 175, sont ceux qui ne se heurtent pas une cause d'irrecevabilité, notamment à celle prévue à l'article 173-1.

b) Applicabilité devant la commission d'instruction

Les dispositions de l'article 173-1 nous paraissent applicables devant la commission d'instruction en vertu de l'article 18 de la loi organique aux termes duquel « *la commission d'instruction procède à tous les actes qu'elle juge utiles à la manifestation de la vérité selon les règles édictées par le code de procédure pénale* ». Il semble que vous donniez une large portée à cette disposition en raison du relatif laconisme des règles prévues par la loi organique. Il en résulte qu'en principe, trouvent application devant la commission d'instruction, non seulement les règles de droit commun relatives à l'accomplissement proprement dit des actes d'investigation, mais également celles qui ouvrent à la personne poursuivie le droit de les solliciter, de les discuter ou de les contester.

Il n'importe que, comme c'est le cas de celles prévues à l'article 173-1, elles aient été introduites postérieurement à la date de la loi. Contrairement à une opinion qui a pu être défendue¹⁴³, en renvoyant aux dispositions du code de procédure pénale, l'article 18 n'a pas opéré une cristallisation des règles de droit commun applicables à cette date. Sont donc applicables devant la commission d'instruction les modifications apportées à ces règles depuis lors comme l'a fait valoir un ancien président de la Cour de justice de la République¹⁴⁴ et comme cela résulte désormais clairement de vos décisions, y compris lorsque ces règles se rapportent aux droits des parties et non pas strictement à la mise en œuvre des mesures d'investigation¹⁴⁵. En particulier, vous avez déjà examiné à plusieurs reprises des pourvois formés contre des arrêts de la commission d'instruction statuant sur des requêtes en nullité présentées en cours de procédure sans opposer leur irrecevabilité au motif qu'elles auraient dû être présentées dans le délai de l'article 23¹⁴⁶. La commission d'instruction, qui a accepté d'examiner la première requête en nullité, du 7 septembre 2021, a d'ailleurs mis en œuvre cette solution. Celle-ci est justifiée par le principe d'égalité devant la justice. La circonstance que des poursuites soient dirigées contre un membre du Gouvernement peut justifier l'institution d'une procédure dérogatoire mais non que demeurent inappliquées les réformes de procédure conçues dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et des droits de la défense, souvent d'ailleurs pour mettre notre droit en conformité avec les exigences constitutionnelles et conventionnelles. Rien ne justifie que, devant la commission d'instruction, la personne poursuivie devrait être tenue d'attendre la fin de l'information pour contester la régularité des actes d'investigation ou de sa mise en examen.

¹⁴³ v. J. Foyer, Cour de justice de la République, Rép. Dall. pén. et procéd. pén., n° 38 ; v. sur la question, C. Guérin-Bargues, *Juger les politiques ? La Cour de justice de la République*, Institut Villey, Dalloz, 2017, p. 30 et 31.

¹⁴⁴ v. H.-C. Le Gall, J.-Cl. Proc. pén., App. art. 231 à 566 - Fasc. 20 : Cour de justice de la République, n° 59.

¹⁴⁵ v. Ass. plén., 26 avr. 2022, n° 21-86.158 (P), faisant application de l'article 161-1, alinéa 1er, du code de procédure pénale, issu de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, ouvrant la possibilité de discuter une mission d'expertise.

Ass. plén., 4 juin 2021, n° 21-81.656 (P.), faisant application, devant la Cour de justice de la République de l'article 406 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014, imposant de notifier au prévenu le droit de se taire, alors même qu'à l'instar de l'article 18 de la loi organique applicable à la commission d'instruction, l'article 26 de la loi organique renvoie aux règles du code de procédure pénale applicables devant le tribunal correctionnel pour la tenue des débats devant la Cour de justice de la République.

¹⁴⁶ Ass. plén., 13 mars 2020, n° 19-86.609 ; Ass. plén., 20 janv. 2023, n° 22-82.535

c) Articulation avec l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993

La règle énoncée à l'article 18 de la loi organique ne valant, selon les termes de celui-ci, que "*dans la mesure où il n'y est pas dérogé*" par les dispositions spéciales de cette loi, la seule question est de savoir si les dispositions de son article 23 devraient conduire à apporter des adaptations ou limitations à celles de l'article 173-1 du code de procédure pénale. Une réponse négative paraît s'imposer. Il n'y a aucune incompatibilité entre les deux articles qui peuvent se combiner comme se combinent, en droit commun, les articles 173-1 et 175 du code de procédure pénale dont l'article 23 est inspiré.

Il paraît difficile de retenir avec la commission d'instruction que l'application de l'article 173-1 serait en quelque sorte distributive. La commission d'instruction semble en effet considérer que l'article 23 de la loi organique ouvre de manière inconditionnelle aux personnes mises en examen le droit de présenter une requête en nullité dans le délai de vingt jours suivant l'avis de communication du dossier au procureur général marquant la fin de l'information, sans que puisse faire obstacle à l'exercice de ce droit un motif d'irrecevabilité tiré de l'article 173-1. C'est ce qu'il faut comprendre lorsque la commission d'instruction énonce que les dispositions "*exorbitantes*" de l'article 23 ouvrent "*un droit complémentaire aux membres du Gouvernement mis en examen*". Ainsi, tel que l'interprète la commission, l'article 173-1 ouvrirait le droit de présenter une requête en nullité en cours d'information mais n'emporterait aucune forclusion. Cette analyse se heurte à deux objections.

D'abord, les dispositions de l'article 173-1 forment un ensemble indissociable. Si elles ouvrent le droit de demander la nullité d'actes de la procédure en cours d'information c'est précisément, comme on l'a indiqué, pour permettre une purge des nullités à mesure de l'avancée de celle-ci afin d'éviter qu'à son terme, plusieurs mois, voire plusieurs années après qu'elle a été ouverte, des irrégularités affectant des actes anciens ne provoquent son annulation. L'ouverture du recours ne peut donc se concevoir sans l'effet extinctif attaché à son défaut d'exercice dans le délai imparti par la loi. Retenir que l'article 173-1 du code de procédure pénale ne s'applique qu'en tant qu'il ouvre le droit de former des demandes d'annulation au cours de l'information reviendrait à créer une règle de procédure nouvelle qui, à aucun moment, n'a été envisagée par le législateur, ordinaire ou organique.

Par ailleurs - c'est la seconde objection - on ne peut considérer qu'en permettant de demander l'annulation des actes de la procédure au terme de l'information, le législateur organique aurait entendu ouvrir "*un droit complémentaire*" aux ministres mis en examen devant la commission d'instruction. Comme on l'a indiqué, l'article 173-1 du code de procédure pénale n'était pas en vigueur à la date de cette loi, de sorte que les dispositions de l'article 23 ne peuvent s'analyser en une dérogation que le législateur aurait entendu apporter à un texte qui n'existait pas. En réalité, loin d'être "*exorbitantes*", les dispositions de l'article 23 traduisent la volonté du législateur de soumettre à la règle commune le régime des nullités devant la commission d'instruction. Comme on l'a relevé, les dispositions de l'article 23 ne sont que la transposition de celles de l'article 175 du code de procédure pénale telles qu'elles s'appliquaient alors devant le juge d'instruction. La volonté d'alignement ressort d'ailleurs clairement des travaux parlementaires. C'est en se référant à l'article 175, que la commission des lois de l'Assemblée nationale a proposé de compléter les dispositions du projet de loi organique en y introduisant des dispositions calquées sur celles de cet article afin qu'il soit bien clair que les personnes mises en examen par la commission d'instruction disposaient du droit de présenter une requête en nullité au terme de l'information dans les mêmes conditions qu'en droit commun.

En admettant implicitement, par vos arrêts antérieurs, l'application de l'article 173-1 devant la commission d'instruction, vous l'avez nécessairement jugé applicable dans toutes ses dispositions, y compris celles - qui sont l'une de ses raisons d'être - sanctionnant par l'irrecevabilité les moyens de nullité proposés au-delà du délai de six mois qu'il prévoit. Cette solution, qui ne heurte ni la lettre de la loi organique ni la volonté du législateur pourrait être

retenue explicitement par votre Assemblée plénière à l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt n° 3 du 14 juin 2022.

1.2.2.- Autorité de la chose jugée

En tout état de cause, il est évident qu'en ouvrant le droit de demander l'annulation d'actes de la procédure à la fin de l'information, dans le délai prévu à l'article 23 de la loi organique, le législateur n'a pas envisagé et moins encore voulu que ce droit puisse s'exercer en violation de l'autorité de la chose jugée. On ne conçoit pas que, dans ce délai, la personne mise en examen puisse obtenir qu'il soit statué à nouveau sur des moyens de nullité qu'elle aurait déjà présentés en cours d'information et que la commission d'instruction aurait rejetés par un précédent arrêt. Rappelons que les arrêts statuant sur les nullités de l'information ont autorité de la chose jugée et qu'ils ont même une autorité renforcée puisqu'en application de l'article 174 du code de procédure pénale, ils s'opposent à ce que soit à nouveau contestée non seulement la régularité des actes qui ont été jugés réguliers mais également celle d'actes qui, figurant au dossier tenu à la disposition des parties avant l'audience, auraient pu alors être soumis à la commission d'instruction. L'autorité de la chose jugée se double ainsi d'une forclusion¹⁴⁷. Au cas présent, sans qu'il y ait à faire jouer cette forclusion, les moyens de nullité proposés au soutien de la requête du 29 avril 2022 étaient irrecevables en raison de l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt du 3 novembre 2021 par lequel la commission d'instruction les avait examinés pour les écarter.

1.2.3.- Proposition de cassation sans renvoi

La commission d'instruction ayant procédé, par l'arrêt n° 3 du 14 juin 2022, à l'examen d'une requête en nullité qu'elle aurait dû déclarer irrecevable en application de l'article 173-1 du code de procédure pénale et/ou du principe de l'autorité de la chose jugée, vous pourriez vous borner à écarter les moyens de cassation proposés à l'appui du pourvoi n° 22-83.930 formé contre cet arrêt en retenant que le demandeur ne saurait se faire un grief du rejet de ses demandes d'annulation dès lors que la commission d'instruction aurait dû les déclarer irrecevables et rejeter en conséquence le pourvoi. Mais il ne paraît guère envisageable de laisser subsister un arrêt statuant dans les mêmes termes que celui du 3 novembre 2021, alors que celui-ci est susceptible d'appeler une censure de votre part. Aussi, nous vous proposons de casser l'arrêt n° 3 du 14 juin 2022 sur un moyen relevé d'office tiré de la méconnaissance de l'article 173-1 du code de procédure pénale et du principe de l'autorité de la chose jugée après avoir constaté que, dans le dispositif de son arrêt, la commission d'instruction a déclaré à tort recevable la requête en nullité du 29 avril 2022 pour ensuite la rejeter (v. D1175/33).

Cette cassation pourra avoir lieu sans renvoi dès lors que, conformément à l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire, vous êtes en mesure de faire application de la règle de droit appropriée en déclarant cette même requête irrecevable.

¹⁴⁷ Etant précisé que celle-ci a été introduite par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale

II. POURVOIS FORMES CONTRE LES DECISIONS RENDUES SUR LES DEMANDES D'ACTES

II.1.- Observations liminaires sur la recevabilité des pourvois et le contrôle de la Cour de cassation

Appelée, à cinq reprises, à statuer sur des demandes d'actes présentées par M. [P] en application de l'article 82-1 du code de procédure pénale, la commission d'instruction n'a fait droit à aucune d'entre elles. M. [P] s'est pourvu contre chacune de ses décisions (pourvois n^{os} 21-87.457, 22-80.634, 22-81.029, 22-83.929 et 22-83.929).

En complément des indications générales données en introduction, rappelons que l'examen immédiat d'un pourvoi formé contre les arrêts rendus sur appel d'une décision rejetant une demande d'acte est exclu par l'article 570, alinéa 3, du code de procédure pénale, l'examen d'un tel pourvoi ne pouvant intervenir qu'en même temps que celui du pourvoi formé contre l'arrêt sur le fond - en l'occurrence, l'arrêt de règlement. Contrairement à la solution appliquée aux pourvois formés contre les autres décisions avant-dire droit, le texte ne ménage pas la possibilité de présenter une requête aux fins d'examen immédiat. La chambre criminelle juge toutefois que l'examen immédiat des pourvois en la matière peut être ordonné par son président, mais uniquement dans l'intérêt de l'ordre public et d'une bonne administration de la justice, en cas de risque d'excès de pouvoir¹⁴⁸. Ces règles sont applicables, en vertu de l'article 24 de la loi organique, en cas de pourvoi formé contre un arrêt de la commission d'instruction rejetant une demande d'acte¹⁴⁹. Il en résulte qu'en pratique, les pourvois formés contre des décisions de refus d'acte sont presque toujours examinés en même temps que celui formé contre l'arrêt sur le fond.

Lorsqu'elle est appelée à examiner de tels pourvois, la chambre criminelle rappelle avec constance que la nécessité ou l'opportunité d'une mesure d'investigation relève du pouvoir souverain d'appréciation de la juridiction d'instruction et qu'elle "échappe", dès lors, "au contrôle de la Cour de cassation"¹⁵⁰. C'est d'ailleurs ce qui explique que le législateur ait exclu l'examen immédiat des pourvois formés en la matière. La même solution est applicable devant l'Assemblée plénière. Le pouvoir de contrôle "en fait et en droit" que vous vous reconnaissez en matière de contentieux des nullités de l'information afin de pallier les insuffisances du recours porté devant la commission d'instruction, juge de la régularité de ses propres actes, n'a pas lieu d'être s'agissant du contentieux des demandes d'actes. Au demeurant, sur les pourvois formés contre les arrêts de renvoi devant la Cour de justice de la République, votre Assemblée plénière, reproduisant la formule de la chambre criminelle lorsqu'elle statue sur des pourvois formés contre des arrêts de mise en accusation, rappelle qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause l'appréciation souveraine portée par la commission sur les faits de la cause¹⁵¹.

¹⁴⁸ Crim. 6 janv. 2004, n° 03-86.260, B. n° 1 ; Crim. 25 mai 2005, n° 05-81.628, B. n° 157. La solution n'est pas très différente lorsqu'une disposition législative exclut tout pourvoi en cassation. Faisant application du principe général du droit, la chambre criminelle admet la recevabilité du pourvoi en cas de risque d'excès de pouvoir (v. par ex., l'abondante jurisprudence relative aux ordonnances de filtrage du président de la chambre de l'instruction, prises en application de l'article 186-1 du CPP).

¹⁴⁹ Ass. plén. 21 déc. 2021 préc. ; Ass. plén. 26 avr. 2022 préc.

¹⁵⁰ v. entre beaucoup d'autres : Crim. 25 mars 1997, n° 96-83.118, B. n° 118 ; Crim. 13 janv. 1999, n° 98-86.574 ; Crim. 5 janv. 2000, n° 99-84.772 ; Crim. 23 oct. 2002, n° 02-85.410 ; Crim. 12 févr. 2003, n° 02-87.625 ; Crim. 9 juill. 2003, n° 03-82.161 ; Crim. 8 juin 2006, n° 06-82.247 ; Crim. 25 juill. 2007, n° 07-84.152, B. n° 186 ; Crim. 12 mars 2008, n° 07-88.658 ; Crim. 8 déc. 2010, n° 10-86.852 ; Crim., 19 nov. 2013, n° 12-82.849, 12-82.850, 12-82.818, B., n° 229 ; Crim., 7 janv. 2015, n° 14-86.850 ; Crim., 30 mai 2018, n° 18-81.709 ; Crim., 19 juin 2019, n° 18-84.069 ; Crim., 29 janv. 2020, n° 17-83.577 ; Crim., 13 janv. 2021, n° 20-80.511

¹⁵¹ Ass. plén., 22 juill. 2016, n° 16-80.133, P. ; Ass. plén., 13 mars 2020, n° 19-86.609, P.

A la lumière de ce rappel, les pourvois n^{os} 22-80.634, 22-81.029, 22-83.929 et 22-83.949 peuvent être écartés sans trop d'hésitation. Ils seront d'abord examinés. Nous consacrerons davantage de développements au pourvoi n° 21-87.457 formé contre l'ordonnance du 17 août 2021 rendue sur la demande d'audition du procureur général en qualité de témoin.

II.2.- Pourvoi n° 22-80.634 contre l'arrêt du 26 janvier 2022 rejetant la demande d'exploitation de factures téléphoniques

Par un arrêt du 26 janvier 2022, la commission d'instruction a rejeté la requête de M. [P] tendant à l'exploitation des factures de la ligne téléphonique professionnelle du procureur général près la Cour de cassation sur la période du 6 juillet 2020 au 14 juillet 2021. Le requérant estimait cette mesure nécessaire pour éclairer le rôle de conseil qui, selon lui, aurait été tenu par le procureur général à l'égard des responsables politiques lors de la saisine de l'IGJ aux fins d'enquête administrative.

Pour rejeter cette demande, la commission d'instruction a d'abord retenu, en substance, que les circonstances et le contenu des échanges téléphoniques entre le procureur général et Mme [W], directrice de cabinet du garde des Sceaux, ainsi que Mme [K], conseillère justice du président de la République ayant été la directrice adjointe de cabinet du précédent garde des Sceaux, étaient suffisamment éclairés par les pièces du dossier, au nombre desquelles l'audition de Mme [K], la confrontation entre Mme [W], M. [R], directeur adjoint de cabinet, et M. [N], directeur des services judiciaires, et la note remise par le procureur général sur la teneur de ses échanges téléphoniques avec Mme [W].

Par ce seul motif, procédant de son appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause dont elle a déduit que la mesure d'investigation demandée ne présentait pas d'utilité, la commission d'instruction a justifié sa décision sans méconnaître les droits de la défense contrairement à ce que soutient le demandeur à la première branche du moyen.

Dès lors, sans qu'il y ait lieu d'examiner la critique, inopérante, articulée aux deux autres branches contre les motifs surabondants relatifs à la disponibilité des données de facturation et à l'étendue de la saisine, le moyen, qui se heurte à une jurisprudence constante rappelée dans nos observations préliminaires, n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ainsi que le relève votre rapporteure. Nous concluons en conséquence à ce que le pourvoi soit déclaré non admis en application de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale.

II.3.- Pourvois n° 22-81.029, 22-83.929 et 22-83.949 contre les arrêts rejetant des demandes d'audition de témoins

II.3.1.- Observation préalable relative au droit de faire interroger les témoins

Au cours de l'information, M. [P] a présenté trois demandes tendant respectivement à ce que soient entendus comme témoins M. [O], M. [HO] et Mme [A]. Par autant d'arrêts, la commission d'instruction a rejeté ses demandes. Au soutien de chacun des pourvois qu'il a formés contre ces arrêts, le demandeur a proposé un moyen unique de cassation pris, notamment, de la violation de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La question étant commune aux trois pourvois, il importe de préciser le sens et la portée des stipulations de cet article aux termes desquelles "*tout accusé a droit notamment à : (...) /b) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge*".

Ainsi que l'énonce la Cour européenne des droits de l'homme, ces stipulations ouvrent à la personne mise en cause le droit de demander l'audition des témoins à charge et à décharge mais ne font pas obligation au juge d'ordonner l'audition demandée. Il revient à celui-ci d'apprécier l'utilité de l'audition pour la manifestation de la vérité et les droits de la défense. En définitive, et pour reprendre les mots de la Cour de Strasbourg, "*seules des circonstances exceptionnelles peuvent [la] conduire à conclure à l'incompatibilité avec l'article 6 de la non-audition d'une personne comme témoin*"¹⁵². Plus précisément, lorsqu'elle est appelée à déterminer si l'absence d'audition d'un témoin à décharge a emporté la violation de cet article, la Cour de Strasbourg examine successivement, selon une méthodologie qu'elle a définie, en premier lieu, si la demande d'audition était suffisamment motivée et pertinente au regard de l'objet de l'accusation, en deuxième lieu, si la juridiction a bien procédé à l'évaluation de cette pertinence, conçue comme la capacité du témoignage à influencer sur l'issue du procès, et motivé par des raisons suffisantes sa décision de ne pas entendre le témoin et, enfin, si cette décision a nui à l'équité globale du procès¹⁵³. C'est à la lumière de ces orientations générales qu'il convient d'examiner les pourvois formés par M. [P] contre les trois arrêts ayant rejeté ses demandes d'audition de témoins.

II.3.2.- Pourvoi n° 22-81.029 contre l'arrêt du 9 février 2022 rejetant la demande d'audition de M. [O]

Le 10 juin 2020, a été diffusée sur la chaîne de télévision France 3, l'émission "pièces à conviction", intitulée "Scandale à [Localité 3]" à laquelle ont participé, outre M. [G] qui avait exercé les fonctions de juge d'instruction dans la principauté, M. [A] [O], qui y avait exercé les fonctions de conseiller à la cour d'appel avant d'être nommé, en 2018, avocat général à la Cour de cassation.

Comme nous l'avons exposé, M. [P], qui, dans l'exercice de sa profession d'avocat, avait, notamment, assisté une personnalité monégasque ayant déposé plainte contre M. [G] pour violation du secret de l'instruction à la suite de cette émission, a été mis en examen du chef de prise illégale d'intérêts pour avoir, notamment, comme ministre de la justice, demandé l'ouverture d'une enquête administrative à l'égard du magistrat en raison de sa participation à l'émission précitée.

Estimant que la participation de M. [O] à l'émission de télévision était susceptible de révéler le soutien qu'aurait entendu apporter M. Molins, procureur général près la Cour de cassation et ministère public près la Cour de justice de la République, à M. [G], M. [P] a demandé qu'il soit procédé à l'audition de M. [O] afin de déterminer s'il avait informé M. Molins de sa participation et s'il lui en avait rendu compte.

Pour rejeter cette demande, par son arrêt du 9 février 2022, la commission d'instruction a retenu en substance que "*l'argument de la défense selon lequel M. Molins aurait apporté son soutien à M. [G] en autorisant M. [A] [O] à intervenir dans l'émission (...) apparaît dénué de fondement*". Elle a relevé à cet égard qu'au cours de l'émission, M. [O] s'était borné à faire état de son expérience personnelle de magistrat au sein de la juridiction monégasque sans faire allusion à M. [G] ou à M. Molins. Par ailleurs, elle a estimé qu'en soumettant à M. Molins sa participation à cette émission, M. [O] n'avait fait que respecter « *l'obligation d'information loyale de son supérieur hiérarchique* » et que la circonstance que M. Molins ne s'y soit pas opposé ne traduisait « *aucun soutien objectivable à M. [G]* ». Enfin, citant les déclarations de M. [O] à l'IGJ, elle a constaté qu'avant l'émission, celui-ci n'avait pas été précisément informé des conditions de son déroulement et qu'en acceptant d'y participer, il avait été animé avant tout par la volonté de témoigner de pratiques qui lui apparaissaient d'une particulière gravité.

¹⁵² CEDH, 13 avr. 2006, *Vaturi c/ France*, n° 75699/01, § 51 et les arrêts cités

¹⁵³ CEDH, GC, 18 déc. 2018, *Murtazaliyeva c/ Russie*, n° 36658/05, § 158 s.

Dans son moyen unique de cassation pris, notamment, de la violation des stipulations de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme garantissant les droits de la défense et le droit pour l'accusé d'interroger ou faire interroger les témoins, le demandeur conteste l'appréciation portée par la commission d'instruction sur la nécessité de procéder à l'audition demandée, estimant que seule cette audition permettrait de démontrer de manière objective que la participation de M. [O] à l'émission de télévision n'était pas l'expression d'un soutien de M. Molins à M. [G].

Ce moyen se borne à remettre en cause l'appréciation souverainement portée par la commission d'instruction sur la nécessité de l'audition. Dès lors, conformément à la proposition de votre rapporteure, le pourvoi pourrait également être déclaré non admis en application de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale.

II.3.3.- Pourvoi n° 22-83.929 contre l'arrêt n° 1 du 14 juin 2022 rejetant la demande d'audition de M. [HO]

Comme nous l'avons exposé à l'occasion de l'examen du deuxième moyen de cassation proposé au soutien du pourvoi n° 21-86.418 formé contre l'arrêt du 3 novembre 2021 statuant sur la requête en nullité des actes de la procédure (*supra* I.1.2), lors d'un entretien accordé à une revue juridique, M. [HO], ancien conseiller à la Cour de cassation et ancien président de la Cour de justice de la République, a indiqué avoir donné son avis aux membres de la commission d'instruction dans l'information suivie contre M. [P], sur le point de savoir s'il convenait de statuer immédiatement sur la requête en nullité présentée en cours d'information ou d'attendre la fin de celle-ci. Sollicités par un journaliste sur la nature de cette consultation, la présidente de la commission d'instruction et M. [HO] ont, en substance, confirmé l'existence d'échanges sur des questions juridiques tout en précisant qu'ils ne s'analysaient ni en une audition ni en une expertise. Les membres de la commission d'instruction se sont en outre exprimés sur la nature de ces échanges dans le cadre de l'instruction de la requête en récusation déposée par M. [P] à leur rencontre (*supra*, I.1.2).

Estimant que les déclarations de M. [HO] et celles des membres de la commission d'instruction ne concordaient pas, M. [P] a demandé qu'il soit procédé à l'audition de M. [HO] afin de faire la lumière sur la nature et le contenu des échanges "*compte tenu de l'importance de ce consultant extérieur pour la commission*".

Par son arrêt n° 1 du 14 juin 2022, la commission d'instruction a rejeté cette demande. Reprenant les termes de l'entretien accordé par M. [HO], elle a tout d'abord relevé qu'ils tenaient en des considérations d'ordre général, détachées de l'affaire concernant M. [P], sur les circonstances de la création de la Cour de justice de la République, son organisation et son fonctionnement. Elle a ensuite cité dans son intégralité le courriel adressé par sa présidente au journaliste l'ayant sollicitée, dans lequel elle précise les raisons, la nature, l'objet et les dates des contacts avec M. [HO]. Enfin, la commission a constaté que la demande d'acte ne tendait qu'à mettre en cause l'impartialité des membres de la commission d'instruction en raison des échanges considérés alors même que la requête en récusation qui avait été présentée à leur rencontre de ce chef avait été rejetée, "*les contacts*" avec M. [HO] ayant eu pour seul objet "*des échanges strictement juridiques sur des problèmes épineux de procédure*". De cet ensemble d'éléments, la commission a tiré que "*l'audition de M. [HO] n'appar[ai]ssait en rien utile à la manifestation de la vérité quant aux infractions reprochées à M. [P]*".

Dans son unique moyen de cassation pris de la violation des droits de la défense et du droit à un procès équitable ainsi qu'à un juge indépendant et impartial, le demandeur conteste l'appréciation portée par la commission d'instruction, estimant que seule une audition de M. [HO] permettrait de connaître la nature et l'objet des échanges entretenus avec celui-ci

par la commission d'instruction, le refus opposé par elle étant, selon lui, de nature à nourrir légitimement "*une suspicion de partialité*".

Le moyen tendant à remettre en cause l'appréciation souveraine portée par la commission d'instruction sur la nécessité de l'audition sollicitée, nous concluons, là encore, à la suite de votre rapporture, à la non admission du pourvoi en application de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale.

II.3.4.- Pourvoi n° 22-83.949 contre l'arrêt n° 2 du 14 juin 2022 rejetant la demande d'audition de Mme [A]

Au cours de l'information, M. [G], ancien juge d'instruction à [Localité 3], a été entendu sur la plainte déposée à son encontre pour violation du secret de l'instruction à la suite de sa participation à l'émission de télévision diffusée le 10 juin 2020 sur le fonctionnement de la justice dans la principauté (D1609). Au cours de son audition, celui-ci a indiqué qu'en 2019, Mme [A], alors présidente de l'Union syndicale des magistrats, l'avait informé qu'un journaliste était en possession des pièces du dossier et souhaitait le contacter pour recueillir son expérience comme juge à [Localité 3], ce à quoi il avait consenti à condition de n'évoquer que les circonstances de son éviction et non le fond de l'affaire l'ayant déterminée.

M. [P] a demandé l'audition de Mme [A] « *aux fins de comprendre le rôle joué par [elle] dans la violation du secret de l'instruction* », et ainsi éclairer ou expliquer la plainte déposée par elle à son encontre du chef de prise illégale d'intérêts.

Par son arrêt n° 2 du 14 juin 2022, la commission d'instruction a jugé qu'il n'y avait pas lieu de faire droit à cette demande. Après avoir rappelé que la plainte était commune à l'Union syndicale des magistrats et au Syndicat de la magistrature, elle a retenu retenu, après en avoir analysé les circonstances, qu'il n'existait aucune corrélation entre l'échange évoqué dans la demande d'acte et la plainte déposée. Elle a relevé par ailleurs qu'elle n'était pas saisie de faits de violation du secret de l'instruction. De cet ensemble de considérations, la commission d'instruction a conclu non seulement que l'audition de Mme [A] n'était pas utile à la manifestation de la vérité dans le présent dossier, mais encore qu'elle était totalement étrangère à sa saisine.

Dans son moyen unique de cassation, invoquant la violation du droit de faire interroger des témoins ainsi que des droits de la défense garantis à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, le demandeur conteste l'opérance des motifs de l'arrêt attaqué estimant que "*dès lors qu'il ressort des éléments objectifs versés au dossier que Mme [A] a joué un rôle dans la violation du secret de l'instruction susceptible d'être imputée à M. [G], son audition est utile à la manifestation de la vérité*".

Toutefois, comme pour les deux précédents pourvois, vous ne pourrez que constater que le moyen proposé ne tend qu'à remettre en cause une appréciation factuelle qui échappe à votre contrôle. Nous concluons en conséquence également à ce que vous déclariez le pourvoi non admis en application de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale.

II.4.- Pourvoi n° 21-87.457 contre l'ordonnance du 17 août 2021 rendue sur la demande d'audition du procureur général en qualité de témoin

II.4.1.- Procédure suivie

II.4.1.1.- Demande d'audition et son rejet par ordonnance du 17 août 2021

Comme cela a été indiqué lors de l'examen du cinquième moyen de cassation proposé au soutien du pourvoi dirigé contre l'arrêt du 3 novembre 2021 statuant sur la requête en

annulation d'actes de la procédure (*supra* I.1.4), lors de son audition, Mme [W], directrice de cabinet du ministre de la justice, a déclaré avoir sollicité le procureur général près la Cour de cassation afin de déterminer s'il apparaissait utile ou nécessaire de confier à l'IGJ le soin d'effectuer une enquête administrative sur le comportement des magistrats du parquet national financier à l'encontre desquels des poursuites disciplinaires étaient envisagées (D858/27).

Faisant état de ces déclarations, confirmées par son directeur adjoint de cabinet (D923/6 et s.), M. [P], par ses avocats, a saisi la commission d'instruction aux fins d'audition du procureur général près la Cour de cassation. Il a fait valoir au soutien de sa demande que le procureur général était seul *"en mesure d'indiquer à la commission d'instruction les raisons pour lesquelles il a[vait] estimé que l'ouverture d'une enquête administrative devait être privilégiée"* et *"n'a[vait] pas appelé l'attention de Mme [W] sur un "conflit d'intérêts" qu'il dénon[çait] quelques jours plus tard dans une tribune publiée dans "Le Monde"*". Ce conflit d'intérêts tenait, rappelons-le, à ce que M. [P], alors qu'il était avocat, avait porté plainte contre les mêmes magistrats pour avoir mené à son égard des investigations attentatoires à sa vie privée en se faisant remettre les fadettes de ses communications téléphoniques afin d'identifier l'auteur d'une possible violation du secret de l'instruction.

Par une ordonnance du 17 août 2021, rendue en formation collégiale, la commission d'instruction, sans rejeter expressément la demande dont elle était saisie, a décidé une mesure d'instruction différente. Elle a dit que *"les auditions concomitantes de Mme [W], MM. [R] et [N], témoins, en présence de M. Le procureur général près la Cour de cassation, pris en sa qualité de représentant du ministère public près la Cour de justice de la République, utiles à la manifestation de la vérité, auront lieu le 15 septembre 2021 à partir de 9 heures, en présence des avocats de M. [P]"*.

II.4.1.2.- Cassation de l'arrêt rendu en appel et ouverture du pourvoi contre l'ordonnance

M. [P] ayant interjeté appel de cette ordonnance, la commission d'instruction, statuant dans la même composition, a confirmé celle-ci par arrêt du 16 septembre 2021. Sur le pourvoi du requérant, cette décision a été cassée par arrêt de votre Assemblée plénière du 21 décembre 2021¹⁵⁴. Vous fondant sur les articles 18, 22 et 24 de la loi organique du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République, éclairés par les travaux préparatoires de cette loi, vous avez posé en principe *"que les décisions de caractère juridictionnel rendues par la commission d'instruction, juridiction collégiale unique, qui exerce à la fois les fonctions d'instruction et de contrôle de l'instruction, sont des arrêts qui ne peuvent faire l'objet que de pourvois en cassation portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation"*. Vous avez donc jugé que la commission d'instruction avait admis à tort la recevabilité de l'appel porté devant elle. Toutefois, *"en raison d'une incertitude sur la nature de la voie de recours à la date de l'appel et de la nécessité d'assurer un recours effectif à la personne mise en examen"*, vous avez décidé que *"le délai de pourvoi contre la décision du 17 août 2021 commencer[ait] à courir à compter du jour de la notification"* de votre arrêt de cassation. C'est dans ces conditions que M. [P] s'est pourvu, le 23 décembre 2021 - soit le surlendemain de l'arrêt de cassation - contre l'ordonnance du 17 août 2021.

II.4.1.3.- Moyens de cassation proposés contre l'ordonnance

A l'appui de son pourvoi, le demandeur propose trois moyens de cassation. Dans son premier, il soutient que la décision attaquée, rendue sous forme d'ordonnance sans qu'ait été tenue une audience préalable, est intervenue au terme d'une procédure irrégulière. Dans son deuxième moyen, proposé à titre subsidiaire, il vous demande de juger que l'ordonnance attaquée est entachée d'un « excès de pouvoir négatif » dès lors que, sans statuer sur la

¹⁵⁴ Ass. plén., 21 déc. 2021, n° 21-85.560, P.

demande tendant à l'audition de M. Molins, la commission d'instruction a ordonné les auditions d'autres personnes. Enfin, dans son troisième moyen dirigé contre les motifs de l'ordonnance, le demandeur fait valoir qu'en ne faisant pas droit à la demande tendant à l'audition du procureur général près la Cour de cassation, la commission d'instruction a méconnu les stipulations de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

II.4.2.- Un pourvoi devenu sans objet

Se pose au préalable la question de savoir si le pourvoi formé contre l'ordonnance du 17 août 2021 n'est pas devenu sans objet de sorte qu'en application de l'article 606 du code de procédure pénale, il y aurait lieu pour l'Assemblée plénière de rendre un arrêt de non-lieu à statuer.

Pour reprendre les mots de Jacques et Louis Boré, un pourvoi peut être regardé comme tel lorsque « *l'illégalité invoquée est rendue sans intérêt par une autre décision de justice* »¹⁵⁵.

Au cas présent, depuis qu'a été rendue l'ordonnance attaquée, M. [P], par ses avocats, a, de nouveau, saisi la commission d'instruction d'une demande aux fins d'audition de M. Molins. Cette demande a été présentée le 27 janvier 2022, en même temps que celle tendant à l'audition de M. [O] que nous avons déjà évoquée en examinant le pourvoi n° 22-81.029 (*supra*, II.3.2).

Le requérant, par ses avocats, y sollicitait tout d'abord, "*dans le volet [G]*", outre l'audition de M. [O], le recueil de tout document relatif aux échanges de celui-ci avec M. Molins au sujet de l'émission « Pièces à conviction » ainsi que tout acte utile permettant de déterminer si M. Molins avait été associé "*à toute autre manifestation de soutien à M. [G]*". Cette partie de la demande d'actes n'intéresse pas le présent pourvoi.

Par ailleurs dans le "*volet « magistrats du PNF »*", il était expressément demandé à la commission d'instruction "*de bien vouloir reconsidérer la précédente demande d'audition de Monsieur François Molins*" et, en conséquence, de procéder à cette audition. L'ordonnance du 17 août 2021 ne faisait pas obstacle à la réitération de cette demande, les décisions rendues en matière de demande d'actes étant dépourvues de l'autorité de la chose jugée¹⁵⁶. A l'appui de cette nouvelle demande, les avocats du requérant rappelaient les circonstances ayant déterminé la demande initiale, à l'origine de l'ordonnance du 17 août 2021 et en évoquait d'autres, apparues depuis lors. Ils exposaient ainsi que l'audition du procureur général était désormais justifiée "*à cinq titres*", comme :

"*a. conseil de la Présidence de la République en la personne de Madame [I] [K] aux fins de saisine de l'IGJ*

"*b. conseil du ministère de la Justice en la personne de Madame [AA] [W] aux fins de saisine de l'IGJ*

"*c. témoin, selon lui, de l'évolution du Garde des sceaux qui aurait annoncé devant le CSM sa volonté de le saisir directement de la situation des magistrats du PNF et qui se range à l'avis de Monsieur François Molins et saisit l'IGJ d'une enquête administrative,*

"*d. [ayant autorisé] au moins un magistrat à participer à l'émission « Pièces à conviction » pour y soutenir Monsieur [G],*

"*e. [ayant publié] une tribune dans le Monde dénonçant un conflit d'intérêt de Monsieur [B] [P]*" (D 1539/4 et 5).

¹⁵⁵Jacques et Louis Boré, *La cassation en matière pénale*, Dalloz Action, n° 33.34. Ainsi, une personne est sans intérêt à demander sa mise en liberté lorsqu'elle a obtenu depuis lors sa mise en liberté ou à contester son maintien en détention lorsque, depuis lors, elle a fait l'objet d'une nouvelle décision de maintien en détention qu'elle n'a pas contestée (par ex. : Crim. 17 mars 2021, n° 30-87.177 ; Crim. 21 mars 2023, n° 23-80.164, cités au rapport).

¹⁵⁶v. not. : Crim. 5 nov. 2014, n° 09-84.823, 13-84.757 ; Crim. 25 avr. 2017, n° 16-80.078

La demande d'actes était conclue par ces mots : *“Nous vous saurions gré de rendre, cette fois, un arrêt conforme aux articles 22, 24 et 25 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République - et non une ordonnance, ce dont la commission n'a pas le pouvoir”*. Il s'agissait donc d'une invitation à tirer les conséquences de l'arrêt de votre Assemblée plénière du 21 décembre 2021.

Par arrêt du 9 février 2022, la commission d'instruction a rejeté les demandes d'actes présentées par les avocats de M. [P], y compris la demande, réitérée, d'audition de M. Molins. Or, si M. [P] s'est pourvu contre cette décision, l'unique moyen de cassation qu'il a proposé au soutien de son pourvoi, n° 22-81.029, est dirigé exclusivement contre les motifs par lesquels la commission d'instruction a refusé de procéder à l'audition de M. [O] (*supra*, n° II.3.2). Si, comme cela vous est proposé, vous déclarez ce pourvoi non admis, le rejet de la demande d'audition de M. Molins acquerra un caractère définitif.

Dans ces conditions, il nous apparaît qu'il n'y a pas lieu de procéder au réexamen de la demande antérieure présentée aux mêmes fins, laquelle est devenue sans objet en l'état du rejet non contesté de la même demande par l'arrêt du 9 février 2022. Le réexamen d'une demande d'acte après cassation se justifie par la nécessité de ne pas la laisser sans réponse. Dès lors que la demande a été entre-temps réitérée et qu'elle a trouvé sa réponse, non contestée, le réexamen ne se justifie pas. Il suffit d'imaginer qu'à l'appui du pourvoi formé contre l'arrêt du 9 février 2022, M. [P] ait contesté le bien-fondé du rejet de sa demande tendant à l'audition de M. Molins et que sa contestation ait été alors écartée. On ne concevrait pas que la discussion du bien-fondé de la présente demande, formée antérieurement aux mêmes fins, puisse prospérer. Rien ne justifie que la solution soit différente dans le cas où, comme en l'espèce, le demandeur a renoncé à contester le rejet qui lui a été opposé. La solution est en outre en adéquation avec un dispositif législatif qui exclut en principe toute possibilité d'examen immédiat des pourvois formés contre les décisions rendues sur les demandes d'actes. Un tel dispositif incite à apprécier la portée de telles décisions au regard des développements ultérieurs de la procédure.

En conséquence, nous vous proposons de dire n'y avoir lieu à statuer sur le pourvoi après l'avoir déclaré sans objet en application de l'article 606 du code de procédure pénale.

II.4.3.- Proposition subsidiaire de cassation sans renvoi sur le premier moyen

Vous pourriez toutefois juger préférable d'examiner la valeur des moyens proposés par le demandeur. En ce cas, l'arrêt de la commission d'instruction du 9 février 2002 ferait seulement obstacle, en cas de cassation, au renvoi pour un nouvel examen au fond de la demande. Cette cassation pourrait intervenir sur le premier moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée a été rendue au terme d'une procédure irrégulière

II.4.3.1.- Une décision improprement qualifiée et rendue sans audience préalable

En son premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 18, 22 et 24 de la loi organique du 23 novembre 1993 et des articles 81, 82-1, 186-1 et 593 du code de procédure pénale, le demandeur soutient que la décision attaquée est irrégulière en la forme dès lors que les décisions juridictionnelles de la commission d'instruction doivent prendre la forme d'arrêts et non d'ordonnances et qu'elles doivent être prononcées au terme d'une audience, non tenue en l'espèce.

Il est constant, d'une part, que toutes les décisions juridictionnelles de la commission d'instruction doivent prendre la forme d'arrêts et, d'autre part, que la décision par laquelle la commission d'instruction statue sur une demande d'acte présente un caractère juridictionnel. Il en résulte qu'une telle décision doit prendre la forme d'un arrêt. La solution se déduit de votre arrêt précité du 21 décembre 2021 dont les termes ont été rappelés. Elle a été consacrée par vous quelques mois plus tard, par un arrêt du 26 avril 2022 rendu sur le

pourvoi formé, dans une autre procédure suivie devant la commission d'instruction, contre une ordonnance par laquelle la présidente de celle-ci avait rejeté une demande de modification ou de complément des questions posées à des experts¹⁵⁷. Vous avez alors posé en principe qu'*il résulte des articles 22 et 24 de la loi organique du 23 novembre 1993, éclairés par ses travaux préparatoires et par l'arrêt [du 21 décembre 2021], que les décisions de caractère juridictionnel doivent être rendues, par arrêts, par la commission d'instruction statuant en formation collégiale, après réquisitions du procureur général*'.

Il ne fait donc pas de doute qu'en la qualifiant d'ordonnance, la commission a dénommé de manière impropre la décision par laquelle elle a statué sur la demande tendant à l'audition du procureur général près la Cour de cassation en qualité de témoin. Cette décision aurait dû être qualifiée d'arrêt. Au demeurant, comme nous l'avons relevé dans nos conclusions sur le pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt du 21 décembre 2021, si la commission d'instruction a qualifié sa décision d'ordonnance, c'est qu'elle a entendu signifier qu'il s'agissait d'une décision en premier ressort, semblable à celle d'un juge d'instruction, et donc susceptible, comme telle, d'un appel, lequel, faute de juridiction d'appel distincte, devait être porté devant elle-même. En cassant, par votre arrêt précité, l'arrêt rendu sur cet appel, vous avez censuré à la fois la qualification retenue et les raisons qui l'ont inspirée.

Cela étant, la circonstance que la décision attaquée soit qualifiée d'ordonnance et non d'arrêt ne suffit pas à en établir l'irrégularité. Peu importe qu'un acte soit improprement intitulé si, pour reprendre une formule dont usent le législateur¹⁵⁸ et la chambre criminelle, il satisfait, en la forme, aux *"conditions essentielles de son existence légale"*. On trouve, dans la jurisprudence, nombre d'illustrations de cette solution¹⁵⁹.

Toute la question est donc de déterminer les règles que doivent respecter les décisions juridictionnelles de la commission d'instruction pour satisfaire à ces conditions. Par votre arrêt du 26 avril 2022, vous fondant sur les dispositions des articles 22 et 24 de la loi organique du 23 novembre 1993, vous avez jugé que les arrêts de la commission d'instruction devaient être rendus par elle en formation collégiale et sur les réquisitions du procureur général. Le présent pourvoi vous invite à dire s'ils doivent en outre l'être à l'issue d'une audience ou, si comme les ordonnances du juge d'instruction, ils peuvent l'être sans audience préalable¹⁶⁰. Dans le premier cas, vous ne pourrez que constater l'irrégularité de la décision attaquée car, s'il résulte des mentions qui y sont portées que la commission d'instruction a bien statué en formation collégiale et sur les réquisitions du procureur général, lesquelles ont été communiquées à la défense, il n'apparaît pas qu'une audience ait été tenue. Quel que soit le sens de la solution que vous retiendrez, elle aura bien sûr vocation à s'appliquer à l'ensemble des décisions juridictionnelles de la commission d'instruction, qu'elles soient relatives, comme en l'espèce, à des demandes d'actes ou qu'elles portent sur des requêtes en nullité ou encore sur le règlement de la procédure.

II.4.3.2.- Absence de textes imposant la tenue d'une audience

On ne trouvera pas dans la loi organique de dispositions imposant expressément que les arrêts de la commission d'instruction soient précédés de débats oraux appelés à se tenir au cours d'une audience. Les seules dispositions de la loi relatives à l'audience et aux débats se

¹⁵⁷ Ass. plén., 26 avr. 2022, n° 21-86.158, P.

¹⁵⁸ art. 696-15 CPP : à propos du contrôle assuré sur l'avis rendu par la chambre de l'instruction en matière d'extradition

¹⁵⁹ par ex. : Crim. 26 févr. 2008, n° 07-87.865, B. n° 51, pour un réquisitoire régulier qualifié improprement "sur charges nouvelles" ; Crim. 4 oct. 2017, n° 17-81.022 : pour une audition régulière improprement qualifiée de confrontation.

¹⁶⁰ Si l'on excepte, devant le juge d'instruction, le débat contradictoire précédant la décision sur la détention provisoire.

rapportent à la Cour de justice de la République dans sa formation de jugement¹⁶¹. Comme on l'a rappelé, s'agissant de la commission d'instruction, le législateur se borne à imposer qu'elle statue en formation collégiale sur les réquisitions du procureur général. Même si elles doivent être entendues largement les dispositions de l'article 18, aux termes desquelles « *la commission d'instruction procède à tous les actes qu'elle juge utiles à la manifestation de la vérité selon les règles édictées par le code de procédure pénale* » renvoient aux seules dispositions relatives à l'accomplissement des actes d'investigation ainsi que, par extension, aux droits ouverts à la personne poursuivie pour en solliciter la mise en œuvre et en discuter le bien-fondé ou la régularité.

Au demeurant, on ne voit pas, a priori, à quelles dispositions du code de procédure pénale il conviendrait de se référer pour déterminer la manière de procéder devant la commission d'instruction lorsqu'elle est appelée à prendre une décision juridictionnelle, dès lors que, pour reprendre la formule de votre arrêt du 21 décembre 2021, elle est une "*juridiction collégiale unique qui exerce à la fois les fonctions d'instruction et de contrôle de l'instruction*". Par son caractère hybride, la commission d'instruction ne peut être pleinement assimilée ni au juge d'instruction ni à la chambre de l'instruction¹⁶². Elle se rapproche fonctionnellement du premier et organiquement de la seconde. Dès lors, on ne peut considérer que lui seraient de plein droit applicables les dispositions du code de procédure pénale relatives à l'organisation et au fonctionnement de juridiction distincte qu'est la chambre de l'instruction, notamment celles des articles 197 à 199 de ce code relatifs à la tenue des audiences et au prononcé de la décision. La question n'ayant pas été débattue, les travaux parlementaires ne sont pas d'un grand secours.

II.4.3.3.- Arguments militant en faveur de la nécessité de tenir une audience

a) Une obligation pouvant se déduire de la nécessité de statuer par arrêt

On peut penser que, si les parlementaires n'ont rien dit de la nécessité de tenir une audience, c'est que la solution leur paraissait aller de soi, se déduisant de l'obligation faite à la commission d'instruction de statuer par des décisions en forme d'arrêts à l'instar, en droit commun, des juridictions du second degré et de certaines juridictions du premier degré comme la cour d'assises. En droit commun, de telles décisions, lorsqu'elles présentent un caractère juridictionnel, sont toujours précédées d'une audience. Il en est ainsi, notamment, devant la chambre de l'instruction¹⁶³, laquelle, étant une juridiction du second degré, se distingue certes de la commission d'instruction mais a en commun avec celle-ci d'être une juridiction d'instruction collégiale¹⁶⁴.

b) Une garantie nécessaire à l'équilibre du dispositif législatif

Au-delà de cette observation générale, la tenue d'une audience nous paraît constituer un élément important dans l'équilibre du dispositif original institué par la loi organique. Dans un dispositif qui ne compte qu'un degré de juridiction, il est nécessaire ou à tout le moins souhaitable que la juridiction considérée statue selon une procédure offrant les garanties les plus larges. A l'instar de l'exigence de collégialité, consacrée par votre arrêt du 26 avril 2022, la tenue d'une audience peut être regardée comme une manière d'équilibrer l'absence de

¹⁶¹ v. LO 23 nov. 1993, art. 4, 26, 27 et 32

¹⁶² H.-C. Le Gall, *Cour de justice de la République*, J.-Cl. Procéd. pén. (App. Art. 231 à 566), fasc. 20, n° 59 et 67 ; P.-O. Caille, *Cour de justice de la République*, J.-Cl. Adm., fasc. 40, n° 47

¹⁶³ On excepte, par hypothèse, ceux qui s'analysent en des mesures d'administration judiciaire tel l'arrêt ordonnant le dépôt du dossier au greffe (Crim., 23 avr. 1997, n° 96-84.726, B., n° 141)

¹⁶⁴ Un rapprochement est parfois fait entre les deux juridictions : Ch. Jolibois, rapp. préc. p. 32 établissant un parallèle entre la commission d'instruction et la chambre d'accusation s'agissant de l'examen des nullités de la procédure ; J. Foyer, *Cour de justice de la République*, Dalloz, Rép. droit pén. et procéd. pén., n° 44, établissant un parallèle entre la commission d'instruction et la chambre d'accusation s'agissant du règlement de la procédure

double degré de juridiction. Certes, il ne s'agit pas alors de satisfaire l'exigence de publicité puisque, devant la commission d'instruction, la nécessité de respecter le secret de l'instruction impose que les débats soient tenus et la décision prononcée en chambre du conseil. Mais la tenue d'une audience a l'avantage, en permettant un débat oral dans le prolongement du dépôt des réquisitions et mémoires, d'assurer la pleine mise en œuvre du principe du contradictoire.

En outre, dès lors que, devant les juridictions d'instruction de droit commun, la personne poursuivie se voit ouvrir la possibilité, par la voie de l'appel, de faire examiner sa cause par une juridiction statuant à l'issue d'une audience au cours de laquelle se tient un débat contradictoire, il paraît souhaitable que la personne poursuivie devant la commission d'instruction bénéficie également de la garantie attachée à la tenue d'une telle audience. L'exigence pourrait donc trouver son fondement dans les dispositions combinées des premier et troisième alinéas du I de l'article préliminaire du code de procédure pénale qui proclament respectivement le droit à un procès équitable et le principe d'égalité devant la justice¹⁶⁵.

c) Une pratique constamment suivie

On constatera enfin que la solution correspond à une pratique constamment suivie par la commission d'instruction. Dans la présente procédure, la totalité des autres décisions attaquées, rendues en forme d'arrêts, ont été précédées d'une audience. Comme cela a déjà été relevé, si la commission d'instruction n'a pas procédé ainsi en l'espèce, c'est uniquement parce qu'elle a considéré, à tort, que sa décision était en premier ressort et que, comme telle, à l'instar de la décision d'un juge d'instruction, elle pouvait être rendue, sous l'intitulé d'ordonnance, sans audience préalable.

II.4.3.4.- Proposition de cassation sans renvoi

Dès lors que la commission d'instruction a statué sur la demande d'audition dont elle était saisie sans tenir d'audience, la cassation est encourue sans que puisse y faire obstacle la circonstance que les avocats de M. [P] ont été mis en mesure de répondre aux réquisitions écrites du procureur général qui leur ont été communiquées. Le contradictoire ainsi assuré ne saurait en effet pallier l'absence d'audience. En droit commun, la chambre criminelle énonce avec constance que les prescriptions de l'article 197 du code de procédure pénale, qui imposent la délivrance d'un avis d'audience, ont pour objet de mettre en temps voulu les parties et leur conseil en mesure de produire leurs mémoires, et pour les conseils, de solliciter l'autorisation de présenter des observations sommaires à l'audience. Elle en déduit que ces dispositions sont essentielles aux droits des parties et doivent être observées à peine de nullité¹⁶⁶. A fortiori la nullité s'impose-t-elle lorsque, comme en l'espèce, aucune audience n'a été tenue.

La cassation nous paraît donc encourue sans qu'il y ait lieu d'examiner les deux autres moyens proposés à l'appui du pourvoi. Comme cela a été indiqué, cette cassation sera prononcée sans renvoi dès lors que la demande d'audition de M. Molins est devenue sans objet en l'état de l'arrêt du 9 février 2022 qui a rejeté une seconde demande aux mêmes fins présentée par le demandeur, sans être contesté par lui sur ce point. Bien entendu, cet arrêt, dépourvu de l'autorité de la chose jugée, ne fait pas obstacle à ce qu'il réitère sa demande d'audition.

¹⁶⁵ « I.-La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. (...) /Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles. »

¹⁶⁶ Crim., 28 oct. 1991, n° 91-84.789, B. n° 380 ; Crim., 31 mai 1994, n° 94-81.918, B. n° 212 ; Crim., 15 oct. 1996, n° 96-83.320, B., n° 362 ; Crim., 27 juin 2007, n° 06-89.403, B., n° 178

III. POURVOI N° 22-85.784 FORMÉ CONTRE L'ARRÊT DE RÈGLEMENT DU 3 OCTOBRE 2022

III.1.- Défaut de notification du droit de se taire et questions posées

A l'appui du pourvoi qu'il a formé contre l'arrêt de la commission d'instruction du 3 octobre 2022 ordonnant, au terme de l'information, son renvoi devant la Cour de justice de la République du chef de prise illégale d'intérêts, M. [P] propose un moyen unique de cassation tiré de ce qu'en violation des articles 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, 14.3 g) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 26 de la loi organique du 23 novembre 1993 et 199, alinéa 4, du code de procédure pénale, il ne s'est pas vu notifier son droit de se taire lorsqu'il a comparu à l'audience des débats tenue par la commission d'instruction le 6 septembre 2022, au cours de laquelle il s'est exprimé.

De fait, il ne résulte pas des mentions de l'arrêt attaqué que le droit de se taire ait été notifié à M. [P] à un moment quelconque de l'audience des débats sur le règlement de la procédure, tenue le 6 septembre 2022. Les notes d'audience cosignées par la présidente et la greffière ne font pas davantage état d'une telle notification (D1774).

La notification du droit de se taire n'apparaissant ni dans l'arrêt attaqué ni dans ces notes, il est constant que la formalité n'a pas été accomplie. Toutefois, le défaut de notification ne peut être une cause de nullité que si vous jugez que la commission d'instruction était tenue de procéder à la formalité. Dans le cas contraire, en l'absence d'irrégularité et donc de violation d'une formalité substantielle au sens des articles 171 et 802 du code de procédure pénale, il va de soi qu'il n'y aurait pas lieu à annulation. En outre, à supposer que vous jugiez que l'irrégularité est caractérisée, il vous resterait à examiner si, dans les circonstances de l'espèce, cette irrégularité a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne au sens des articles précités et donc si elle a fait grief au demandeur. Telles sont les deux questions qu'il convient d'examiner successivement.

III.2.- Nécessité de la notification devant la commission d'instruction saisie du règlement

III.2.1.- Une notification imposée devant la chambre de l'instruction

Prévue naguère par quelques dispositions éparses¹⁶⁷, l'obligation de notifier à la personne mise en cause le droit de se taire, étroitement lié au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, s'est peu à peu étendue jusqu'à se généraliser. Pour nous en tenir à la phase de règlement au terme de l'instruction, cette extension s'est opérée en deux temps.

Dans un premier temps, elle a été assurée par la chambre criminelle au-delà des prévisions légales, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg¹⁶⁸. En particulier, alors que les textes applicables n'imposaient la notification du droit de se taire que lors de la première audition du témoin assisté et lors de l'interrogatoire de première comparution¹⁶⁹, la chambre criminelle a jugé, sur ce fondement, que ce droit devait être notifié à la personne mise en

¹⁶⁷ v. articles 61-1, 113-4, 116, 328, 406 CPP

¹⁶⁸ Contrairement au Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui le consacre en son article 14.3 g), la Convention européenne ne proclame pas expressément le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination qui inclut le droit de garder le silence.

¹⁶⁹ Articles 113-4 et 116 CPP

examen comparant devant la chambre de l'instruction, notamment lorsque celle-ci était saisie de l'appel d'une ordonnance de règlement qu'elle soit de non-lieu¹⁷⁰ ou de renvoi devant la juridiction de jugement¹⁷¹.

Dans un second temps, saisi de questions prioritaires de constitutionnalité renvoyées par la chambre criminelle, le Conseil constitutionnel a prononcé de nombreuses déclarations d'inconstitutionnalité sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration de 1789¹⁷², déterminant le législateur à intervenir pour combler les lacunes de la loi. L'une des déclarations d'inconstitutionnalité a porté sur les dispositions de l'article 199 du code de procédure pénale réglant la procédure devant la chambre de l'instruction. Dans sa décision QPC du 9 avril 2021¹⁷³, le Conseil constitutionnel a rappelé tout d'abord que les dispositions de cet article *"permettent à la chambre de l'instruction d'ordonner la comparution personnelle des parties ou d'accepter la demande qu'elles forment de comparaître devant elle"*. Il s'est attaché ensuite, notamment, au cas où *"la chambre de l'instruction est saisie du règlement d'un dossier d'information"*. Il a souligné qu'en ce cas, elle *"doit apprécier si les charges pesant sur la personne mise en examen sont suffisantes pour justifier le renvoi du dossier devant la juridiction de jugement"*, de sorte que *"l'office confié à la chambre de l'instruction (...) la conduit [alors] à porter une appréciation sur les faits retenus à titre de charges contre la personne mise en examen"*. Le Conseil a constaté ensuite que la personne mise en examen qui comparaît devant la chambre de l'instruction, à sa demande ou à celle de la chambre, *"peut être amenée, en réponse aux questions qui lui sont posées, à reconnaître les faits qui lui sont reprochés"* et souligné que ses *"déclarations ou réponses (...) sont susceptibles d'être portées à la connaissance de la juridiction de jugement"*. Il en a conclu qu'en ne prévoyant pas la notification du droit de se taire à la personne mise en examen comparant devant la chambre de l'instruction saisie du règlement de la procédure, l'article 199 du code de procédure pénale portait atteinte à ce droit.

A la suite de cette censure, le législateur, par la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021¹⁷⁴, a complété le quatrième alinéa de l'article 199 du code de procédure pénale, qui disposait que *"la chambre de l'instruction peut ordonner la comparution personnelle des parties"*, par les dispositions suivantes : *"Lorsque la personne mise en examen comparaît devant la chambre, elle ne peut être entendue qu'après avoir été informée de son droit de se taire sur les faits qui lui sont reprochés"*. En outre, compte tenu du caractère pour ainsi dire endémique du défaut de prévision du droit de se taire, le législateur, par la même loi, a ajouté au III de l'article préliminaire du même code énumérant les droits de la personne suspecte ou poursuivie, un alinéa énonçant en termes généraux : *"En matière de crime ou de délit, le droit de se taire sur les faits qui lui sont reprochés est notifié à toute personne suspectée ou poursuivie avant tout recueil de ses observations et avant tout interrogatoire, y compris pour obtenir des renseignements sur sa personnalité ou pour prononcer une mesure de sûreté, lors de sa première présentation devant un service d'enquête, un magistrat, une juridiction ou toute personne ou tout service mandaté par l'autorité judiciaire. Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations faites sans que ledit droit ait été notifié"*.

¹⁷⁰ Crim. 27 mai 2020, n° 20-81.474

¹⁷¹ Crim. 14 mai 2019, n° 19-81.408, B. n° 92 ; Crim. 30 oct. 2019, n° 19-85.213 ; Crim. 31 mars 2021, n° 21-80.298 ; Crim. 9 juin 2021, n° 20-86.310

¹⁷² Déc. n° 2020-886 QPC, 4 mars 2021 ; Déc. n° 2021-894 QPC, 9 avr. 2021 ; Déc. n° 2021-895/901/902/903 QPC, 9 avr. 2021 ; Déc. n° 2021-920 QPC, 18 juin 2021 ; Déc. n° 2021-934 QPC, 3^à sept. 2021 ; Déc. n° 2021-935 QPC, 30 sept. 2021.

¹⁷³ Déc. n° 2021-895/901/902/903 préc.

¹⁷⁴ Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire

III.2.2.- Une notification s'imposant également devant la commission d'instruction

III.2.2.1.- Fondement de l'obligation devant la commission d'instruction

a) Inapplicabilité de l'article 199, alinéa 4, du code de procédure pénale

Comme nous l'avons relevé lors de l'examen du pourvoi n° 21-87.457 formé contre l'ordonnance du 17 août 2021 (*supra*, II.4.3.2), aucune disposition de la loi organique n'impose d'appliquer à la commission d'instruction les dispositions régissant la procédure devant la chambre de l'instruction, les deux juridictions étant distinctes. L'obligation de notifier le droit de se taire devant la commission d'instruction ne peut donc être fondée sur l'article 199, alinéa 4, du code de procédure pénale dont la violation est invoquée par le demandeur.

b) Application des exigences constitutionnelles et conventionnelles

En revanche l'obligation peut trouver son fondement dans l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme comme ce fut le cas devant la chambre de l'instruction avant l'intervention du législateur, ou encore dans l'article 14, 3, g) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Elle peut également être fondée sur l'article 9 de la Déclaration de 1789 dont elle a été tirée par le Conseil constitutionnel.

A cet égard, si l'on considère les motifs par lesquels le Conseil constitutionnel a jugé, par sa décision précitée du 9 avril 2021, que le droit de se taire devait être notifié à la personne mise en examen comparissant devant la chambre de l'instruction saisie du règlement de la procédure, il peut sembler discutable d'appliquer une solution différente en cas de comparution devant la commission d'instruction saisie aux mêmes fins. Rappelons que le Conseil constitutionnel a retenu, d'une part, que "*l'office confié à la chambre de l'instruction (...) la conduit à porter une appréciation sur les faits retenus à titre de charges contre la personne mise en examen*" (§ 11) et, d'autre part, que "*le fait même que [la] comparution [de la personne mise en examen] puisse être ordonnée par la chambre de l'instruction peut être de nature à lui laisser croire qu'elle ne dispose pas du droit de se taire*" (§ 12).

On peut toutefois se demander si cette solution est transposable à la commission d'instruction compte tenu des spécificités de la procédure suivie devant elle. Bien qu'il existe de forts arguments en faveur d'une solution différenciée, il nous semble que la question appelle une réponse affirmative.

III.2.2.2.- Des spécificités procédurales ne justifiant pas une solution dérogatoire

III.2.2.2.1.- Unité et continuité de la procédure devant la commission d'instruction

Il est vrai que la chambre de l'instruction ne statue pas sur le règlement de la procédure dans les mêmes conditions que la commission d'instruction puisque, comme le relève le Conseil constitutionnel, elle est alors saisie « *soit dans le cadre d'un appel formé contre une ordonnance de règlement, soit à la suite d'un renvoi après cassation* » (§ 10).

Cette circonstance pourrait expliquer qu'en dépit de la notification du droit de se taire à la personne mise en examen lors de son interrogatoire de première comparution, la loi impose de réitérer cette notification devant la chambre de l'instruction saisie du règlement de la procédure. La chambre de l'instruction étant la juridiction d'instruction du second degré, la comparution de la personne mise en examen devant elle s'inscrit dans une séquence procédurale distincte de l'information suivie devant le juge d'instruction. En tout état de cause, elle a lieu devant une juridiction distincte du juge d'instruction.

La situation se présente de manière différente devant la commission d'instruction dès lors que, la loi organique n'ayant pas institué de juridiction d'instruction du second degré, c'est la commission d'instruction, « *juridiction d'instruction collégiale unique* » qui, après avoir procédé à l'interrogatoire de première comparution lors duquel elle a notifié le droit de se taire, tient, à l'issue de l'information, l'audience sur le règlement¹⁷⁵. De cette unité et de cette continuité procédurales se manifestant à travers l'identité de la juridiction intervenant à tous les stades de l'information, il pourrait être déduit que la notification du droit de se taire effectuée lors de l'interrogatoire de première comparution n'a pas à être renouvelée par la suite. Le défaut de notification lors de l'audience de règlement ne heurterait alors aucun principe supérieur. Plusieurs précédents jurisprudentiels pourraient vous conduire à retenir une telle solution.

III.2.2.2.2.- Précédents dispensant de réitérer la notification au cours d'un même processus

La chambre criminelle juge en effet qu'il n'y a pas lieu de réitérer la notification du droit de se taire en cas de succession d'actes s'inscrivant dans un processus unique. Ainsi, elle juge que la notification de ce droit à la personne placée sous le statut de témoin assisté à l'issue de l'interrogatoire de première comparution dispense de renouveler cette formalité lors de l'interrogatoire ultérieur de la même personne aux fins de mise en examen¹⁷⁶, les deux interrogatoires formant une unique séquence procédurale. Dans la même ligne, le juge d'instruction n'a pas à renouveler à l'occasion de chaque interrogatoire la notification du droit de se taire effectuée lors de la première comparution, y compris en cas de mise en examen supplétive¹⁷⁷. La notification faite lors de l'interrogatoire de première comparution ou lors de la première audition comme témoin assisté vaut donc tout au long de l'information.

De même, la notification du droit de se taire au prévenu lors de l'ouverture des débats devant le tribunal correctionnel en application de l'article 406 du code de procédure pénale, n'a pas à être renouvelée à chaque reprise des débats, fût-elle intervenue à la suite d'un arrêt qualifié d'avant-dire droit et ordonnant leur réouverture¹⁷⁸. Là encore, la solution s'explique par le fait que les décisions successives forment une unité procédurale¹⁷⁹.

III.2.2.2.3.- Systématisation des solutions

A la lumière de ces précédents, il pourrait être envisagé de retenir qu'il n'y a pas lieu de réitérer la notification du droit de se taire lorsque les deux conditions suivantes sont réunies :

- la personne a été appelée à comparaître de manière successive au cours d'une phase procédurale formant une unité ;
- ces comparutions successives ont eu lieu devant la même juridiction.

On pourrait voir une forme de consécration de cette approche dans les dispositions de l'article préliminaire du code de procédure pénale issues de la loi du 22 décembre 2021 que nous avons citées (*supra* III.2.1) qui imposent de notifier le droit de se taire à la personne poursuivie « *lors de sa première présentation devant un magistrat [ou] une juridiction* », ce dont il pourrait être déduit que, dans la suite de la procédure, cette notification n'a pas à être réitérée devant le même magistrat ou la même juridiction.

¹⁷⁵ Art. 21 de la loi organique

¹⁷⁶ Crim. 4 nov. 2020, n° 20-84.046, P ; Crim. 24 août 2022, n° 22-83.618

¹⁷⁷ Crim. 26 sept. 2012, n° 12-80.750, B. n° 200 ; v. aussi Crim. 11 juill. 2017, n° 16-86.656, B. n° 194 (même règle s'agissant d'interrogatoires successifs par le président de la cour d'assises)

¹⁷⁸ Crim. 16 juin 2021, n° 19-86.630, P.

¹⁷⁹ A l'inverse, le juge des libertés et de la détention est tenu de notifier le droit de se taire au seuil du débat contradictoire sur la détention provisoire alors même que ce droit aurait été notifié à l'intéressé, par l'officier de police judiciaire, au cours de sa garde à vue ou, par le juge d'instruction, lors de son interrogatoire de première comparution (Crim. 11 mai 2021, n° 21-81.277)

III.2.2.2.4.- Des solutions difficilement transposables au présent cas de figure

A la lumière de ces solutions, vous pourriez considérer que le défaut de notification du droit de se taire par la commission d'instruction au stade du règlement ne méconnaît aucune norme supérieure dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, la personne mise en examen s'est vue notifier ce droit lors de son interrogatoire de première comparution (D925/5).

Cependant, les cas dans lesquels la chambre criminelle a jugé qu'il n'y avait pas lieu à répétition de la notification sont assez différents de celui qui vous est soumis. Lorsqu'un juge d'instruction procède à la mise en examen d'une personne à laquelle il avait accordé, dans un premier temps, le statut de témoin assisté à l'issue de l'interrogatoire de première comparution, les deux actes, de même nature, s'inscrivent dans un processus unique dont l'objet est d'apprécier s'il existe, à l'encontre de l'intéressé des indices graves ou concordants pouvant justifier sa mise en examen. Le second interrogatoire est le prolongement du premier. De même, lorsqu'un juge d'instruction interroge à plusieurs reprises la personne mise en examen, il est possible de considérer qu'un même acte s'exécute dans le temps de manière segmentée. La même observation peut être faite à propos de la solution dispensant de notifier à nouveau le droit de se taire devant la juridiction correctionnelle lorsque les débats reprennent après une décision avant-dire droit. Ces débats sont en effet la continuation de ceux engagés lors de l'audience initiale et ont le même objet : l'appréciation de la culpabilité du prévenu et, le cas échéant, la détermination de la peine devant lui être infligée.

Au cas présent, si le règlement s'inscrit, bien sûr, comme l'interrogatoire de première comparution, dans la phase d'instruction, il correspond néanmoins à une étape spécifique et proprement décisive, puisqu'il en constitue le terme. A ce stade, il ne s'agit plus de poursuivre les investigations ou d'apprécier l'existence d'indices graves ou concordants de nature à justifier la mise en examen mais de déterminer s'il existe des charges suffisantes de nature à justifier le renvoi de la personne mise en examen devant la juridiction de jugement – en l'occurrence, la Cour de justice de la République. En outre, cette appréciation ne s'effectue pas au terme d'un interrogatoire mais à l'issue d'un processus juridictionnel. C'est dans le cadre d'une audience que, si elle comparaît, la personne mise en examen est alors entendue. Le cadre procédural que constitue l'interrogatoire est donc différent de celui de l'audience sur le règlement de la procédure, de même que les enjeux attachés à chacune de ces phases. Le renouvellement du cadre et des enjeux nous paraît imposer celui de la notification.

En tout cas, il ne résulte pas avec évidence de la décision précitée du Conseil constitutionnel que l'obligation de notifier le droit de se taire devant la chambre de l'instruction saisie du règlement de la procédure tiendrait à ce que la chambre de l'instruction est une juridiction du second degré, distincte du juge d'instruction. En réalité, le juge d'instruction ne tenant pas d'audience avant de statuer sur le règlement de la procédure, la réponse à la question de savoir si, en pareil cas, il serait tenu de notifier à nouveau le droit de se taire est sans objet et donc sans réponse au regard des exigences constitutionnelles.

Si vous retenez que le droit de se taire aurait dû être notifié à M. [P] lors de sa comparution devant la commission d'instruction saisie du règlement de la procédure, il restera à vous interroger sur les conséquences du défaut de notification de ce droit. A cet égard, il nous semble que l'irrégularité ne devrait pas emporter la nullité de l'arrêt attaqué dès lors que, dans les circonstances de l'espèce, elle apparaît exclusive de tout grief.

III.3. Un défaut de notification exclusif de tout grief

III.3.1.- Règles applicables devant la chambre de l'instruction

III.3.1.1.- Principe : une irrégularité faisant nécessairement grief

L'obligation de notifier le droit de se taire étant une formalité édictée dans l'intérêt de la personne suspectée ou poursuivie, sa violation n'est une cause de nullité que si, conformément aux articles 171 et 802 du code de procédure pénale, elle a "*porté atteinte aux intérêts*" de celle-ci - autrement dit, que si elle lui a causé un grief. Toutefois, mettant en œuvre une solution prétorienne déjà évoquée (*supra*, I.1.10.4.2, c)), la chambre criminelle juge que le défaut de notification du droit de se taire est de ces irrégularités qui font "*nécessairement grief*", ce qui revient en pratique à dispenser de démontrer l'existence d'un grief qui soit distinct de l'irrégularité. En effet, en ce cas le grief découle du seul constat de la méconnaissance de la règle.

Le caractère nécessaire - ou encore "intrinsèque" - du grief attaché au défaut de notification du droit de se taire a été affirmé par la chambre criminelle dans un arrêt du 8 juillet 2015¹⁸⁰. Depuis lors, sa jurisprudence est constante. Il n'y a pas à distinguer selon que l'irrégularité est relevée devant la juridiction de jugement ou la juridiction d'instruction ou encore, selon qu'elle est fondée sur la violation d'une exigence conventionnelle, comme c'était le cas devant la chambre de l'instruction avant l'intervention du législateur¹⁸¹, ou d'une exigence légale qui en est la traduction, comme c'est le cas en matière correctionnelle depuis la modification de l'article 406 du code de procédure pénale par la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014¹⁸² ou, devant la chambre de l'instruction, depuis la modification de l'article 199 du même code par la loi précitée du 22 décembre 2021¹⁸³. La sanction est alors la nullité de la décision juridictionnelle, sauf dans le cas où l'intéressé comparait devant le juge des libertés et de la détention saisi du contentieux d'une mesure de sûreté¹⁸⁴.

III.3.1.2.- Tempéraments au principe

La chambre criminelle a toutefois nuancé cette solution à la suite, notamment, de l'arrêt de votre Assemblée plénière du 4 juin 2021 rendu sur un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de justice de la République¹⁸⁵. Dans la procédure considérée, le droit de se taire n'avait pas été notifié au prévenu, auteur du pourvoi, dès l'ouverture des débats mais à l'issue de débats liminaires portant sur une demande présentée, au début de l'audience, par un co-prévenu. Après avoir relevé qu'au cours de cette séquence, l'auteur du pourvoi n'avait pas pris la parole, vous avez posé en principe que, dans un tel cas de figure, "*l'accomplissement tardif de [la] formalité ne peut entraîner une nullité à l'égard [du] prévenu que s'il justifie qu'il a été porté atteinte à ses intérêts*".

¹⁸⁰ Crim. 8 juill. 2015, n° 14-85.699, P.

¹⁸¹ v. arrêts précités relevant la violation du droit de se taire sur le fondement de l'article 6 CESDH (*supra*, III.2.1)

¹⁸² v. entre beaucoup d'autres, pour ne citer que les arrêts les plus récents : Crim. 13 sept. 2022, n° 21-86.310 ; Crim. 26 oct. 2022, n° 21-85.316 ; Crim. 7 mars 2023, n° 22-84.494.

¹⁸³ Toutefois, bien que la restriction n'intéresse pas le présent débat, il convient de préciser qu'en matière de contentieux de la détention provisoire, la chambre criminelle juge que la violation du droit de se taire n'emporte pas la nullité de la décision mais seulement l'impossibilité de prendre en compte, au stade du règlement ou du jugement, les déclarations irrégulièrement recueillies (v. Crim. 24 févr. 2021, n° 20-86.537, P. et, par ex. : Crim. 5 avr. 2022, n° 22-80.434 ; Crim. 5 janv. 2003, n° 22-86.098)

¹⁸⁴ En ce cas, la chambre criminelle juge que *l'absence de notification antérieure est sans incidence sur la régularité de la décision rendue, puisqu'à défaut d'une telle information, les déclarations de l'intéressé ne peuvent être utilisées à son encontre par les juridictions appelées à prononcer un renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité* (Crim., 19 avril 2023, n° 23-80.873, P.).

¹⁸⁵ Ass. plén., 4 juin 2021, n° 21-81.656

La chambre criminelle a inscrit sa jurisprudence dans le prolongement de cette solution, distinguant entre l'absence de notification et la notification tardive. Dans ce second cas de figure, l'atteinte aux intérêts du prévenu n'est caractérisée que *“lorsque le prévenu prend la parole avant d'avoir reçu [l']avertissement”*¹⁸⁶. Ainsi, dans le cas où la cour d'appel ne procède à la notification qu'après les débats tenus sur une exception de nullité, l'arrêt n'encourt pas la censure s'il *“ne résulte pas des pièces de la procédure que le prévenu ait pris la parole à ce stade”*¹⁸⁷. Usant d'une formule mettant en évidence qu'elle exclut une application monolithique de la théorie du grief intrinsèque, la chambre criminelle a énoncé, pour écarter le moyen de nullité tiré de ce que le droit de se taire avait été notifié tardivement au prévenu, que celui-ci *“ne saurait [s'en] faire un grief”* dès lors qu'il n'avait pas pris la parole à ce stade des débats¹⁸⁸.

Dans des arrêts rendus sur le fondement de l'article 199, alinéa 4, du code de procédure pénale, le même tempérament a été apporté par la chambre criminelle en cas de notification tardive du droit de se taire devant la chambre de l'instruction. Ainsi, elle a jugé que n'encourait pas la cassation l'arrêt de la chambre de l'instruction *“dont il résulte des mentions que le président a procédé à cette notification postérieurement à son rapport oral, aux observations du conseil de la personne détenue et aux réquisitions de l'avocat général mais avant que la personne mise en examen ne soit entendue”*¹⁸⁹. Elle a posé en principe qu'*“il se déduit de l'article 199, alinéa 4, du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021, que lorsque la personne mise en examen comparait devant la chambre de l'instruction saisie de l'appel formé contre l'ordonnance du juge d'instruction la renvoyant devant une cour d'assises, elle ne peut être entendue qu'après avoir été informée de son droit de se taire sur les faits qui lui sont reprochés”*¹⁹⁰, ce qui signifie que le défaut de notification de ce droit dès l'ouverture des débats n'est pas - ou plus - mécaniquement une cause de nullité.

En réalité, dès avant l'arrêt rendu par votre Assemblée plénière, la chambre criminelle avait pris en compte les circonstances de l'irrégularité pour apprécier s'il y avait lieu à annulation en cas de défaut de notification du droit de se taire. Par un arrêt du 14 mars 2017, rendu dans un cas où, lors d'un interrogatoire de première comparution, la personne mise en cause, assistée de son avocat, avait refusé de s'expliquer au fond tout en s'exprimant pour donner les raisons de sa présence¹⁹¹, la chambre criminelle a approuvé la chambre de l'instruction d'avoir jugé que le défaut de notification du droit de se taire ne pouvait donner lieu à annulation, faute de grief, relevant que l'intéressé *“n'a[vait] pas fait de déclaration sur les faits qui lui étaient reprochés et n'a[vait] pas été interrogé”*¹⁹².

III.3.1.3.- Synthèse

Comme toujours en matière de nullité de la procédure, il s'agit, dans l'appréciation du grief, de placer le curseur aussi finement que possible de manière à assurer le respect de la règle et sa prévisibilité tout en évitant un formalisme excessif de nature à compromettre la sécurité des procédures sans aucun bénéfice pour les droits des parties.

¹⁸⁶ Crim. 23 nov. 2021, n° 20-80.675, P. ; Crim. 25 janv. 2022, n° 21-82.095 ; Crim. 15 mars 2022, n° 21-82.174 ; Crim. 29 mars 2022, n° 20-85.125 et 21-83.811 ; Crim. 8 juin 2022, n° 21-82.127 ; Crim. 7 déc. 2022, n° 21-85.695

¹⁸⁷ Crim. 23 nov. 2021, préc.

¹⁸⁸ Crim. 8 juin 2022, préc. § 13

¹⁸⁹ Crim. 15 nov. 2022, n° 22-85.101, P.

¹⁹⁰ Crim. 11 mai 2022, n° 22-81.159

¹⁹¹ L'intéressé avait déclaré : *« Je me suis présenté aujourd'hui devant vous pour que vous ne pensiez pas que j'essayais de me soustraire mais je suis malade, mes médecins me conseillaient de ne pas venir aujourd'hui. Je devrais rester couché en ce moment. Je préfère que vous m'interrogiez une autre fois, lorsque je serai plus en forme ».*

¹⁹² Crim. 14 mars 2017, n° 16-84.352

Dans les procédures suivies devant les juridictions de droit commun, la règle selon laquelle l'irrégularité tirée du défaut de notification du droit de se taire fait nécessairement grief tend essentiellement à évacuer les discussions sans fin lorsque la personne suspecte ou poursuivie a fait des déclarations sur le fond ou lorsque la teneur des déclarations qu'elle a faites, après que la parole lui a été donnée, demeure inconnue ou incertaine. Dans le premier cas, la nullité ne doit pas dépendre d'une analyse du caractère plus ou moins déterminant des propos tenus. Dans le second, l'incertitude relative à la teneur de ces propos doit bénéficier à l'intéressé. La solution dite du grief nécessaire ou intrinsèque ne s'applique donc que dans certaines limites. La nullité est exclue si « *la notification du droit de se taire a lieu avant que l'intéressé ne soit entendu sur les faits reprochés* »¹⁹³. Celui qui n'a pas parlé ne peut se plaindre qu'on ne lui ait pas notifié qu'il avait le droit de se taire. Il en va de même de celui qui a parlé pour dire qu'il se tairait. C'est en définitive cette vérité de bon sens qui sous-tend les solutions jurisprudentielles et que semble d'ailleurs partager le demandeur qui, dans son moyen, prend soin de préciser qu'il s'est exprimé.

III.3.2.- Mise en oeuvre des solutions dans les circonstances de l'espèce

III.3.2.1.- Déroulement de l'audience et délimitation de la question

a) Teneur des notes d'audience

En l'espèce, le déroulement de l'audience est retracé dans les notes d'audience, signées par la présidente et le greffier, dont il convient de restituer la teneur.

Il y est d'abord indiqué que la présidente de la commission d'instruction a été entendue en son rapport et que l'avocat général a requis le renvoi de M. [P] du chef de prise illégale d'intérêts.

S'agissant du déroulement du réquisitoire de l'avocat général, les notes d'audience portent mention que la présidente "*ordonne qu'il soit noté que M. [B] [P] interrompt M. [DJ] [Y] lors de ses réquisitions par ses propos et ce, malgré plusieurs rappels au respect de la sérénité des débats*". Sont ensuite reproduits les propos tenus par M. [P] à l'adresse de M. [Y]¹⁹⁴.

Puis il est indiqué que "*Maîtres [WS] [TU] et [IM] [UP], avocats de M. [B] [P], qui ont adressé des observations à la commission d'instruction reçues les 8 juin et 15 juillet 2022, ont fait valoir leurs observations aux fins de non-lieu*". S'agissant du déroulement de ces observations, la note porte mention que la présidente "*ordonne qu'il soit noté que M. [B] [P] interrompt Maître [UP] lors de ses observations et que ce dernier indique que cela « ne le dérange pas »*"¹⁹⁵.

Enfin, il est mentionné que "*la parole est donnée en dernier à M. [B] [P] qui déclare seulement : « Est-ce utile ? »*".

b) Délimitation de la question

Les propos tenus par M. [P] pendant les réquisitions de l'avocat général et les observations de ses avocats ne peuvent être regardés comme étant en lien avec le défaut de notification du droit de se taire. En effet, M. [P] ne pouvait s'exprimer sans y avoir été invité par la commission d'instruction. Or, c'est de manière spontanée qu'il a alors pris la parole. Non

¹⁹³ Crim. 15 nov. 2022, préc.

¹⁹⁴ Aux termes des notes d'audience : "*M. [P] tient notamment les propos suivants à l'adresse de M. [Y] : « Vous n'êtes pas tenu de raconter n'importe quoi. Si la Cour de cassation pense que l'IGJ est à mon service... l'IGJ n'est pas à mon service... Vous vous êtes au service de François Molins... C'est de Madame Macron que je tiens ma légitimité, selon vous puisque vous avez osé poser la question au premier ministre »*."

¹⁹⁵ Il est en outre mentionné que "*durant le rappel de la procédure par Me [UP], M. Eric [P] tient les propos suivants : « Quelle honte... »*".

seulement la commission ne la lui avait pas donnée mais, comme cela résulte des notes d'audience, la présidente a tenté alors d'obtenir qu'il n'interrompe pas les intervenants. Autrement dit, à ce stade, il ne peut être reproché à la commission d'instruction de n'avoir pas notifié à M. [P] le droit de se taire dès lors qu'il devait garder le silence.

De manière surabondante, on relèvera que c'est avec le consentement exprès de son avocat que le demandeur a interrompu les observations de celui-ci. Dans ces conditions, on ne peut voir dans sa prise de parole une atteinte aux droits de la défense.

En définitive, la question qui vous est posée est de savoir si, en donnant à M. [P] la parole en dernier sans lui avoir préalablement notifié son droit au silence, la commission d'instruction a méconnu l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans des conditions faisant nécessairement grief à l'intéressé.

III.3.2.2.- Des circonstances excluant nécessairement l'existence d'un grief

Dès lors qu'en principe, le défaut de notification du droit de se taire fait nécessairement grief, il ne peut être mis en avant que le demandeur savait qu'il disposait de ce droit pour exclure l'existence du grief¹⁹⁶. De même, bien qu'il ne semble pas que la chambre criminelle ait eu à connaître d'un tel cas de figure, la circonstance que la personne comparante ait pris spontanément la parole avec le consentement de son avocat ne paraît pas de nature à renverser la règle¹⁹⁷.

En revanche, les propos tenus nous paraissent exclusifs d'un grief. Le seul fait que, devant la chambre de l'instruction, la parole a été donnée à la personne mise en examen comparante sans que lui ait été préalablement notifié le droit de se taire n'emporte pas la nullité de l'arrêt s'il n'est résulté aucune conséquence de cette irrégularité. Comme nous l'avons vu, tel est le cas si la personne s'est tue et tel l'est également si elle n'a parlé que pour dire qu'elle se tairait.

Au cas présent, lorsque la présidente lui a donné la parole en dernier, sans lui poser aucune question, M. [P] s'est borné à répondre : *« Est-ce bien utile ? »* Une telle réponse n'équivaut pas tout à fait à exercer le droit de se taire. Elle exprime le sentiment de l'intéressé qu'il lui paraît vain de parler dès lors que ses arguments ne seront pas entendus par la commission d'instruction, dont il a contesté l'impartialité à plusieurs reprises. Autrement dit, la formule revient à la fois à signifier qu'il n'entend pas s'exprimer et à en donner la raison.

Dès lors, d'une part, qu'il résulte avec certitude des notes d'audience que M. [P] n'a fait aucune autre déclaration et, d'autre part, que, par ses déclarations, qui n'ont pas porté sur le fond de l'affaire, il a seulement signifié qu'il lui paraissait inutile de parler, il nous semble que nous nous trouvons dans un cas où l'irrégularité n'emporte aucun grief. En réalité, l'existence d'un grief se trouve nécessairement exclue par les circonstances. La solution s'inscrit ainsi dans les limites du tempérament apporté par la chambre criminelle au principe du grief nécessaire.

Rappelons que, selon la décision du Conseil constitutionnel du 9 avril 2021, le risque que tend à prévenir, devant la chambre de l'instruction, la notification du droit de se taire est que

¹⁹⁶ Même si cela ne fait guère de doute si l'on se réfère à ses déclarations lors de ses interrogatoires. M. [P] déclarait ainsi le 3 mars 2022: *« Et pour le reste et face à vous, la loi me donne au moins un droit qui ne dépend pas de vous, celui de me taire »* (D1594/4) tandis que le 29 mars 2022, il déclarait : *« Vous savez bien que j'ai l'intention de garder le silence, j'ai été très clair sur ce point. J'ai répondu à la convocation que vous m'avez adressée mais je ne répondrai plus aux questions qui me sont posées »* (D1665/3).

¹⁹⁷ La jurisprudence de la chambre criminelle offre de nombreux exemples d'exclusion du grief en raison de la présence de l'avocat, de son intervention ou de son abstention (Crim., 16 janv. 1991, n° 90-82.427, B. n° 27 ; Crim., 6 nov. 2012, n° 12-83.766, B. n° 238 ; Crim., 28 nov. 2012, n° 12-81.939, B., n° 264 ; Crim. 9 avr. 2015, n° 14-87.660, B. n° 76 ; Crim., 19 févr. 2020, n° 19-87.545 ; Crim., 28 juill. 2021, n° 21-83.005).

l'intéressé fasse inconsidérément des “*déclarations ou réponses*” qui pourraient concourir à établir sa culpabilité. On conçoit, dès lors, que, quelque regrettable que soit le défaut de notification du droit de se taire, il soit sans conséquence sur la validité de la décision attaquée lorsque l'intéressé n'a fait aucune déclaration.

Le moyen nous paraît donc devoir être écarté.

CONCLUSION

En conséquence, nous concluons :

- Au non-lieu à statuer sur le pourvoi n° 21-87.457 formé contre l'ordonnance du 17 août 2021 et, à titre subsidiaire, à la cassation sans renvoi de ladite ordonnance sur le même pourvoi ;
- A la non-admission des pourvois n^{os} 22-80.634, 22-81.029, 22-83.929 et 22-83.949 formés respectivement contre les arrêts des 26 janvier 2022, 9 février 2022 et 14 juin 2022 (n^{os} 1 et 2) ;
- Au rejet du pourvoi n° 22-85.784 formé contre l'arrêt du 3 octobre 2022 ;
- Sur le pourvoi n° 21-86.418, à la cassation de l'arrêt du 3 novembre 2021 mais en ses seules dispositions ayant rejeté le moyen de nullité tiré de la participation de la greffière au tri des documents au cours de la perquisition du 1^{er} juillet 2021, la cassation pouvant être prononcée sans renvoi dès lors que, faisant application de l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire, vous êtes en mesure de procéder aux annulations et cancellations nécessaires dans les termes proposés au paragraphe *I.1.10.4.2* ;
- Sur le pourvoi n° 22-83.930, à la cassation sans renvoi de l'arrêt n° 3 du 14 juin 2022 après avoir, en application du même article du code de l'organisation judiciaire, déclaré irrecevable la requête en nullité présentée le 9 février 2022.