COUR DE CASSATION

CONCLUSIONS ORALES de M. DESPORTES, PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL

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

Pourvois 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/

_____

Monsieur le premier président,
Mesdames et Messieurs les présidents de chambre,
Mesdames et Messieurs les doyens,
Mesdames et Messieurs les conseillers,

Les questions soulevées par les huit pourvois dont vous a saisi M. [B] [P] dans l'information suivie contre lui pour prise illégale d'intérêts sont nombreuses et, pour certaines, inédites. Compte tenu de leur ampleur, mes observations seront ciblées et aussi brèves que possibles, étant précisé que, bien entendu, je renvoie à mes conclusions écrites pour le détail de la démonstration. Sans revenir sur les faits et la procédure, exposés par votre rapporteure, j'examinerai successivement les pourvois formés contre les arrêts ayant statué sur les requêtes en nullité, puis ceux dirigés contre

les arrêts relatifs aux demandes d'actes et, enfin, le pourvoi contre l'arrêt renvoyant M. [P] devant la Cour de justice de la République.

La commission d'instruction a été saisie de deux requêtes en nullité quasiment identiques, en date des 7 septembre 2021 et 29 avril 2022. Elle les a rejetées respectivement par ses arrêts, motivés dans les mêmes termes, des 3 novembre 2021 et 14 juin 2022.

D'emblée, je vous propose de casser sans renvoi, sur un moyen relevé d'office, l'arrêt du 14 juin 2022 dès lors que la commission aurait dû déclarer irrecevable la seconde requête en nullité et ce pour deux raisons. D'abord, dans la mesure où elle portait sur des actes antérieurs à l'interrogatoire de première comparution, la requête aurait dû être présentée dans un délai de six mois à compter de cet interrogatoire conformément à l'article 173-1 du code de procédure pénale. Or, elle a été déposée au-delà de ce délai. Ensuite et surtout, la commission d'instruction ne pouvait, sans méconnaître le principe de l'autorité de la chose jugée, examiner une seconde fois des moyens de nullité qui lui avaient déjà été soumis quelques mois plus tôt. S'agissant des explications qu'appellent ces deux causes d'irrecevabilité, je renvoie à mes conclusions écrites.

La première requête en nullité est bien, en revanche, recevable. Il importe donc d'examiner les dix moyens de cassation proposés contre l'arrêt du 3 novembre 2021 qui l'a rejetée. S'agissant du premier moyen, relatif à l'impartialité de la commission d'instruction, qui fait l'objet d'une proposition de non admission de votre rapporteure à laquelle je souscris, je renvoie également à mes conclusions écrites.

Bien que le deuxième fasse également l'objet d'une telle proposition, je ferai de brèves observations au vu du mémoire en réplique. Dans ce moyen le demandeur soutient que la commission d'instruction aurait méconnu le principe du contradictoire dans des conditions compromettant son impartialité en sollicitant, hors procédure, l'avis d'un ancien président de la Cour de justice de la République sur le sens et la portée des dispositions relatives au délai de présentation des requêtes en nullité. Ce moyen est bien inopérant puisqu'en matière de contentieux des nullités, vous jugez que c'est votre Assemblée plénière, dont le contrôle s'exerce alors en fait et en droit, qui assure au requérant la garantie d'une juridiction impartiale. Par ailleurs, tel qu'il est formulé, le moyen n'invoque pas de manière autonome une atteinte au principe du contradictoire de sorte qu'il n'appelle pas de réponse sous cet aspect. En tout état de cause, le fait d'avoir sollicité l'avis d'un magistrat honoraire sur l'interprétation, soumise à votre contrôle, de dispositions qui étaient dans le débat n'emporte aucune atteinte au contradictoire, étant observé, au surplus, que cette sollicitation n'a affecté en rien les droits du demandeur.

Le 4ème moyen qui conteste la recevabilité des plaintes examinées par la commission des requêtes et donc la régularité de l'engagement des poursuites est plus sérieux.

Dans le dispositif institué par l'article 68-2 de la Constitution et la loi organique du 23 novembre 1993, la commission des requêtes, organe de filtrage, exerce les attributions

qui, en droit commun, sont celles du ministère public. Autrement dit c'est elle - et elle seule – qui prend la décision d'exercer les poursuites. Certes, formellement, la commission d'instruction est saisie par le réquisitoire aux fins d'informer délivré par le procureur général près la Cour de cassation, mais celui-ci a compétence liée. Il ne peut qu'exécuter la décision de la commission des requêtes.

Pour autant, la commission n'exerce pas son pouvoir dans les mêmes conditions que l'autorité de poursuite en droit commun. Contrairement à celle-ci, elle ne peut agir d'office. Pour engager les poursuites, elle doit avoir été saisie à cette fin soit par la plainte d'une personne qui se prétend lésée par l'infraction, soit par une demande d'avis émanant du procureur général près la Cour de cassation.

En l'espèce, comme cela vous a été dit, la commission des requêtes a été saisie selon ces deux voies. Elle a été destinataire de deux plaintes émanant, l'une, de l'association Anticor et, l'autre, du Syndicat de la magistrature et de l'Union syndicale des magistrats, qui l'ont déposée conjointement. Par ailleurs, le procureur général près la Cour de cassation lui a adressé deux demandes d'avis visant strictement les mêmes faits que ceux dénoncés par les plaignants. Après avoir joint ces plaintes et ces demandes d'avis, la commission a, d'une part, décidé de transmettre les plaintes au procureur général aux fins d'engagement des poursuites et, d'autre part, émis un avis favorable aux demandes du procureur général aux mêmes fins.

Devant la commission d'instruction, M. [P] a contesté la recevabilité des plaintes et, en conséquence, la régularité de la décision d'engagement des poursuites prise sur leur fondement. Dans son quatrième moyen, il critique les motifs par lesquels la commission d'instruction a écarté son argumentation.

Il apparaît d'emblée que cette critique est inopérante. Comme je l'ai indiqué, la commission des requêtes a été saisie non seulement par les plaintes mais également par les demande d'avis du procureur général. Dans ces conditions, la recevabilité des plaintes ne détermine pas à elle seule la régularité des poursuites. A supposer même que les plaintes soient déclarées irrecevables, l'engagement des poursuites par la commission des requêtes n'en trouverait pas moins son support dans les demandes d'avis du procureur général.

Le demandeur soutient que, lorsqu'elle est saisie par une plainte, la commission des requêtes ne pourrait l'être par le procureur général dont la demande d'avis serait alors sans objet. Mais rien dans les textes ou les travaux parlementaires n'étaye une telle interprétation. En disposant que la commission des requêtes peut être saisie « aussi » d'une demande d'avis, le législateur, constitutionnel et organique, a, au contraire, clairement signifié que les deux modes de saisine n'étaient pas alternatifs mais cumulatifs. La circonstance que, comme l'ont relevé plusieurs auteurs, une demande d'avis n'apparaisse pas utile lorsque la commission des requêtes est par ailleurs saisie d'une plainte, ne signifie pas qu'une telle demande serait alors prohibée. Le fait qu'une plainte a été déposée ne peut priver le procureur général du pouvoir qu'il tient de la Constitution de saisir la commission des requêtes. 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 même si une plainte a été déposée par ailleurs. Il peut également ne pas partager l'argumentation du plaignant ou douter de la recevabilité de sa plainte.

Cela étant, bien qu'en l'espèce la saisine de la commission d'instruction ne dépende pas de la recevabilité des plaintes, rien ne s'oppose, bien sûr, à ce que vous examiniez la contestation articulée par le demandeur. Cet examen permettra de lever les interrogations entourant le fondement de la saisine. Il sera en outre l'occasion de répondre à des questions inédites, pour ainsi dire dans l'intérêt de la loi.

Contrairement à ce qu'a retenu la commission d'instruction, sans toutefois en tirer les conséquences, la contestation doit être tenue pour recevable. Les dispositions de l'article 14 de la loi organique aux termes desquelles « *les actes de la commission des requêtes ne sont susceptibles d'aucun recours* » signifient seulement qu'ils sont insusceptibles de recours juridictionnels - appel ou pourvoi en cassation. Elles n'excluent pas que la régularité de l'engagement des poursuites soit contestée par la voie de la requête en nullité. En conséquence, si la décision de la commission des requêtes n'a pas été prise au terme d'une procédure régulière, l'annulation du réquisitoire aux fins d'informer, dont elle est le préalable nécessaire, peut être demandée comme peut l'être en droit commun celle du réquisitoire introductif lorsque la loi subordonne sa délivrance à une plainte ou un avis dont il apparaît qu'ils font défaut ou qu'ils sont irréguliers.

J'en viens donc à la question de la recevabilité des plaintes. Il résulte des articles 68-2 de la Constitution et 13 de la loi organique que, pour être recevable, la plainte déposée devant la commission des requêtes doit, entre autres conditions, d'une part, émaner de la personne qui se prétend lésée par le crime ou le délit reproché et, d'autre part, être signée par cette personne. Il s'agit donc de savoir si ces conditions sont remplies en l'espèce, étant précisé que, s'agissant de la première, la question se pose de manière différente pour les associations et les syndicats.

Selon une jurisprudence ancienne et constante de la chambre criminelle, une association ne peut être regardée comme lésée par l'infraction et donc recevable à se constituer partie civile lorsque le seul préjudice qu'elle invoque est l'atteinte qui aurait été portée aux intérêts qu'elle s'est donné pour objet de défendre. Cependant, pour atténuer les conséquences de cette solution, le législateur a habilité de nombreuses associations à se constituer partie civile pour la défense de diverses causes d'intérêt général. Il me semble qu'au sens et pour l'application des articles 68-2 de la Constitution et 13 de la loi organique, une association habilitée, qui agit dans le champ de son habilitation, doit être assimilée à la personne qui se prétend lésée par l'infraction. Il serait en effet paradoxal qu'une association qui, en droit commun, peut mettre l'action publique en mouvement en portant plainte avec constitution de partie civile, ne soit pas recevable à porter plainte auprès de la commission des requêtes, alors même qu'en ce cas, sa plainte ne produit aucun effet sur l'action publique dont la mise en mouvement appartient exclusivement à la commission. Il faut comprendre que le législateur a entendu que toute personne qui, en droit commun, peut porter plainte avec constitution de partie civile en qualité de victime ou assimilée puisse porter plainte devant la commission des requêtes. Les débats parlementaires me paraissent conforter cette analyse. En tout cas, ils ne l'infirment pas. C'est en considération du droit d'action élargi de certaines personnes morales que les parlementaires ont, un temps, exclu la

possibilité pour celles-ci de saisir la commission des requêtes avant de la rétablir en raison des conséquences excessives d'une telle exclusion.

Au cas présent, en vertu de l'article 2-23 du CPP, l'association Anticor est habilitée à se constituer partie civile, tant par voie d'action que par voie d'intervention, pour la lutte contre les atteintes à la probité, sous réserve de l'obtention d'un agrément administratif dont, à l'époque de sa plainte, elle était valablement titulaire. Elle doit donc être considérée comme une personne pouvant se prétendre lésée par l'infraction de prise illégale d'intérêts. Néanmoins, la plainte ne peut à mon sens qu'être déclarée irrecevable dès lors que l'association ne remplit pas, par ailleurs, l'autre condition, formelle, exigée par l'article 13 de la loi organique. Il apparaît en effet que, comme l'a fait valoir le demandeur devant la commission d'instruction dans un argument laissé sans réponse, la plainte a été signée, non par le représentant de l'association, mais par un avocat, ce que les parlementaires ont, très clairement, entendu exclure.

J'en viens à la plainte conjointe des syndicats. Quelle que soit la réponse que vous apporterez à la question de savoir si une association habilitée peut être assimilée à une personne lésée par l'infraction, il ne me paraît pas faire de doute qu'un syndicat agissant pour la défense des intérêts de la profession qu'il représente doit être considéré comme tel. Votre Cour a toujours fait un sort différent à ces deux catégories de personnes morales. Alors que, je l'ai dit, elle exclut toute possibilité pour les associations d'exercer l'action civile pour la défense des intérêts qu'elles se sont donné pour objet de protéger, elle a toujours admis cette possibilité pour les syndicats, pour la défense des intérêts de la profession qu'ils représentent, les considérant ainsi comme des personnes lésées par l'infraction. Dans son arrêt des chambres réunies du 15 juin 1923, votre Cour a justifié la distinction par le fait – je la cite - « *qu'à la différence des syndicats professionnels les associations ne représentent pas de plein droit la profession de ceux qui en font partie* ». Les dispositions de l'article L.2132-3 du code du travail relatives à la constitution de partie civile des syndicats ne font que consacrer cette jurisprudence ancienne. Contrairement à celles de l'article 2-23 du CPP elles ne s'analysent pas en des dispositions d'habilitation.

Par ailleurs, contrairement à ce que soutient le demandeur, il est hors de discussion qu'en l'espèce les deux syndicats avaient intérêt à agir. Dès lors que le garde des Sceaux tient de la Constitution et de 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.

Enfin, si la présidente du Syndicat de la magistrature ne justifie pas d'une habilitation à ester en justice, qui était nécessaire pour qu'elle puisse être regardée comme portant plainte au nom du syndicat, il apparaît que la présidente de l'Union syndicale des magistrats a bien été habilitée dans les conditions prévues par les statuts de ce syndicat.

En conclusion, il apparaît que la commission des requêtes a été valablement saisie, non seulement par les demandes d'avis qui lui ont été adressées par le procureur

général mais également par la plainte conjointe des syndicats de magistrat visant les mêmes faits, régulièrement signée par la représentante de l'un d'eux.

Parmi les autres moyens proposés au soutien du pourvoi contre l'arrêt du 3 novembre 2021, plusieurs - les 3ème 5ème, 6ème et 7ème – sont relatifs à la régularité des actes accomplis par M. Molins, alors procureur général près la Cour de cassation.

La contestation articulée par le 5ème moyen porte sur l'impartialité du procureur général. Au soutien du grief de partialité, le requérant a fait valoir, d'une part, que la directrice de son cabinet avait consulté M. Molins sur la nécessité de prescrire une enquête administrative à l'égard des trois magistrats du PNF et, d'autre part, que M. Molins avait exprimé publiquement la préoccupation que lui inspirait la situation de conflit d'intérêts résultant, pour le ministre de la justice, de ce qu'il avait prescrit cette enquête administrative. Le requérant a soutenu en outre que M. Molins avait la qualité de témoin dans la présente procédure. Il a demandé en conséquence l'annulation – je cite - "*de la saisine et de tous les actes de poursuite et d'instruction subséquents* ».

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*". 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*". Elle est en outre conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour laquelle « *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,* [il] *ne saurait être astreint aux obligations d'indépendance et d'impartialité que l'article 6 impose à un "tribunal*" ». Cette solution serait sans doute à nuancer 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. Mais au cas présent, c'est en tant que partie poursuivante que M. Molins voit son impartialité mise en cause, au surplus dans une procédure où la décision sur l'engagement des poursuites ne lui appartient pas. C'est donc à bon droit que l'argumentation du requérant a été écartée. Le raisonnement vaut pour le troisième moyen également tiré du grief de partialité.

Par ailleurs, à supposer que l'on puisse déduire du 5ème moyen, tiré uniquement de la méconnaissance de l'exigence d'impartialité, que le demandeur reprocherait en outre à la commission d'instruction de n'avoir pas retenu que M. Molins avait dans la procédure le statut de témoin, incompatible avec celui de procureur, il devrait également être écarté sous cet aspect. A aucun moment, M. Molins n'a été entendu comme témoin au cours de la procédure. Le fait qu'il ait estimé devoir adresser une note à la commission d'instruction en réponse à la mise en cause dont il avait fait l'objet ne suffit pas à lui conférer cette qualité. Au surplus, cette note a été établie bien après l'engagement des poursuites et ne saurait donc en affecter la régularité.

Dans son 6ème moyen, le demandeur reproche par ailleurs à la commission d'instruction d'avoir refusé d'annuler un acte d'enquête effectué par le procureur général préalablement à la saisine de la commission des requêtes.

Dans le dispositif institué par la Constitution et la loi organique, il revient à la commission d'instruction de mener les investigations relatives aux infractions qui auraient pu être commises par des membres du Gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions. C'est la raison d'être même de son institution. L'article 15 de la loi organique ne confère à la commission des requêtes que des pouvoirs d'investigation limités pour lui permettre d'apprécier s'il y a lieu de saisir la commission d'instruction. Dans le silence de la loi, on ne peut considérer que cet article serait également applicable au procureur général.

Il n'en reste pas moins que certains pouvoirs de vérification doivent nécessairement être reconnus à celui-ci. Dès lors que l'article 17 de la loi organique confère au procureur général le pouvoir d'"*agir d'office, après avoir recueilli l'avis conforme de la commission des requêtes*", il paraît nécessaire de lui reconnaître la possibilité de procéder aux vérifications sommaires que nécessite l'exercice de ce pouvoir. Une telle approche, souple et pragmatique, des pouvoirs du procureur général correspond à celle de la chambre criminelle dans semblables cas de figure, comme l'illustre sa jurisprudence sur les pouvoirs d'investigation du juge d'instruction en cas de découverte de faits nouveaux, étrangers à sa saisine. La solution est en outre conforme à l'objectif poursuivi par le législateur organique qui est d'assurer un filtre rigoureux des plaintes dirigées contre des membres du gouvernement. La possibilité pour le procureur général de procéder à des vérifications sommaires est de nature à prévenir des saisines inutiles.

Au cas présent, dans l'exercice du pouvoir qu'il tient de l'article 17 de la loi organique, le procureur général, qui était alors saisi d'une dénonciation émanant de M. [BH] [BI], pouvait, sans aucun doute, pour en apprécier le sérieux, demander à la procureure de la République de Nanterre la simple communication de pièces afférentes à des procédures suivies par elle - en l'occurrence, les pièces relative à 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 les pièces de cette enquête et les suites réservées à la plainte.

Enfin, dans son 7ème moyen, le demandeur conteste le rejet de sa demande d'annulation tirée de ce que le réquisitoire aux fins d'informer aurait dû être signé par le procureur général et non, comme cela a été le cas, par l'avocat général désigné par lui pour l'assister.

Aux termes de l'article 8 de la loi organique : « *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*. »

Contrairement à ce que soutient le demandeur, c'est à bon droit que la commission d'instruction a jugé que les magistrats désignés pour assister le procureur général pouvaient le remplacer et donc accomplir des actes en son nom. L'objet de l'article que

je viens de citer est en quelque sorte de fixer la composition spécifique du parquet que le législateur a entendu instituer auprès de la Cour de justice de la République. Il s'agit d'un parquet très réduit puisqu'il est composé du procureur général près la Cour de cassation et de magistrats du parquet général de cette Cour spécialement désignés par lui pour l'assister. Il n'en est pas moins soumis au principe d'indivisibilité du ministère public énoncé à l'article L. 122-4 du code de l'organisation judiciaire et rappelé constamment par votre Cour. Pour reprendre la formule de la Cour européenne des droits de l'homme, il résulte de ce principe que – je la cite - *« l'acte accompli par un membre du parquet l'est au nom de tout le parquet* » dont les membres « *peuvent donc se remplacer ou être remplacés tout au long de la procédure* ». Il ne résulte ni des dispositions de la Constitution ou de la loi organique ni des débats parlementaires que le législateur aurait entendu déroger à ce principe fondamental gouvernant l'organisation du parquet. On conçoit d'ailleurs difficilement une telle dérogation à moins de postuler la disponibilité permanente du procureur général.

Il faut en outre rappeler que le principe d'indivisibilité se combine avec l'autre grand principe d'organisation du ministère public qu'est le principe hiérarchique. Il en résulte qu'il n'emporte pas un abandon de son pouvoir par le procureur général. Le moyen n'est donc pas fondé.

Il me reste à examiner les 9ème et 10ème moyens relatifs à la régularité de la perquisition conduite le 1er juillet 2021 au ministère de la justice.

Dans son 9ème moyen, le demandeur soutient que cette perquisition « *n'a pas été entourée des garanties suffisantes au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme »* et qu'elle *« a constitué une atteinte disproportionnée au principe de la séparation des pouvoirs* ».

Ce moyen est nouveau et, comme tel, irrecevable en tant qu'il est pris de la violation de l'article 8 de la CESDH. En revanche, il apparaît recevable en tant qu'il reproche à la commission d'instruction d'avoir écarté le grief tiré d'une atteinte disproportionnée au principe de la séparation des pouvoirs. Comme l'a jugé le Conseil constitutionnel à l'occasion de la présente procédure, lorsqu'elle est invoquée au bénéfice du Gouvernement, la méconnaissance de ce principe n'affecte pas, par elle-même, un droit ou une liberté que la Constitution garantit de sorte qu'elle ne peut fonder une question prioritaire de constitutionnalité. Pour autant, il ne peut en être déduit qu'en ce cas le principe devrait être laissé sans protection. L'exigence selon laquelle les mesures d'investigation mises en œuvre par l'autorité judiciaire ou ses délégataires doivent être proportionnées est au cœur de la procédure pénale. Il s'agit d'une exigence constitutionnelle qui trouve son expression dans de nombreux textes. 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.

La formulation de la critique suscite toutefois une réserve. Le demandeur soutient que la perquisition au siège du ministère a porté « *une atteinte disproportionnée au principe de la séparation des pouvoirs* ». Une telle formule postule que la mesure constituerait, par elle-même, une atteinte à ce principe. Or, l'autorité judiciaire ne fait 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*". En réalité, selon une formulation qui me 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.

Quoi qu'il en soit, vous ne pourrez faire droit au moyen. Le demandeur expose devant vous un certain nombre d'éléments qui, selon lui, mettraient en évidence le caractère disproportionné de la perquisition. Mais, à aucun moment, il ne critique les motifs, au demeurant pertinents, par lesquels la commission d'instruction a écarté son argumentation. Dans ces conditions, le moyen ne peut être admis.

S'agissant du 10ème moyen, mes observations porteront exclusivement sur la quatrième branche tirée de ce que l'une des greffières assistant la commission d'instruction a participé au tri des documents utiles à la manifestation de la vérité. Les autres branches font l'objet, par votre rapporteure, d'une proposition de non admission à laquelle j'adhère.

Pour ce qui est de l'irrégularité dénoncée, je serai bref. Il est constant et ressort des mentions portées au procès-verbal de perquisition qu'alors que les opérations étaient menées dans le bureau du directeur adjoint du cabinet du garde des Sceaux, la commission d'instruction a donné, à l'une des deux greffières qui l'assistaient, mission d'effectuer un tri des documents afin d'identifier ceux susceptibles d'intéresser la procédure. Il ne semble pas faire de doute que, contrairement à ce qu'énonce l'arrêt attaqué, cette manière de procéder doit être regardée comme irrégulière dès lors que ni les textes du code de procédure pénale ni ceux relatifs aux attributions des greffiers n'autorisent ces derniers, en raison de leur seule qualité, à participer à la recherche de la vérité en examinant, pour les trier, les documents découverts lors d'une perquisition. Cette délégation irrégulière de ses pouvoirs par la juridiction d'instruction constitue une cause de nullité qui, touchant à la compétence, fait nécessairement grief. La cassation est donc encourue.

L'essentiel du débat porte sur les modalités et conséquences de cette cassation. Il me semble qu'elle pourrait être prononcée sans renvoi dès lors que vous êtes en mesure d'en tirer vous-mêmes toutes les conséquences dans la procédure en prononçant les annulations et cancellations qui s'imposent en application de l'article 174 du code de procédure pénale. Cette manière de procéder, qui permet de vider le contentieux dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, est fréquemment mise en œuvre par la chambre criminelle. Elle l'a été par votre Assemblée plénière dans un arrêt récent rendu dans une autre procédure.

En l'état des mentions portées sur le procès-verbal de perquisition, rien ne permet d'affirmer que l'irrégularité aurait été commise dans d'autres locaux que le bureau du directeur adjoint du cabinet. Il en résulte que toutes les saisies mais seules les saisies pratiquées dans ce bureau doivent être annulées. Il s'agit de celles ayant fait l'objet des scellés numérotés DIRCAB ADJ 1 à DIRCAB ADJ 11. En outre, par voie de conséquence, il convient de procéder à l'annulation ou à la cancellation de l'ensemble

des actes de la procédure qui se réfèrent aux actes annulés. S'agissant de l'énumération de ces actes, je renvoie à mes conclusions écrites.

Il reste à déterminer l'incidence de ces annulations et cancellations sur l'arrêt du 3 octobre 2022 renvoyant M. [P] devant la Cour de justice de la République.
Lorsqu'elle est prononcée avec renvoi, la cassation d'un arrêt statuant sur les nullités de la procédure emporte toujours par voie de conséquence celle de l'arrêt de règlement renvoyant la personne poursuivie devant la juridiction de jugement puisque, par hypothèse, le contentieux des nullités n'étant pas purgé, il n'est pas possible de maintenir un arrêt qui, en l'état, est susceptible de procéder d'actes irréguliers.

La solution est différente en cas de cassation sans renvoi après annulation ou cancellation des actes irréguliers. En prononçant une telle cassation, vous vous mettez en mesure d'apprécier si l'arrêt de renvoi est fondé ou non sur ces actes. Il n'y a évidemment pas lieu d'annuler l'arrêt par voie de conséquence s'il apparaît qu'il ne se réfère à aucun d'entre eux. La chambre criminelle en a déjà jugé ainsi. Mais que faut-il décider lorsque l'arrêt de renvoi se réfère à un acte annulé ? Cette seule référence justifie-t-elle mécaniquement la cassation totale de cet arrêt ?

A mon sens, la question appelle une réponse négative qui découle elle-même de deux observations.
La première est relative à l'étendue de votre contrôle. Dans des cas où un acte accompli de manière irrégulière était évoqué dans un arrêt statuant sur le bien-fondé de l'accusation, la chambre criminelle s'est reconnue le pouvoir d'écarter le moyen de cassation tiré de cette circonstance après avoir relevé que la déclaration de culpabilité n'était je la cite « fondée ni exclusivement ni même essentiellement » sur cet acte. Elle a procédé ainsi, notamment, dans des cas, très nombreux, où des arrêts de condamnation se référaient à des déclarations en garde à vue recueillies sans l'assistance d'un avocat. L'enseignement à tirer de ces arrêts est qu'il entre sans aucun doute dans votre office de juge de cassation d'apprécier si la référence faite à un acte irrégulier dans un arrêt de renvoi rendu par la commission d'instruction a déterminé la décision de celle-ci.

La seconde observation est relative à vos pouvoirs. La question est ici de savoir si, en cas de référence à un acte annulé dans un arrêt frappé de pourvoi, il vous est possible de régulariser la procédure en procédant à la cancellation de cette référence en application de l'article 174 du code de procédure pénale ou si cette cancellation est exclue comme étant réservée aux actes non juridictionnels. La réponse est apportée par un arrêt de la chambre criminelle du 18 juin 2019, dont je précise qu'il a été rendu en formation ordinaire. Dans l'affaire considérée, l'arrêt attaqué, qui avait déclaré irrecevable une requête en nullité, faisait état d'un procès-verbal dont la cancellation avait été ordonnée par un précédent arrêt de la chambre. Au visa de l'article 174, alinéa 3, du code de procédure pénale, la chambre criminelle a cassé et annulé l'arrêt de la chambre de l'instruction mais en ses seules énonciations - qu'elle a citées - faisant référence à l'acte annulé, avant de procéder elle-même à la cancellation de ces énonciations.

Si l'on combine ces deux observations, rien ne s'oppose à ce que, statuant sur le pourvoi contre un arrêt de renvoi de la commission d'instruction, vous le censuriez en

ses seules énonciations se référant à un acte qui aurait été préalablement annulé par vous-même et que vous procédiez alors à la cancellation des énonciations litigieuses. Il importe seulement, bien entendu, que vous soyez en mesure de vous assurer que ces énonciations n'ont pas déterminé la décision de renvoi. La solution, qui n'affecte en aucune façon les droits de la personne poursuivie, est, de manière évidente, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Au cas présent, il apparaît que l'arrêt de renvoi comporte une unique référence à un acte dont il vous est proposé de prononcer l'annulation sur le présent pourvoi. A la page 131, sous une division intitulée "*Le refus de prendre en compte les avertissements reçus*", il est fait référence à une note intitulée « *Situation personnelle et affaires en cours* ». Cette note, placée sous le scellé DIRCAB ADJ10, est l'un des documents ayant fait l'objet d'une saisie irrégulière. La référence qui y est faite s'insère dans des développements au fil desquels la commission d'instruction énumère les éléments et circonstances qui, selon elle, feraient apparaître que l'attention de M. [P] a été appelée sur la situation de conflit d'intérêts qui était susceptible d'être créée par la décision d'ordonner des enquêtes administratives à l'égard des magistrats du PNF et du juge [G]. La pièce litigieuse n'apparaît aucunement déterminante dans cette démonstration. Plus globalement, il n'apparaît pas qu'elle ait déterminé, de quelque façon que ce soit, la décision de renvoyer M. [P] devant la Cour de justice de la République. Il n'y est fait aucune autre allusion au long des 143 pages de l'arrêt attaqué. Elle n'est en réalité nullement nécessaire à la caractérisation des éléments constitutifs du délit reproché.

Dans ces conditions, il me semble qu'il n'est pas justifié de casser par voie de conséquence l'arrêt de renvoi du 3 octobre 2022. Sur le pourvoi formé contre cet arrêt et en prenant pour modèle l'arrêt de la chambre criminelle du 18 juin 2019, vous pourrez vous borner à l'annuler mais en ses seules énonciations, figurant à la page 131, se référant au scellé litigieux. Bien entendu cette solution suppose que vous ne fassiez pas droit au moyen de cassation proposé par ailleurs contre l'arrêt de renvoi, ce qu'il conviendra d'apprécier lors de l'examen du pourvoi formé contre celui-ci.

Avant d'en venir à cet examen, il faut encore évoquer les cinq pourvois formés contre les décisions de la commission d'instruction ayant statué sur les demandes d'actes présentées par le demandeur.

Je renvoie à mes conclusions écrites s'agissant des quatre pourvois faisant l'objet, par votre rapporteure, d'une proposition de non admission à laquelle je suis favorable. Les moyens proposés à l'appui de ces pourvois reviennent à remettre en cause l'appréciation souveraine, par la commission d'instruction, de la nécessité ou de l'utilité de procéder aux actes sollicités, en l'occurrence l'exploitation des factures téléphoniques du procureur général ainsi que l'audition de la conseillère justice du président de la République, d'un avocat général à la Cour de cassation ayant exercé des fonctions judiciaires à [Localité 3] et d'un ancien président de la Cour de justice de la République.
Je consacrerai mes observations à l'examen du pourvoi formé contre l'ordonnance du 17 août 2021 par laquelle la commission d'instruction a statué sur une demande tendant à l'audition de M. Molins, procureur général près la Cour de cassation.
Comme je l'ai déjà indiqué, au mois de septembre 2020, la directrice de cabinet de M. [P], a sollicité M. Molins, afin de recueillir son avis sur le point de savoir s'il lui

apparaissait utile ou nécessaire de confier à l'Inspection générale de la Justice le soin d'effectuer une enquête administrative sur le comportement des magistrats du PNF à l'encontre desquels des poursuites disciplinaires étaient envisagées. M. [P] a saisi la commission d'instruction d'une demande d'audition du procureur général afin qu'il indique – je le cite - « *les raisons pour lesquelles il a*vait *alors estimé que l'ouverture d'une enquête administrative devait être privilégiée* » et pourquoi il « *n'a*[vait] *pas appelé l'attention* [de la directrice de cabinet] *sur un "conflit d'intérêts* ».
Par l'ordonnance du 17 août 2021, rendue collégialement, la commission d'instruction, sans rejeter expressément la demande dont elle était saisie, a ordonné une mesure d'instruction différente. Il me semble que vous n'aurez pas à statuer sur le pourvoi formé par M. [P] contre cette ordonnance dès lors que ce pourvoi est devenu sans objet.

En effet, depuis que l'ordonnance a été rendue, M. [P] a présenté une nouvelle demande aux fins d'audition de M. Molins. Pour une part, cette nouvelle demande avait un objet différent de celle ayant donné lieu à l'ordonnance attaquée puisqu'elle tendait à obtenir des éléments d'appréciation relatifs aux faits commis à l'égard du juge [G]. Mais, pour le reste, elle en était la stricte réitération. En effet, s'agissant des faits se rapportant aux magistrats du PNF, elle tendait à ce que la commission d'instruction veuille bien, je cite, "*reconsidérer la précédente demande d'audition de Monsieur François Molins*". Sous cet aspect, l'argumentaire développé au soutien de la nouvelle demande était le même que celui présenté au soutien de la précédente, enrichi par les développements de l'instruction.

De manière très explicite, le demandeur invitait en quelque sorte la commission d'instruction à régulariser sa décision initiale en rendant, cette fois, je le cite, *un arrêt conforme aux prescriptions de la loi organique sur la Cour de justice de la République - et non une ordonnance, ce dont la commission n'a pas le pouvoir*".

Par un arrêt du 9 février 2022, la commission d'instruction a rejeté l'ensemble des demandes dont elle était saisie. Certes, M. [P] s'est pourvu contre cet arrêt, mais l'unique moyen de cassation qu'il a proposé au soutien de son pourvoi est dirigé exclusivement contre les motifs par lesquels la commission d'instruction a refusé de procéder à l'audition, également sollicitée, d'un magistrat ayant exercé des fonctions judiciaires à [Localité 3]. Ce pourvoi est au nombre de ceux que j'ai brièvement évoqués, dont la non admission vous est proposée. Le demandeur n'a donc pas contesté le refus qui lui a été opposé de procéder à l'audition de M. Molins, que ce soit sur les faits qui auraient été commis à l'égard du juge [G] ou sur ceux qui l'auraient été à l'égard des magistrats du PNF.

Dans ces conditions, en l'état du rejet, non contesté, par l'arrêt du 9 février 2022, de la demande présentée aux mêmes fins que celle qui avait fait l'objet de l'ordonnance attaquée, il m'apparaît qu'il n'y a pas lieu d'examiner le pourvoi formé contre cette ordonnance. Comme l'exposent Jacques et Louis Boré dans leur ouvrage sur la cassation en matière pénale, un pourvoi peut être regardé comme étant sans objet au sens de l'article 606 du CPP lorsque « *l'illégalité invoquée est rendue sans intérêt par une autre décision de justice* ». Nous nous trouvons très exactement dans ce cas de figure.

Il est, évidemment, indispensable de ne pas laisser sans réponse une demande d'acte qui aurait été irrégulièrement rejetée ou délaissée. Mais cette préoccupation devient sans objet lorsque la même demande a été réitérée et qu'elle a trouvé sa réponse non contestée. La solution est d'autant plus évidente en l'espèce que la nouvelle demande se présentait explicitement comme une invitation à reconsidérer la réponse apportée à la précédente.

En matière de détention provisoire, la chambre criminelle juge de façon constante qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le pourvoi dirigé contre une décision de maintien en détention lorsque, depuis lors, a été prise une nouvelle décision dans le même sens. Il est vrai que, comme le relève le demandeur, le contentieux de la détention est très différent de celui des demandes d'acte. Mais, précisément, si la solution a été retenue en matière de détention, elle s'impose a fortiori en matière de demande d'actes.

En raison des enjeux attachés au contentieux de la détention provisoire, la Cour de cassation est tenue de statuer dans les trois mois de la réception du dossier. Au contraire, en matière de demandes d'actes, le pourvoi ne donne jamais lieu à un examen immédiat, sous la seule réserve, prétorienne, de l'excès de pouvoir. C'est donc presque toujours, comme en l'espèce, en fin de procédure, en même temps que le pourvoi contre l'arrêt sur le fond, qu'est examiné le pourvoi contre une décision rejetant une telle demande. Si l'on admet que l'objectif poursuivi par le législateur n'est pas de favoriser les cassations tardives, un tel dispositif est sous-tendu par l'idée que la décision prise sur la demande d'acte doit être appréciée au regard des développements ultérieurs de la procédure et, notamment, en considérant le sort réservé à de nouvelles demandes aux mêmes fins. Les décisions rendues en la matière étant dépourvues de l'autorité de la chose jugée, le contentieux est en effet, par nature, évolutif.

Contrairement à ce qui est soutenu par le demandeur, la cassation de l'ordonnance du 17 août 2021 ne saurait emporter par voie de conséquence celle de l'arrêt du 9 février 2022. La circonstance qu'une décision statuant sur une demande d'acte n'ait pas été correctement motivée ou qu'elle soit irrégulière en la forme ou entachée d'excès de pouvoir ne signifie pas nécessairement que la décision suivante sur la même demande serait entachée des mêmes vices. La logique est en réalité inverse. Comme on l'a dit, c'est la décision suivante qui, si elle n'est pas contestée, rend sans objet la contestation dirigée contre la précédente.

En conséquence, il vous est proposé 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.
Toutefois, vous pourriez souhaiter trancher la question de droit soulevée par le pourvoi. La cassation s'imposerait alors à mon sens sur le premier moyen tiré de ce que la commission d'instruction a statué sans tenir d'audience préalable. Mais cette cassation devrait être prononcée sans renvoi dès lors que, la demande d'audition de M. Molins ayant été examinée par la commission d'instruction par son arrêt du 9 février 2022, un tel renvoi serait sans objet. Quant au motif de la cassation, je renvoie à mes observations écrites.

Il me reste à examiner le pourvoi formé contre l'arrêt du 3 octobre 2022 renvoyant M. [P] devant la Cour de justice de la République. Un seul moyen est proposé par

le demandeur qui fait valoir que la commission d'instruction a omis de lui notifier qu'il avait le droit de se taire.

Il est indiscutable que ce droit n'a pas été notifié à M. [P] lors de l'audience. Dans ces conditions, deux questions se posent à vous. La première est de savoir si la notification s'imposait et donc si l'irrégularité est caractérisée. La seconde, qui ne se pose que si vous répondez par l'affirmative à la première, est de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, cette irrégularité est de nature à emporter l'annulation de l'arrêt attaqué.

Il ne semble pas faire de doute que la commission d'instruction aurait dû notifier à M. [P] qu'il avait le droit de se taire. Certes, les dispositions de l'article 199, alinéa 4, du code de procédure pénale, qui imposent la notification de ce droit devant la chambre de l'instruction, ne sont pas applicables de plein droit devant la commission d'instruction dès lors que la loi organique ne renvoie pas aux dispositions régissant la chambre de l'instruction et qu'en dépit de leur proximité, les deux juridictions sont différentes. Toutefois, ces dispositions constituent une sorte de standard de référence. Dans le silence de la loi organique, les suivre est la manière la plus sûre d'échapper à toute contestation susceptible d'être tirée de la violation du principe d'égalité ou du droit au procès équitable. Il me semble ainsi que c'est en définitive par le détour de ces principes supérieurs que l'article 199 pourrait recevoir application. Vous pourriez également et plus simplement vous fonder sur l'article 6 de la CESDH.

L'obligation de notifier le droit de se taire, déduite de ces principes supérieurs, ne pourrait être écartée que s'il était établi que les spécificités de la procédure suivie devant la commission d'instruction la rendent inutile. A cet égard, il pourrait être retenu que, selon cette procédure et à la différence de la procédure de droit commun, c'est une même juridiction qui, successivement, procède à l'interrogatoire de première comparution et tient l'audience sur le règlement de l'information. Au vu de certains précédents jurisprudentiels, il pourrait être tiré de cette identité que la commission d'instruction n'aurait pas à réitérer, lors de l'audience, la notification du droit de se taire qu'elle a effectuée lors de l'interrogatoire. Cependant, il me semble que les différences entre ces deux moments procéduraux, qui n'ont ni la même nature ni le même objet, justifient le renouvellement de la formalité. Je renvoie sur ce point à mes conclusions écrites. Il reste à examiner si l'irrégularité justifie la cassation de l'arrêt attaqué.

L'obligation de notifier le droit de se taire est une formalité d'intérêt privé. Autrement dit, elle est édictée exclusivement dans l'intérêt de la personne suspectée ou poursuivie. Cette analyse a d'ailleurs été récemment confortée par la CJUE qui, en réponse à une question préjudicielle posée par le tribunal correctionnel de Villefranche-sur-Saône, a dit pour droit dans un arrêt du 23 juin 2023 que le droit de l'Union ne s'opposait pas à une règlementation nationale interdisant au juge du fond de relever d'office la méconnaissance de cette obligation.

Lorsqu'une formalité est d'intérêt privé, sa méconnaissance n'est une cause de nullité que si elle a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne - autrement dit, que si elle a causé un grief. C'est la règle cardinale énoncée aux articles 171 et 802 du code de procédure pénale. S'il faut veiller à assurer l'effectivité des droits procéduraux afin qu'ils ne soient pas « théoriques ou illusoires » pour reprendre la formule de la Cour européenne des droits de l'homme, l'exigence a son envers : il est vain de sanctionner

la méconnaissance de la règle procédurale lorsqu'elle est restée sans la moindre conséquence sur l'effectivité des droits.

Cependant, la chambre criminelle juge que la violation de certaines formalités fait nécessairement grief. En ce cas, le grief - qui est dit alors intrinsèque - se confond avec l'irrégularité. Au nombre des formalités dont la violation fait nécessairement grief figure la notification du droit de se taire. La solution est appliquée par la chambre criminelle de manière constante depuis un arrêt du 8 juillet 2015. Si l'on s'en tient à ce premier constat, la solution à appliquer en l'espèce est d'une simplicité élémentaire. Le droit de se taire n'a pas été notifié. Le défaut de notification fait nécessairement grief. Dès lors l'arrêt attaqué doit être annulé.

Il ne me semble pas cependant que cette solution corresponde à l'état et à l'orientation de la jurisprudence de la chambre criminelle qui connaît en réalité d'importants tempéraments.

Depuis 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 République, il n'y a pas lieu à annulation en cas de notification tardive, lorsque le prévenu n'a pas pris la parole avant d'avoir reçu l'avertissement. La méconnaissance de la formalité n'est donc pas sanctionnée lorsqu'elle est demeurée sans conséquence et donc lorsqu'elle n'a causé aucun grief ce que la chambre criminelle exprime clairement en énonçant que la personne concernée « ne saurait alors se faire un grief » de cette méconnaissance. Il faut donc bien circonscrire le champ d'application de la solution dite du grief nécessaire.

En l'état de la jurisprudence, il me semble que cette solution a essentiellement pour objet d'évacuer toute discussion autour de l'existence du grief lorsque la personne suspecte ou poursuivie est entendue sur le fond et que le contenu de ses déclarations est inconnu ou incertain. La nullité est alors mécaniquement encourue en l'absence de notification préalable du droit de se taire. Il s'agit de couper court à de vaines discussions sur l'existence et la teneur des propos tenus. Le doute ou l'incertitude profite à la personne mise en cause.

Pour autant, le seul fait d'avoir donné la parole à celle-ci sans lui notifier préalablement qu'elle avait le droit de se taire ne suffit pas à caractériser l'existence d'un grief. Dans deux cas de figure, le grief me paraît au contraire nécessairement exclu. Il en est d'abord ainsi, conformément à la solution jurisprudentielle désormais constante, lorsque l'intéressé n'a pas parlé. Il va de soi que celui qui se tait ne peut se plaindre de ce qu'on ne lui a pas notifié qu'il en avait le droit. Mais il me paraît évident que la même solution doit être retenue lorsque l'intéressé n'a pris la parole que pour dire qu'il se tairait. C'est le bon sens. Il ne s'agit pas d'apporter à la solution jurisprudentielle des nuances de circonstances ou opportunistes mais seulement de la mettre en œuvre en en respectant l'esprit dans un cas de figure dont, à ce jour, ni la chambre criminelle ni l'Assemblée plénière n'ont eu à connaître. Bref, il ne s'agit pas de revenir sur une solution acquise en y apportant des restrictions mais au contraire d'en tirer toutes les conséquences, de la prolonger. Dans tout les cas, il importe seulement que les pièces de la procédure établissent avec certitude soit que l'intéressé n'a pas parlé soit qu'il a dit qu'il ne parlerait pas.

Tel est le cas en l'espèce comme le font apparaître les notes d'audience signées par la présidente et le greffier étant précisé que s'il est exclu de se reporter à ces notes pour contredire les mentions d'un arrêt, rien ne s'oppose à ce que vous vous y référiez pour en compléter le sens et la portée.

Il est d'abord indiqué dans ces notes que la présidente de la commission d'instruction a été entendue en son rapport, que l'avocat général a requis le renvoi de M. [P] du chef de prise illégale d'intérêts et que les *avocats de M. [B] [P] ont fait valoir leurs observations aux fins de non-lieu*. S'agissant du déroulement du réquisitoire de l'avocat général, les notes d'audience portent mention que la présidente – je cite – « *ordonne qu'il soit noté que M. [B] [P] interrompt M. [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]. De la même façon il est mentionné que durant les observations de l'un des avocats, la présidente « *ordonne qu'il soit noté que M. [B] [P] interrompt celui-ci et que ce dernier indique que cela « ne le dérange pas*» ».

Ces déclarations spontanées, faites par M. [P] pendant les réquisitions de l'avocat général et les observations de ses avocats, ne sauraient caractériser le grief attaché au défaut de notification du droit de se taire. En effet, à ce stade, M. [P] n'avait pas seulement le droit mais le devoir de garder le silence, n'ayant pas été invité à s'exprimer, ce qui lui a été rappelé par la présidente qui a tenté d'obtenir qu'il n'interrompe pas les intervenants. Au surplus, il faut souligner que c'est avec l'assentiment de son avocat que le demandeur a interrompu celui-ci. Dans ces conditions, il est difficile de soutenir que cette prise de parole spontanée serait attentatoire aux droits de la défense, quels que soient les propos ayant pu être alors tenus par l'intéressé.

En définitive, seule la dernière mention portée dans les notes d'audience suscite des interrogations. Après avoir fait état des réquisitions et observations et des incidents y étant associés, la greffière indique que – je cite - "*la parole est donnée en dernier à M. [B] [P] qui déclare seulement : « Est-ce utile ?* »".

Toute la question est de savoir si, en donnant ainsi à M. [P] la parole en dernier sans lui avoir préalablement notifié son droit au silence, la commission d'instruction a méconnu l'obligation de notifier ce droit dans des conditions faisant nécessairement grief à l'intéressé.

Pour exclure l'existence d'un grief, il ne peut être mis en avant que, par son expérience, le demandeur savait qu'il disposait du droit de se taire, même si cela ne fait guère de doute à la lecture des pièces de la procédure. La nullité ne saurait dépendre des connaissances ou compétences prêtées à la personne concernée. De même, la circonstance que l'avocat ait indiqué ne pas s'opposer à la prise de parole spontanée de M. [P] n'exclut pas le grief pouvant résulter de ce que la commission d'instruction a donné la parole à celui-ci sans lui notifier préalablement qu'il avait le droit de se taire.

En revanche, en considérant les propos tenus, l'existence d'un grief me paraît nécessairement exclue. Après que la présidente lui a donné la parole, sans lui poser aucune question, M. [P] s'est borné à répondre : "*Est-ce utile ?*" Par cette formule,

l'intéressé a clairement signifié qu'il n'entendait pas s'exprimer tout en donnant la raison de son silence : l'inutilité d'essayer de convaincre la juridiction. On ne voit pas comment la personne mise en examen qui a annoncé qu'elle ne parlerait pas pourrait se faire un grief de ce qu'on ne lui a pas notifié qu'elle avait le droit de se taire. Si M. [P] avait déclaré qu'il n'entendait faire aucune déclaration, une censure aurait été difficilement envisageable. Or, ses propos me paraissent revenir au même.

Il faut insister sur le fait qu'il est certain que M. [P] n'a tenu aucun autre propos. Les notes d'audience sont parfois incomplètes mais en l'occurrence, la greffière a bien pris soin de préciser que l'intéressé avait « seulement » dit « *Est-ce utile ?* ». Dans un arrêt du 12 juillet 2022 la chambre criminelle a précisé qu'une irrégularité devait être regardée comme faisant nécessairement grief au requérant « *lorsque la méconnaissance de la règle a irrévocablement affecté les droits de celui-ci* ». Tel ne peut pas être le cas lorsqu'il est clairement établi que ses droits n'ont pas été affectés. Dès lors que les informations portées à notre connaissance permettent d'affirmer sans le moindre doute que l'intéressé a, en réalité, exercer son droit au silence en signifiant qu'il lui paraissait inutile de parler, le rejet du moyen me paraît s'imposer. Le moyen proposé ne saurait donc emporter la cassation de l'arrêt attaqué.

Cependant, il est nécessaire de tirer les conséquences de la cassation de l'arrêt du 3 novembre 2021 statuant sur la demande d'annulation d'actes de la procédure, ce que j'ai omis de faire dans mes conclusions écrites. Conformément aux indications données lors de l'examen du pourvoi contre cet arrêt, il y aura lieu de canceller, sur le présent pourvoi, les énonciations de l'arrêt de renvoi se référant au document irrégulièrement saisi lors de la perquisition dans les locaux du ministère de la justice.

En conséquence je conclus :

1° - Au non-lieu à statuer sur le pourvoi formé contre l'ordonnance du 17 août 2021 relative à la demande tendant à l'audition du procureur général près la Cour de cassation et, à titre subsidiaire, à la cassation sans renvoi de ladite ordonnance sur le même pourvoi ;
2° - A la non-admission des pourvois formés contre les arrêts des 26 janvier 2022 et 9 février 2022 et les arrêts n^{os} 1 et 2 du 14 juin 2022 ayant statué sur les autres demandes d'actes ;
3° - A la cassation de l'arrêt du 3 novembre 2021 ayant statué sur la première requête en nullité, mais en ses seules dispositions ayant rejeté le moyen de nullité tiré de la participation de la greffière au tri de documents au cours de la perquisition du 1er 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 ;
4° - A la cassation de l'arrêt n° 3 du 14 juin 2022 ayant statué sur la seconde requête en nullité, la cassation pouvant être prononcée sans renvoi après qu'en application du même article du code de l'organisation judiciaire, vous aurez déclaré cette requête irrecevable ;
5° - A la cassation de l'arrêt de renvoi du 3 octobre 2022 mais en ses seules énonciations faisant référence au document placé sous le scellé n° DIRCAB ADJ 10,

toutes autres dispositions étant expressément maintenues, la cassation pouvant être prononcée sans renvoi après que vous aurez procédé à la cancellation de ces énonciations.