



COUR DE CASSATION

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

Arrêt n° 664 du 20 janvier 2023 – Assemblée plénière

Pourvoi n° 22-82.535

Décision attaquée : Arrêt de la Commission d’instruction de la Cour de justice de la République du 15 avril 2022

Mme [L] [P]

C/

PLAN

- Faits et procédure

1.- SUR LA NULLITE DE LA MISE EN EXAMEN (1ER MOYEN)

1.1.- Le délit de risques causés à autrui

1.1.1.- *Fondement, raison d'être et éléments constitutifs du délit*

1.1.2.- *Absence de dispositions dérogatoires applicables aux décideurs publics*

1.2.- Contestation de l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité

1.2.1.- *Motifs de l'arrêt attaqué*

1.2.2.- *Critique tirée d'un excès de pouvoir (1^{ère} branche)*

1.2.2.1.- *Position de la question : appréciation de l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité au stade de la mise en examen*

1.2.2.2.- *Principe : suffisance d'indices graves ou concordants pour justifier la mise en examen*

1.2.2.3.- *Limite : nécessité d'établir l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité, condition préalable du délit*

1.2.2.4.- *Appréciation des motifs de l'arrêt attaqué*

1.2.3.- *Critique tirée de l'absence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité (2^{ème} branche)*

1.2.3.1.- *Notion d'obligation particulière*

1.2.3.2.- *Applications dans la jurisprudence de la chambre criminelle*

- a) *Cas où l'existence d'une obligation particulière a été admise*
- b) *Cas où l'existence d'une obligation particulière a été exclue*

1.2.3.3.- *Une obligation particulière ne se retrouvant pas dans les textes en débat*

- a) *Textes notifiés lors de l'interrogatoire de première comparution*
- b) *Textes complémentaires cités par l'arrêt attaqué*
- c) *Observations générales*

1.2.3.4.- *Irrégularité de la mise en examen en l'absence d'obligation particulière de prudence ou de sécurité susceptible d'avoir été méconnue*

- a) *Constat de l'irrégularité et portée du constat*

b) Inopportunité d'un élargissement de la notion d'obligation particulière

1.2.4.- Observations sur la proposition de cassation

2.- SUR LE DEPASSEMENT DE SAISINE (2^{EME} ET 3^{EME} MOYENS)

2.1.- Données de la question

2.1.1.- Saisine in rem et in personam de la commission d'instruction

2.1.2.- Délimitation, en l'espèce, de la saisine de la commission d'instruction

2.1.3.- Etendue du contrôle de cassation en matière de dépassement de saisine

2.2.- Grief tiré du dépassement, par la commission, de sa saisine temporelle (2^{ème} moyen)

2.2.1.- Limite temporelle de la saisine et articulation du grief devant la commission

2.2.2.- Un dépassement de saisine demeurant, dans la requête en nullité, à l'état d'allégation

2.2.3.- Un dépassement de saisine ne résultant pas des motifs critiqués au moyen

2.2.3.1.- Appréhension globale de la crise sanitaire et dépassement de saisine (1^{ère} branche)

2.2.3.2.- Investigations non coercitives et dépassement de saisine (2^{nde} branche)

2.3.- Grief tiré du dépassement, par la commission, de sa saisine matérielle (3^è moyen)

2.3.1.- Délimitation du champ de la contestation quant aux expertises

2.3.1.1.- Contestation de l'ordonnance aux fins d'expertise relative à [S] [I]

2.3.1.2.- Contestation d'ordonnances aux fins d'expertise non encore versées au dossier

2.3.1.3.- Limitation de la discussion à l'ordonnance d'expertise relative à [S] [I]

2.3.2.- Appréciation du grief tiré d'un défaut de réponse (1^{ère} branche)

2.3.3.- Appréciation du grief tiré d'un excès de pouvoirs (2^{ème} et 3^{ème} branches)

2.3.3.1.- Critiques articulées au moyen

2.3.3.2.- Appréciation du moyen

a) La commission d'instruction n'a pas le pouvoir d'instruire du chef d'homicide involontaire

b) L'expertise litigieuse est en relation avec les délits de mise en danger d'autrui ou d'abstention de combattre un sinistre

3.- SUR LA MECONNAISSANCE DE L'EXIGENCE DE COLLEGIALITE (4^{EME} MOYEN)

3.1.- Champ de l'exigence de collégialité devant la commission d'instruction

3.1.1.- Principe : faculté de déléguer l'exécution des actes d'investigation

3.1.2.- Exception pour les auditions ou interrogatoires de membres du Gouvernement

3.2.- Solution retenue par l'arrêt attaqué et critique articulée au moyen

3.2.1.- Irrégularité des auditions non collégiales de membres du Gouvernement

3.2.2.- Rejet de la demande d'annulation des auditions en l'absence de grief

3.2.3.- Critique articulée au moyen

3.3.- Appréciation du moyen

3.3.1.- Méthodologie élaborée par la chambre criminelle

3.3.2.- Détermination du régime de la nullité des auditions litigieuses

3.3.2.1.- Position de la question

3.3.2.2.- Application du régime des nullités d'ordre public et indifférence du grief

3.3.2.3.- Observation sur la proposition de cassation

4.- PROPOSITION FINALE DE CASSATION SANS RENVOI SUR LES PREMIER ET QUATRIEME MOYENS

Faits et procédure

Au début de l'année 2020, la pandémie de covid-19, causée par la propagation du virus SARS-CoV-2 apparu en Chine à la fin de l'année 2019, s'est étendue à l'Europe qui en est devenue l'épicentre, provoquant, notamment en France, une crise sanitaire d'une ampleur et d'une gravité exceptionnelles.

L'insuffisance des produits et matériels de protection, le retard dans la mise en oeuvre des mesures sanitaires ou leur inadéquation ont fait l'objet de critiques qui ont déterminé la recherche des causes et d'éventuelles responsabilités. Au sein de l'Assemblée nationale et du Sénat ont été constituées, respectivement, une mission d'information et une commission d'enquête chargées l'une et l'autre d'évaluer la gestion de la crise par les pouvoirs publics. Leurs rapports ont été déposés à la fin de l'année 2020¹. Par ailleurs, au-delà de l'abondant contentieux suscité par les dispositions réglementaires prises pour cantonner la pandémie ou faire face à ses conséquences, la responsabilité de l'Etat a été recherchée devant le juge administratif². Enfin, de nombreuses plaintes ont été portées devant le juge pénal. Certaines, dirigées contre des fonctionnaires et structures publiques nationales, ont donné lieu à l'ouverture d'informations au tribunal judiciaire de Paris. D'autres, dirigées contre des membres ou anciens membres du Gouvernement, ont été portées devant la commission des requêtes de la Cour de justice de la République ou transmises à celle-ci.

Sur décision de la commission des requêtes prise en application de l'article 16 de la loi organique du 23 novembre 1993³ et conformément à l'article 19 de la même loi, le procureur général près la Cour de cassation a saisi la commission d'instruction de la Cour de justice de la République d'un réquisitoire du 7 juillet 2020, aux fins d'informer contre M. [F] [O], Premier ministre du 15 mars 2017 au 3 juillet 2020, Mme [L] [P], ministre des solidarités et de la santé du 17 mai 2017 au 16 février 2020, et son successeur, M. [Z] [U], du chef du délit d'abstention de combattre un sinistre, prévu à l'article 223-7 du code pénal, pour des faits qui auraient été commis "courant 2019 et 2020".

Ultérieurement, la commission des requêtes, examinant de nouvelles plaintes, a pris cinq décisions tendant à l'extension des poursuites initiales aux faits dénoncés par les plaignants. Ces décisions ont été suivies de la délivrance, par le procureur général, de cinq réquisitoires supplétifs en date des 22 octobre 2020, 17 décembre 2020, 9 juillet 2021, 12 juillet 2021 et 21 octobre 2021.

Pour justifier tant sa décision initiale que ses décisions ultérieures aux fins de poursuites, la commission des requêtes a exposé, en substance, dans chacune d'elles, que, s'ils étaient établis, «*l'absence de constitution de réserves de matériel de protection malgré*

¹ Rapport n° 3633 du 2 décembre 2020 de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid 19 (M. Julien Borowczyk, président et M. Eric Ciotti, rapporteur) ; Rapport n° 199 du 8 décembre 2020 de la commission d'enquête du Sénat pour l'évaluation des politiques publiques face aux grandes pandémies à la lumière de la crise sanitaire de la covid-19 et de sa gestion (M. Alain Milon, président, Mme Catherine Deroche, M. Bernard Jomier et Mme Sylvie Vermeillet, rapporteurs).

² Par un jugement du 28 juin 2022 (n° 2012679/6-3), le tribunal administratif de Paris a retenu en substance que l'Etat avait commis une faute en ne prévoyant pas un stock suffisant de masques respiratoires et en affirmant que ces masques étaient inutiles, considérant toutefois que le lien de causalité entre cette faute et la contamination de telle personne n'était pas établi.

³ Loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République

les préconisations d'autorités de santé et l'avis d'experts de mai 2019, le défaut de commandes immédiates de matériels en nombre suffisants» ainsi que «les éventuels retards dans la prise de décisions en matière sanitaire et en ce qui concerne le confinement, ainsi que la tenue des élections municipales⁴, seraient susceptibles de constituer l'élément matériel du délit». Elle a précisé que ces faits seraient susceptibles d'être reprochés, notamment, «aux ministres des solidarités et de la santé successifs auxquels les articles L. 1413-4 et L. 13131-1 du code de la santé publique confèrent des pouvoirs particuliers face aux menaces sanitaires graves». Ces motifs ont été reproduits dans les réquisitoires, aux fins d'informer et supplétifs, du procureur général.

L'interrogatoire de première comparution de Mme [P] s'est tenu le 10 septembre 2021. A l'issue, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, appréhendant les faits sous une qualification différente de celle retenue par la commission des requêtes et le procureur général, a mis en examen l'intéressée du chef du délit de mise en danger délibérée d'autrui, prévu à l'article 223-1 du code pénal. Elle l'a placée sous le statut de témoin assisté du chef du délit d'abstention de combattre un sinistre, seul visé par la poursuite.

Par une requête présentée le 9 mars 2022 sur le fondement de l'article 173 du code de procédure pénale, Mme [P] a saisi la commission d'instruction aux fins d'annulation d'un certain nombre d'actes de la procédure, dont sa mise en examen. Cette requête a été rejetée par la commission d'instruction par arrêt du 15 avril 2022.

Mme [P] a formé contre cet arrêt un pourvoi dont l'examen immédiat a été prescrit par ordonnance de la première présidente de la Cour de cassation en application des articles 570 et 571 du code de procédure pénale.

Précisons que, dans la même information, vous avez déjà été saisis par Mme [P] d'un pourvoi dirigé contre une décision par laquelle la présidente de la commission d'instruction avait rejeté une demande, présentée sur le fondement de l'article 161-1 du code de procédure pénale, tendant à la suppression d'une mission d'expertise dont la requérante estimait qu'elle était étrangère aux faits, objet de la poursuite. Toutefois, vous n'avez pas eu à apprécier le bien-fondé de cette contestation. Par arrêt du 26 avril 2022⁵, vous avez censuré la décision de la présidente de la commission d'instruction au motif que, présentant un caractère juridictionnel, elle aurait dû être rendue collégalement, conformément aux dispositions de la loi organique du 23 novembre 1993. Le premier président de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu à examen immédiat du pourvoi formé contre l'arrêt du 30 juin 2022 rendu sur renvoi après cassation, par la commission d'instruction autrement présidée.

A l'appui du présent pourvoi, représentée par la SCP Waquet, Farge et Hazan, Mme [P] a déposé un mémoire proposant quatre moyens de cassation. Le premier est dirigé contre les motifs par lesquels la commission d'instruction a refusé d'annuler sa mise en examen. Dans les deuxième et troisième, la demanderesse critique le rejet de son argumentation tirée de ce que la commission d'instruction aurait excédé les limites de sa saisine. De ce chef, elle reproche, notamment, à la commission d'instruction d'avoir refusé d'annuler l'expertise qui, dans un cadre procédural différent, avait fait l'objet de sa précédente contestation. Dans son quatrième moyen de cassation, Mme [P] critique le refus de la commission d'instruction d'annuler les auditions comme témoins de plusieurs

⁴ dont le premier tour s'est déroulé le 15 mars 2020.

⁵ Ass. plén., 26 avril 2022, n° 21-86.158, P.

membres du Gouvernement, effectuées sans qu'ait été respecté le principe de collégialité.

Avant d'examiner ces quatre moyens, rappelons qu'en application de l'article 18 de la loi organique précitée «*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*». Ce principe est énoncé sous réserve des dérogations résultant de la loi organique dont la principale tient à l'absence de juridiction d'instruction du second degré. Conformément à l'article 23 de la loi, c'est devant la commission d'instruction elle-même que sont portées les requêtes tendant à l'annulation des actes de la procédure qu'elle a accomplis ou fait accomplir. Pour écarter le grief tiré de ce qu'un tel dispositif méconnaîtrait les garanties de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, vous avez posé en principe que la commission d'instruction se prononce alors "*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*"⁶.

L'extension de votre contrôle aux éléments factuels est donc destinée à compenser l'atteinte aux exigences du procès équitable - notamment au principe d'impartialité - résultant de ce que la commission d'instruction examine la régularité de ses propres actes. En tout état de cause en droit commun, la chambre criminelle assure un contrôle étendu en matière de contentieux des nullités. En cette matière, elle rappelle avec constance qu'elle a "*le contrôle des actes de la procédure*" et substitue ainsi fréquemment son appréciation à celle de la chambre de l'instruction, que ce soit pour conforter la solution retenue par elle, pallier ses carences ou la censurer⁷. L'exigence d'un contrôle "en fait" est donc largement satisfaite par les solutions communes. Elle devrait toutefois vous conduire à intégrer dans le champ du contrôle les quelques éléments dont l'analyse relève, en droit commun, de l'appréciation souveraine des juges du fond. Pour autant, ce contrôle étendu s'exerce dans le cadre des dispositions relatives au pourvoi en cassation et selon la technique propre à ce recours. C'est à la lumière de cette observation générale que seront examinés les moyens proposés.

1.- Sur la nullité de la mise en examen (1er moyen)

Aux termes de l'article 80-1 du code de procédure pénale : "*à peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi*". Sur le fondement de ces dispositions, Mme [P] a demandé à la commission d'instruction d'annuler sa mise en examen, soutenant qu'à la date de celle-ci, il ne résultait pas de l'information des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu commettre le délit de mise en danger d'autrui prévu à l'article 223-1 du code pénal.

Dans son premier moyen de cassation en trois branches, tiré de la violation des articles 80-1 du code de procédure pénale et 223-1 du code pénal, la demanderesse reproche à

⁶ Ass. plén., 6 juin 2003, n° 01-87.092, 03-80.734, B. n° 2 ; Ass. plén., 13 mars 2020, n° 19-86.609, P.

⁷ Pour ne citer que quelques arrêts récents : Crim., 25 oct. 2022, n° 22-81.466, § 13 ; Crim., 13 sept. 2022, n° 21-87.452, § 9 ; Crim., 31 mai 2022, n° 21-86.657, § 11 ; Crim., 20 avril 2022, n° 21-85.142, § 18 ; Crim., 5 avr. 2022, n° 21-84.630, § 10.

la commission d'instruction d'avoir rejeté sa demande alors qu'elle n'avait pas suffisamment caractérisé à son encontre "*la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement*", constitutive du délit reproché.

1.1.- Le délit de risques causés à autrui

1.1.1.- Fondement, raison d'être et éléments constitutifs du délit

Sous la qualification de risques causés à autrui, l'article 223-1 du code pénal punit d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende "*le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement*". Le délit est plus communément qualifié de "mise en danger d'autrui", dénomination inspirée de l'intitulé du chapitre qu'il introduit.

Ce délit non intentionnel est l'une des principales innovations issues de la réforme du code pénal et l'une de celles qui ont suscité le plus de débats au Parlement. Le législateur a estimé que certaines fautes non intentionnelles, qualifiées au deuxième alinéa de l'article 121-3 du code pénal, de "*mise en danger délibérée de la personne d'autrui*", revêtaient une particulière gravité en ce qu'elles manifestaient un mépris de la norme de conduite en même temps qu'une forme d'indifférence à l'égard de la vie d'autrui. Une telle faute se distingue de la faute intentionnelle, évoquée au premier alinéa de l'article 121-3, en ce que son auteur n'a pas recherché un résultat dommageable. Mais elle se distingue de l'imprudence "ordinaire", définie au troisième alinéa du même article, en ce qu'il a délibérément méconnu une norme tendant à assurer la sécurité d'autrui. Elle se situe donc au sommet de l'échelle de gravité des fautes non intentionnelles.

La faute non intentionnelle qu'on pourrait qualifier d'ordinaire est constituée à l'article 121-3, alinéa 3, par le triptyque classique que forment l'imprudence, la négligence et le manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement. Ce triptyque devient toutefois pentaptyque aux articles réprimant l'homicide et les blessures involontaires, qui ajoutent à l'énumération la maladresse et l'inattention⁸. La faute désignée à l'article 121-3, alinéa 2, sous l'expression générique de mise en danger délibérée d'autrui trouve quant à elle sa définition développée dans les dispositions du quatrième alinéa du même article subordonnant à la caractérisation d'une faute non intentionnelle d'une particulière gravité la mise en cause de la responsabilité pénale de celui qui n'est que l'auteur indirect d'un dommage. Aux termes de ces dispositions, la gravité de la faute peut alors résulter, notamment, de ce que l'intéressé a commis une "*violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement*"⁹. C'est la définition même de la faute de mise en danger délibérée. Elle se distingue sur deux points du "*manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement*" qui constitue l'une des variantes de la faute ordinaire : d'une part, le manquement doit être *manifestement délibéré* et, d'autre part, il doit porter sur une *obligation particulière*.

⁸ voir, pour l'homicide involontaire, art. 221-6, alinéa 1er, CP et, pour les blessures involontaires, art. 222-19, al. 1^{er} et R. 625-2 CP.

⁹ L'autre faute susceptible d'engager la responsabilité pénale de l'auteur indirect est la "*faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité*" que son auteur ne pouvait ignorer.

La faute de mise en danger ainsi définie est par ailleurs érigée en circonstance aggravante de l'homicide et des blessures involontaires¹⁰. Surtout, le législateur l'a incriminée à l'article 223-1 du code pénal même en l'absence de résultat dommageable dès lors qu'elle a eu pour effet *“d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente”*¹¹. En érigeant cette faute en circonstance aggravante des atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne et en élément constitutif du délit de mise en danger, le législateur a entendu renforcer la prévention et la répression de *“la délinquance homicide de masse”* pour reprendre les termes de l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes¹².

Sous cette expression, le législateur désignait principalement, si ce n'est exclusivement, la délinquance routière et les accidents du travail, ce dont témoignent abondamment les travaux préparatoires¹³. A leur lecture, l'incrimination du délit de mise en danger apparaît comme une manière d'aggraver la répression assurée par le code de la route ou le code du travail en cas de violation de la réglementation en matière de circulation routière ou de sécurité des travailleurs lorsque le manquement a été *“manifestement délibéré”* et que, compte tenu des circonstances de sa commission, il a exposé autrui à un risque de mort ou de blessures graves dans les conditions prévues à l'article 223-1.

Les parlementaires se sont cependant inquiétés des possibles dérives répressives auxquelles était susceptible de donner lieu cette incrimination nouvelle, jugée *“d'application périlleuse”*¹⁴ dès lors que la répression n'est plus liée à la constatation objective d'un résultat dommageable. Ils ont insisté sur la nécessité d'en circonscrire strictement le champ afin d'éviter une pénalisation excessive de la vie économique et sociale. Il va de soi que le délit de *“mise en danger d'autrui”* ne peut être réduit à son intitulé : il ne consiste pas simplement à mettre en danger autrui. Chaque élément de sa définition complexe doit être caractérisé. Conformément à la volonté du législateur, la chambre criminelle y veille strictement. Devant elle, la discussion peut porter sur l'existence du risque ou la délicate question du lien de causalité. Mais souvent est en débat l'existence de la faute elle-même et donc de la *violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement*. Tel est le cas en l'espèce.

1.1.2.- Absence de dispositions dérogatoires applicables aux décideurs publics

¹⁰ art. 221-6, alinéa 2, 222-19, alinéa 2, 222-20 et R. 625-3 du CP - v. également en matière d'atteinte aux biens : art. 322-5 CP relatif à la dégradation par l'effet d'un incendie ou d'une substance explosive.

¹¹ La définition de la faute de mise en danger qui connaissait à l'origine des variations peu compréhensibles selon qu'elle était l'élément constitutif du délit de l'article 223-1 ou la circonstance aggravante de l'homicide et des blessures involontaires a été harmonisée par les lois n° 2000-647 du 10 juillet 2000 et, sur un point rédactionnel, n° 2011-525 du 17 mai 2011.

¹² devenu loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 dont est issu l'article 223-1.

¹³ Ch. Jolibois, Rapp. CL Sénat, n° 295, 18 avr. 1991, p. 19 et 99-100 ; n° 485, 24 sept. 1991, p. 129, 133 ; JO Sénat, 1991, p. 812 à 818 ; JO Sénat, 1991 2611 à 2615 ; M. Pezet, rapp. CL AN, n° 2121, 13 juin 1991, p. 129-133 ; n° 2392, 28 nov. 1991, p. 53 et 54 ; JO AN 1991, p. 3506, 3507.

¹⁴ Ch. Jolibois, rapp. préc. n° 295, p. 19.

Bien que ce point ne soit pas discuté, précisons encore que les conditions de mise en oeuvre de cette incrimination à l'égard des ministres sont celles du droit commun.

On sait que la responsabilité pénale des décideurs publics du chef d'infractions non intentionnelles fait l'objet de débats récurrents, ravivés récemment par l'exercice de poursuites contre plusieurs ministres et fonctionnaires - pour les premiers, dans la présente procédure - en raison des manquements qu'ils auraient commis dans la gestion de la crise sanitaire. De nombreuses études et réflexions témoignent de l'intensité de ces débats et mettent en évidence la sensibilité et la complexité des questions soulevées qui débordent assez largement le champ juridique¹⁵. Le thème a par ailleurs donné lieu à plusieurs études du Conseil d'Etat¹⁶ et déterminé quelques interventions du législateur. L'objectif de celui-ci est de concevoir un dispositif qui permette de prendre en compte la spécificité de la décision publique afin d'éviter qu'elle ne soit inhibée par la crainte de poursuites pénales, tout en veillant à ce que l'élaboration de règles spécifiques n'emporte pas une rupture du principe d'égalité devant la loi. A cet effet, plusieurs modifications ont été apportées à l'article 121-3 du code pénal de manière à mieux définir les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des auteurs d'infractions non intentionnelles. Elles prévoient la modulation de ces conditions en fonction de critères permettant de prendre en compte les contraintes spécifiques pesant sur les décideurs.

Toutefois, si l'application de l'article 223-1 du code pénal s'inscrit nécessairement dans le cadre des dispositions générales de l'article 121-3 du même code relatives à la définition de la faute non intentionnelle, les modulations prévues par ce second texte, en ses troisième et quatrième alinéas, n'affectent guère la caractérisation du délit prévu par le premier en raison de la spécificité de ses éléments constitutifs.

En son troisième alinéa, l'article 121-3 du code pénal invite le juge saisi de poursuites du chef d'infractions non intentionnelles à apprécier si l'auteur des faits a "*accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait*"¹⁷.

Bien qu'elles soient de portée générale, ces dispositions ont été inspirées par la volonté de cantonner la responsabilité pénale des décideurs en mettant en avant la nécessité de prendre en compte *in concreto* leur situation particulière. La portée de l'exigence apparaît cependant assez limitée en cas de poursuites pour mise en danger délibérée d'autrui sur le fondement de l'article 223-1 du code pénal, compte tenu de la gravité de la faute constitutive de ce délit. On conçoit en effet difficilement que celui qui a violé "*de manière*

¹⁵ Pour en donner un aperçu, on peut évoquer le rapport d'information du Sénat n° 592 du 29 mars 2022 sur le thème : "*La judiciarisation de la vie publique*" (Pdte Mme Cécile Cukierman ; Rapp. M. Ph. Bonnecarrère), les nombreuses contributions réunies dans les numéros 177 et 178 de la revue Commentaire (printemps/été 2022) sous l'intitulé "*Enquête sur le pouvoir judiciaire*" ou encore celles réunies dans l'édition du 11 octobre 2022 de la revue Acteurs Publics sur le thème "*Les décideurs publics face au risque pénal*" - v. aussi, parmi les très nombreuses études plus juridiques : R. Mésa, *La responsabilité pénale du maire en cas de menace sanitaire*, SJ Adm. et collec. terr., 2020, 2172 ; D. Viriot-Barrial, "*Le pénal dans tous ses états. Au coeur de la crise sanitaire*", RDSS, 2020, p. 543 ; X. Bioy, *La santé dans la séparation des pouvoirs*, RDSS 2021, p. 43 ; R. Pellet, *La défiance, du sanitaire au social*, RDSS 2021, p. 143 ou encore les actes du colloque tenu le 19 février 2021 sur le thème : "Justice, responsabilité et contrôle de la décision publique : leçon de crise", spéc. D. Viriot-Barrial, "*La responsabilité pénalo-politique des gouvernants en cas de crise sanitaire : mythe ou défi ?*", DICE Editions, p. 135.

¹⁶ Pour ne citer que des rapports récents : *La prise en compte du risque dans la décision publique*, DF 2018, spéc. p. 60-75 ; *Les états d'urgence et la démocratie*, Etude annuelle 2021, spéc. § 2.1.3.2, p. 123 s. et § 3.3.2.4, p. 179 s.

¹⁷ Dispositions issues de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence.

manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité” puisse être considéré comme ayant accompli des diligences normales. Pour autant, l’article 121-3, alinéa 3, ne peut être regardé comme étant sans application : à tout le moins, une analyse des compétences, du pouvoir et des moyens de la personne mise en cause demeure nécessaire pour déterminer si le manquement lui est imputable.

Ajoutons que, pour répondre à l’inquiétude suscitée chez les responsables publics par l’exposition de leur responsabilité pénale dans le contexte de la crise sanitaire, le législateur a introduit à l’article L. 3136-2 du code de la santé publique des dispositions aux termes desquelles : *"L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur"*¹⁸. Comme l’a relevé le Conseil constitutionnel¹⁹, cet article, qui n’est qu’une application particulière de la règle inscrite à l’article 121-3, alinéa 3, n’y ajoute rien, comme c’est le cas d’ailleurs d’autres déclinaisons de celle-ci figurant dans des textes spécifiques, relatifs aux fonctionnaires, aux militaires ou encore aux chefs d’exécutifs locaux²⁰.

Les dispositions du quatrième alinéa de l’article 121-3 du code pénal ont été également inspirées, en dépit de la généralité de leurs termes, par la volonté de mieux encadrer les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité pénale des décideurs, notamment publics, en matière d’infractions non intentionnelles. Issues de la loi dite Fauchon du 10 juillet 2000²¹, elles subordonnent à la démonstration d’une faute d’une gravité particulière - qui peut être soit une faute dite délibérée soit une faute dite caractérisée²² - la responsabilité pénale des personnes qui n’ont pas causé directement le dommage, situation correspondant, notamment, à celle des décideurs lorsque leur responsabilité pénale est recherchée du chef d’homicide ou blessures involontaires à raison de défaillances dans l’exercice de leurs fonctions. Un consensus semble aujourd’hui s’être établi pour considérer que le législateur est ainsi parvenu à un dispositif équilibré permettant de cantonner la responsabilité pénale des décideurs publics dans de justes limites.

Toutefois, les dispositions considérées, qui ne visent que les infractions non intentionnelles ayant causé un dommage, ne sont pas applicables au délit de mise en danger d’autrui, caractérisé par la seule exposition d’autrui à un risque. En tout état de cause, les éléments constitutifs du délit ne se prêtent pas à la modulation qu’elles prévoient. Selon l’article 223-1 du code pénal, le délit n’est constitué que si le lien de causalité entre la faute et l’exposition au risque est direct. Surtout, la faute doit consister en *“la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement”*. Est ainsi exigée, dans tous les cas, la faute la

¹⁸ Dispositions issues de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l’état d’urgence sanitaire et complétant ses dispositions

¹⁹ Déc. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, pt 12 s.

²⁰ v. pour les fonctionnaires : Loi n° 83-634 du 11 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 11 bis A ; pour les militaires : art. L. 4123-11 du code de la défense ; pour les chefs d’exécutifs locaux et leurs délégataires : art. L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 CGCT.

²¹ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels

²² La faute doit avoir consisté soit dans le fait d’avoir *“violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement”*, soit dans le fait *“d’avoir commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d’une particulière gravité qu’elles ne pouvaient ignorer”*.

plus grave dans la hiérarchie des fautes non intentionnelles définies par le code pénal. Elle correspond à l'une des deux requises à l'article 121-3, alinéa 4, du code pénal pour que soit engagée, en matière d'homicide ou de blessures involontaires, la responsabilité pénale de l'auteur indirect du dommage.

Parmi les décideurs publics, les ministres occupent une place singulière. En leur qualité de membres du Gouvernement, ils participent à la détermination et à la conduite de la politique de la Nation, pour reprendre les termes de l'article 20 de la Constitution. Comme l'a relevé le Conseil d'Etat, les actes qu'ils accomplissent dans leurs fonctions s'inscrivent parfois dans des processus complexes de choix de politique publique susceptibles d'être constitutifs d'infractions involontaires²³. Ce constat a déterminé le Gouvernement à déposer, en 2018 et 2019²⁴, deux projets de loi constitutionnelle, le premier ayant été retiré, comportant les mêmes dispositions relatives à la responsabilité pénale des membres du Gouvernement. Aux termes de ces dispositions, appelées à figurer à l'article 68-1 de la Constitution, cette "*responsabilité ne peut être mise en cause à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur était directement et personnellement imputable*". Si, n'ayant pas été soumises à la discussion parlementaire, elles ne font pas partie du droit positif, on ne peut en ignorer l'existence. Le comité des Etats généraux de la justice a émis quelques doutes sur leur portée, relevant que l'ajustement qu'elles prévoient revient, pour l'essentiel, à rappeler le principe du caractère personnel de la responsabilité pénale figurant à l'article 121-1 du code pénal²⁵. Quoi qu'il en soit, cela ne retire rien à la force des raisons qui ont déterminé le projet de réforme. La circonstance que les fonctions ministérielles s'inscrivent dans le cadre de l'article 20 de la Constitution constitue une spécificité qui doit nécessairement être prise en compte dans l'appréciation de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement.

1.2.- Contestation de l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité

A la suite de ce bref rappel, il convient d'examiner les deux premières branches du premier moyen critiquant les motifs par lesquels la commission d'instruction a écarté l'argumentation de Mme [P] qui soutenait qu'aucun des textes qu'il lui était reproché d'avoir méconnus ne comportait l'énoncé d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité dont, aux termes de l'article 223-1 du code pénal, seule la violation est susceptible de constituer le délit.

1.2.1.- Motifs de l'arrêt attaqué

Pour écarter cette argumentation²⁶, la commission d'instruction a tout d'abord rappelé la teneur des deux textes mentionnés lors de l'interrogatoire de première comparution de l'intéressée, soit l'article L. 1110-1 du code de la santé publique et le décret n° 2017-1076 du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre de la santé. Elle a par ailleurs considéré que pouvaient également être mis en avant les articles L. 3131-1 et L. 1413-4

²³ CE, avis, 20 juin 2019, n° 397908, pt 25

²⁴ Projet de loi constitutionnelle n° 911 pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, déposé le 9 mai 2018 et retiré par le Gouvernement ; Projet de loi constitutionnelle n° 2203 pour un renouveau de la vie démocratique, déposé le 29 août 2019

²⁵ Rapport, avr. 2022, § 2.1.3.2, B, p. 125

²⁶ Arrêt, § 4.2.1, p. 14

du même code, cités par la commission des requêtes dans son avis favorable à des poursuites du chef d'abstention de combattre un sinistre. Enfin, elle a évoqué les articles L. 1141-1 et L. 1142-8 du code de la défense.

La commission d'instruction a ensuite rappelé la définition prétorienne de l'obligation particulière de sécurité, soulignant que l'objet de l'instruction était précisément de vérifier l'existence des éléments constitutifs de l'infraction et donc d'une telle obligation. Elle a considéré qu'en raison des attributions de Mme [P], telles qu'elles ressortent notamment du décret d'attribution, les carences, objet de la poursuite, étaient susceptibles de lui être imputées. La commission d'instruction a établi par ailleurs un rapprochement avec la solution retenue dans l'affaire dite du sang contaminé. Elle a relevé que le ministre de la santé de l'époque avait été renvoyé devant la Cour de justice de la République pour ne pas avoir pris les mesures réglementaires que lui imposaient ses attributions.

1.2.2.- Critique tirée d'un excès de pouvoir (1^{ère} branche)

1.2.2.1.- Position de la question : appréciation de l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité au stade de la mise en examen

A la première branche de son premier moyen de cassation, la demanderesse soutient *“qu'en affirmant qu'il lui appartient de rechercher si une (...) obligation particulière existe mais en omettant de la caractériser de façon suffisamment vraisemblable et ainsi de vérifier si des indices graves ou concordants justifient la mise en examen de ce chef, la commission d'instruction a excédé ses pouvoirs et violé les articles 80-1 du code de procédure pénale et 223-1 du code pénal”*.

La demanderesse pose ainsi la question de l'étendue des pouvoirs de la commission d'instruction lorsqu'elle est appelée à apprécier, en vue d'une éventuelle mise en examen du chef de mise en danger d'autrui, l'existence d'une obligation particulière de prudence et de sécurité prévue par la loi ou le règlement que suppose l'incrimination. De la réponse à cette question dépend d'ailleurs l'étendue de votre propre contrôle sur la motivation de l'arrêt attaqué.

Etant nommément visée dans le réquisitoire introductif et se trouvant donc accusée au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Mme [P] devait nécessairement bénéficier des droits de la défense et ne pouvait donc pas être entendue comme simple témoin. C'est le sens de l'article 113-1 du code de procédure pénale, aux termes duquel : *“Toute personne nommément visée par un réquisitoire introductif (...) et qui n'est pas mise en examen ne peut être entendue que comme témoin assisté”*. Toute la question est de déterminer les critères selon lesquels la juridiction d'instruction peut choisir entre l'octroi du statut de témoin assisté et la mise en examen.

1.2.2.2.- Principe : suffisance d'indices graves ou concordants pour justifier la mise en examen

En son dernier alinéa, l'article 80-1 du code de procédure pénale dispose que *“le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen de la personne que s'il estime ne pas pouvoir recourir à la procédure de témoin assisté”*. Le statut de mis en examen est donc voulu subsidiaire, bien qu'il assure une protection plus large des droits de la défense, en raison de l'atteinte qu'il est susceptible de porter à la réputation de la personne. La faveur dont bénéficie le statut de témoin assisté se traduit par le fait que, quels que soient le nombre et la gravité des indices de culpabilité pesant sur la personne mise en cause, l'annulation n'est jamais encourue lorsqu'elle est entendue comme tel. L'inverse

n'est pas vrai. Aux termes du premier alinéa de l'article 80-1 du code de procédure pénale, une personne ne peut être mise en examen que s'il existe à son encontre des "*indices graves ou concordants*" rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer à la commission de l'infraction, objet de la poursuite. En l'absence de tels indices, la mise en examen est nulle.

Toutefois, la prééminence souhaitée du statut de témoin assisté ne se traduit pas autrement. Si des indices graves ou concordants sont réunis, la liberté du juge est totale. Dans un tel cas de figure, aucune disposition, autre que celles, incitatives, du dernier alinéa de l'article 80-1, n'énonce de critères objectifs qui devraient guider son choix. Le comité des Etats généraux de la justice propose une évolution du droit sur ce point en excluant toute mise en examen avant le terme de l'information dès lors qu'aucune mesure coercitive ne s'impose. Mais tel n'est pas - ou pas encore - l'état du droit.

La chambre criminelle juge avec constance que, sous réserve qu'elle se détermine par des motifs exempts d'insuffisance ou de contradiction et exempts d'erreur de droit, la chambre de l'instruction apprécie souverainement l'existence et la valeur probatoire des éléments de fait susceptibles de constituer les indices graves ou concordants retenus pour fonder la mise en examen²⁷. En revanche, la qualification qu'elle donne aux indices n'échappe pas à son contrôle. Elle vérifie que les éléments factuels tirés du dossier, tels qu'ils ont été souverainement appréciés par la chambre de l'instruction, sont de nature à justifier la mise en examen²⁸.

En pratique, la réponse est presque toujours affirmative. Au stade de l'instruction, la vérité étant en construction, il ne s'agit pas de caractériser l'infraction de manière parfaite, en tous ses éléments puisque c'est précisément l'objet des investigations. La vraisemblance de l'implication suffit à justifier la mise en examen. Il est ainsi assez rare que la chambre criminelle censure une chambre de l'instruction ayant estimé suffisants les indices réunis. Il lui arrive plus souvent de censurer des décisions d'annulation de mises en examen motivées par l'insuffisance de ces indices²⁹.

1.2.2.3.- Limite : nécessité d'établir l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité, condition préalable du délit

Il faut distinguer, parmi les éléments nécessaires à la caractérisation de l'infraction entre ceux qui se rattachent à l'élément légal et ceux qui correspondent aux éléments constitutifs définis par ce texte.

²⁷ - pour des arrêts écartant un moyen dirigé contre un refus d'annulation : Crim., 14 sept. 2004, n° 04-83.793 ; Crim., 11 févr. 2009, n° 07-86.705 et 08-85.194, B. n° 38 ; Crim., 19 oct. 2011, n° 11-84.313 ; Crim., 15 janv. 2014, n° 13-84.778, B. n° 1 ; Crim. 17 févr. 2016, n° 15-85.553 ; Crim., 20 juin 2018, n° 14-80.543 et 16-82.165 ; Crim., 27 juin 2018, n° 18-80.072 ; Crim., 7 sept. 2021, n° 19-87.367, P., dans ses dispositions relatives à la mise en examen pour financement d'une entreprise terroriste.

- pour des arrêts écartant un moyen dirigé contre une décision d'annulation : Crim., 14 avr. 2015, n° 14-85.333, B., n° 78 ; Crim., 12 avr. 2016, n° 15-86.169, B. n° 130 ; Crim., 11 déc. 2018, n° 17-85.869.

²⁸ v. François Cordier, *Le contentieux de l'annulation de la mise en examen devant la chambre de l'instruction. L'étendue du contrôle de la chambre criminelle*, RSC 2015, p. 895.

²⁹ Crim., 22 sept. 2010, n° 10-82.198 ; Crim., 22 févr. 2011, n° 10-87.676 ; Crim., 16 juin 2011, n° 10-87.600 ; Crim., 14 avril 2015, n° 14-85.334, B. n° 79 ; Crim., 14 avr. 2015, n° 14-85.335, B. n° 84 ; Crim., 7 sept. 2021, n° 19-87.367, P. Dans le dernier arrêt cité, la censure a été déterminée par une erreur de droit portant sur la définition de l'élément intentionnel de la complicité de crimes contre l'humanité, la chambre de l'instruction ayant relevé l'absence d'un mobile qui n'était pas exigé par la loi.

Le juge d'instruction est tenu de vérifier concrètement, par ses investigations, la réunion des seconds. En cas de poursuites du chef de mise en danger d'autrui, il doit ainsi rechercher si telle personne a effectivement violé une règle de prudence ou de sécurité, si cette violation était manifestement délibérée et si elle a exposé directement autrui à un risque de mort ou de blessure grave. Autrement dit, pour reprendre la formule de l'article 81 du code de procédure pénale, il lui revient de procéder à tous les actes d'information utiles à la manifestation de la vérité. Il en découle notamment, selon une jurisprudence constante de la chambre criminelle, que la juridiction d'instruction ne peut d'emblée refuser d'informer au motif que les éléments constitutifs seraient insuffisamment établis. Il lui appartient précisément de procéder aux investigations nécessaires pour déterminer ce qu'il en est. Si, au cours de ses investigations, la juridiction d'instruction souhaite entendre la personne mise en cause, elle le fera, le cas échéant, si les indices réunis le permettent ou l'imposent, après l'avoir mise en examen.

Les solutions sont très différentes lorsqu'est en cause l'élément légal de l'infraction ou, si l'on préfère, l'existence d'un texte d'incrimination et de pénalité. Il va de soi que, conformément au principe de légalité, aucune poursuite ne peut être engagée du chef d'une action ou d'une omission qui n'est pas incriminée. La circonstance qu'en l'absence d'un texte d'incrimination, les faits dénoncés ne puissent "*admettre aucune qualification pénale*", est l'un des cas où, en vertu de l'article 86, alinéa 4, du code de procédure pénale, la juridiction d'instruction peut refuser d'informer. Le constat de l'absence de texte procède en effet d'une appréciation abstraite qui ne nécessite aucune investigation. Il en résulte que la juridiction d'instruction ne peut mettre en examen une personne sans relever l'existence du texte dont la violation serait susceptible de constituer l'infraction reprochée.

Au cas présent, la question de savoir s'il existe un texte législatif ou réglementaire³⁰ prévoyant une obligation particulière de prudence ou de sécurité qui aurait été violée par les agissements reprochés à Mme [P] se rattache, peu ou prou, à ce second cas de figure.

Selon l'analyse de la doctrine, que nous partageons, l'existence d'un texte prévoyant une obligation particulière de prudence ou de sécurité n'est pas un élément constitutif de l'infraction mais une condition préalable de celle-ci³¹. Cette condition préalable a en outre pour spécificité de s'apprécier de manière objective et abstraite. En définitive, elle se présente un peu comme une composante de l'élément légal. En effet, le contenu de l'obligation dont la méconnaissance est susceptible de caractériser le délit n'est pas précisément défini par l'article 223-1 du code pénal qui renvoie à l'ensemble des dispositions législatives ou réglementaires contenant une obligation entrant dans la catégorie des "*obligations particulières de prudence ou de sécurité*". Pour reprendre la terminologie de la Cour de Strasbourg³², le procédé évoque celui de la législation par référence qui impose, pour connaître le comportement pénalement sanctionné, de rapprocher "la norme référente" - en l'occurrence l'article 223-1 lui-même - et "la norme

³⁰ Au sens de l'article 223-1 du code pénal, le règlement susceptible de contenir une obligation particulière de prudence ou de sécurité s'entend exclusivement d'un acte général et impersonnel émanant des autorités administratives ou des institutions de l'UE (Crim. 10 mai 2000, n° 99-80.784, B. n° 183 ; Crim. 30 oct. 2007, n° 06-89.365, B. n° 261 ; Crim. 6 déc. 2016, n° 16-82.872 ; Crim. 8 sept. 2020, n° 18-82.150 et 19-82.761, P. ; Crim. 12 oct. 2021, n° 21-80.605).

³¹ v. not. Y Mayaud, *Risques causés à autrui*, Rép. Dall. Droit pén., n° 10 ; D. Caron et C. Carbonaro, *Risques causés à autrui*, JCI Pén., art. 223-1 et 223-2, fasc. 20, n° 7

³² CEDH, 29 mai 2020, avis relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence » (Dem. n° P16-2019-001), n° 31

référée” - en l’occurrence le texte législatif ou réglementaire énonçant l’obligation particulière de prudence ou de sécurité.

Dès lors, s’il apparaît que le comportement reproché ne viole aucune obligation particulière de prudence ou de sécurité qui serait prévue par la loi ou le règlement, les poursuites sont exclues du chef de mise en danger d’autrui de même que toute mise en examen de ce chef, sans qu’il y ait lieu à investigation supplémentaire. La chambre criminelle, dont la jurisprudence en la matière est pourtant très restrictive, a d’ailleurs déjà approuvé à plusieurs reprises des décisions de refus d’informer rendues pour ce motif³³. Elle a par ailleurs censuré une chambre de l’instruction qui avait approuvé la mise en examen d’une société du chef de mise en danger d’autrui sans désigner les dispositions susceptibles de renfermer l’obligation particulière de prudence ou de sécurité dont la violation lui était reprochée³⁴. Bien entendu, au stade du jugement, elle censure systématiquement les décisions de condamnation qui se bornent à stigmatiser un comportement dangereux sans préciser la “source et la nature” de l’obligation particulière qui aurait été méconnue³⁵.

1.2.2.4.- *Appréciation des motifs de l’arrêt attaqué*

Il résulte de ce qui précède que l’excès de pouvoir invoqué par la demanderesse serait constitué si la commission d’instruction, assimilant la condition préalable du délit tenant à l’existence d’une obligation particulière de prudence ou de sécurité à un élément constitutif, avait considéré que la mise en examen de Mme [P] n’était pas subordonnée à l’identification, de manière certaine, d’une telle obligation, appelée à être déterminée par les investigations.

Cependant, telle n’est pas la solution qui nous semble ressortir des motifs de l’arrêt attaqué. La commission d’instruction souligne au contraire que l’existence des éléments constitutifs du délit, dont la vérification constitue l’objet de l’information, “*ne peut s’apprécier qu’au regard de la qualité et des obligations pesant sur la personne concernée*”. Citant ensuite un arrêt du 13 novembre 2019 par lequel la chambre criminelle a défini la méthodologie à suivre pour caractériser le délit de mise en danger d’autrui, elle rappelle qu’il incombe d’abord au juge de rechercher, au besoin d’office, l’existence d’une obligation particulière de prudence ou de sécurité³⁶. Loin d’affirmer qu’elle ne serait pas tenue d’identifier une telle obligation avant la mise en examen, elle désigne les textes qui lui paraissent la contenir. Ce sont d’ailleurs les textes ainsi désignés qui font l’objet de la critique articulée à la seconde branche du moyen.

1.2.3.- Critique tirée de l’absence d’une obligation particulière de prudence ou de sécurité (2^{ème} branche)

1.2.3.1.- *Notion d’obligation particulière*

³³ Crim., 25 juin 1996, n° 95-86.205, B., n° 274 ; Crim., 7 sept. 1999, n° 98-84.830 ; ; Crim., 27 nov. 2001, n° 00-87.153 ; Crim., 4 nov. 2015, n° 14-87.193.

³⁴ Crim. 7 sept. 2021, n° 19-87.367, P.

³⁵ Crim. 18 juin 2002, n° 01-86.539, B. n° 138 ; Crim. 2 sept. 2014, n° 13-83.956, B. n° 178 ; Crim. 22 sept. 2015, n° 14-84.355, B. n° 205 ; Crim. 12 janv. 2016, n° 14-86.503, B. n° 5 ; Crim. 21 sept. 2016, n° 15-86.077 ; Crim. 5 déc. 2017, n° 16-87.269 ; Crim. 28 févr. 2018, n° 17-83.787 ; Crim. 28 oct. 2020, n° 19-85.037.

³⁶ Arrêt attaqué, § 4.2.1.7 et 4.2.1.9

Il faut d'abord préciser le sens que revêt, à l'article 223-1 du code pénal, l'adjectif "particulier" dont le caractère polysémique est de nature à favoriser certaines confusions.

Le terme peut désigner d'abord ce qui est propre à quelqu'un ou quelque chose. Il est alors synonyme de spécifique. Si on l'entend ainsi, on peut considérer sans trop d'hésitation que les obligations prévues par les différents textes mis dans le débat présentent un caractère particulier en raison de la spécificité tant de leur objet que des fonctions de la personne qui y est tenue.

Cependant c'est une autre signification du terme qui doit être retenue pour l'application de l'article 223-1, sans quoi d'ailleurs la condition tenant au caractère particulier de l'obligation méconnue ne cantonnerait guère le champ de l'incrimination, les obligations imposées par les textes législatifs et réglementaires présentant presque toujours un caractère spécifique qui en est la raison d'être.

Au sens et pour l'application de l'article 223-1, "particulier" désigne ce qui est défini de manière précise ou détaillée. C'est donc la violation d'une obligation définie avec précision par la loi ou le règlement qui est incriminée à cet article. Ce qui fait la gravité de la faute et justifie la répression malgré l'absence d'atteinte à la personne, c'est la méconnaissance délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité qui, en raison de sa précision, ne pouvait laisser aucun doute, chez l'auteur des faits, quant au comportement qu'il aurait dû adopter.

Par un arrêt du 13 novembre 2019³⁷, qui est venu consacrer l'interprétation du texte retenue par les juridictions du fond, dont les cours d'appel d'Aix-en-Provence, Grenoble et Bordeaux³⁸, et la doctrine³⁹, la chambre criminelle a énoncé que présentent un caractère particulier les obligations de prudence ou de sécurité "*objectives, immédiatement perceptibles et clairement applicables, sans faculté d'appréciation personnelle du sujet*". Dans une décision ultérieure, elle s'est expressément référée à cet arrêt⁴⁰. Autrement dit, pour reprendre la formule de deux auteures, anciennes membres de la chambre criminelle, la jurisprudence exige que "*les éléments qui déterminent l'étendue et les limites de l'obligation soient clairement et précisément énoncés par [la loi ou] le règlement, sans marge d'appréciation personnelle, permettant de connaître la conduite à tenir dans telle ou telle circonstance et d'identifier, par conséquent, sans équivoque possible, les actes ou omissions contraires à la norme impérative énoncée par le texte*"⁴¹. L'obligation particulière est donc celle qui ne laisse aucun libre-choix à l'agent dont le devoir, dès lors qu'il se trouve dans les circonstances clairement déterminées par la loi ou le règlement, est d'exécuter pour ainsi dire servilement l'injonction d'accomplir ou de ne pas accomplir les actions précisément définies par le texte. Dès lors, comme le souligne un auteur, pour que l'obligation puisse être regardée

³⁷ n° 18-82.718

³⁸ Aix-en-Provence, 22 nov. 1995, D. 1996. 405, note J. Borricand ; Gaz. Pal. 1996. 1. 112, note Doucet ; Grenoble, 19 févr. 1999, D. 1999. 480, note M. Redon ; ibid. 2000. 33, obs. Y. Mayaud ; JCP 1999. II. 10171, note Le Bas ; CA Bordeaux, 6 mars 2018, 6ème ch., n° 180.

³⁹ v. not. Puech, *De la mise en danger d'autrui*, D. 1994, chron. P. 153 ; Y Mayaud, *Rép. pén. et procéd. pén.* Dalloz, 2007, n° 31, qui semble être l'inspirateur de la formule retenue par la chambre criminelle.

⁴⁰ Crim. 7 sept. 2021, n° 19-87.367, P. en tant qu'il censure la chambre de l'instruction pour avoir approuvé une mise en examen du chef de mise en danger d'autrui sans désigner un texte applicable en la cause qui aurait énoncé une obligation particulière de sécurité.

⁴¹ D. Caron et C. Carbonaro, *op.cit.*, n° 16.

comme particulière, il importe que la norme de conduite précise la nature des diligences qu'il y a lieu d'accomplir pour se mettre en conformité avec elle⁴² ce qui revient à dire qu'elle doit imposer "*un modèle de conduite circonstanciée*" selon la formule proposée par le professeur Puech peu après l'entrée en vigueur de la réforme du code pénal⁴³. C'est l'exigence cardinale.

Si la commission d'instruction s'est référée à l'arrêt du 13 novembre 2019 pour rappeler la méthodologie définie par la chambre criminelle pour la caractérisation du délit de mise en danger, elle s'est reportée, pour la définition de l'obligation particulière de prudence ou de sécurité, à un arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 19 février 1999. Cependant, les termes de la définition qu'elle retient sont pratiquement ceux de l'arrêt de la chambre criminelle : l'obligation particulière est celle contenue dans une norme de prudence ou de sécurité présentant un "*caractère objectif, perceptible et clairement applicable sans marge d'appréciation personnelle*".

Bien entendu, ces formules ne règlent pas tout. Les auteures que nous avons déjà citées soulignent qu'il n'est pas évident de déterminer le degré de précision à partir duquel une obligation de prudence ou de sécurité peut être tenue pour "particulière"⁴⁴. Cependant, l'éclairage apporté par la jurisprudence, désormais abondante, de la chambre criminelle nous semble laisser assez peu de zones d'ombre. On retiendra en tout cas, avec ces mêmes auteures, que son orientation est en faveur d'une conception restrictive de l'obligation particulière, qui s'inscrit elle-même dans une stricte délimitation du champ du délit⁴⁵.

Un panorama des décisions de la chambre criminelle permet de s'en convaincre. Il intègre bien entendu l'ensemble des décisions par lesquelles celle-ci a eu à apprécier la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité laquelle, rappelons-le, est à la fois un élément constitutif du délit de risques causés à autrui, une circonstance aggravante des délits d'homicide et de blessures involontaires et, en concurrence avec la faute dite "caractérisée", un élément constitutif de ces mêmes délits lorsqu'ils sont imputés à l'auteur indirect du dommage.

1.2.3.2.- Applications dans la jurisprudence de la chambre criminelle

a) Cas où l'existence d'une obligation particulière a été admise

- Panorama

C'est essentiellement dans le champ de la sécurité routière et, dans une moindre mesure, dans celui de la sécurité du travail, que l'on trouve des exemples d'obligations particulières de sécurité dont la violation est susceptible de constituer le délit de risques causés à autrui. Cette orientation de la répression, conforme aux prévisions du législateur, est sans surprise, ces matières se caractérisant par la profusion de règles dont la violation, indépendamment de toute mise en danger, constitue presque toujours une contravention ou un délit.

⁴² E. Dreyer, Droit pénal spécial, LGDJ, 2020, n° 1513

⁴³ De la mise en danger d'autrui, D. 1994, chron. p. 153

⁴⁴ D. Caron et Cl. Carbonaro, *op. cit.*, n° 13

⁴⁵ *ibid*

Ainsi, pour ne citer que quelques illustrations en matière de circulation routière, édictent une obligation particulière de prudence ou de sécurité, les dispositions du code de la route qui prévoient des limitations de vitesse⁴⁶, interdisent certains stationnements ou arrêts dangereux⁴⁷ ou certaines manoeuvres⁴⁸, imposent des règles de sécurité lors de l'exécution d'un dépassement⁴⁹ ou encore l'arrêt à certains signaux⁵⁰ ou la signalisation d'un véhicule⁵¹. La chambre criminelle a en outre jugé que le fait de foncer délibérément sur un groupe de piétons et donc de se placer totalement hors du code de la route, constituait, en lui-même, la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité⁵².

En matière de sécurité du travail, comportent une telle obligation les dispositions qui imposent le port de certains matériels de protection pour l'exécution des travaux du bâtiment⁵³, les règles de sécurité applicables à certaines machines⁵⁴, la présence sur les bateaux de pêche de certains personnels qualifiés⁵⁵, la prise en compte, par les entreprises de location d'échafaudage, de la sécurité des salariés appelés à utiliser ces équipements⁵⁶, des mesures de sécurité spéciales en cas de travail de nuit⁵⁷, des mesures de protection contre les chutes⁵⁸, une formation renforcée à la sécurité au profit des salariés temporaires⁵⁹, des mesures destinées à prévenir les accidents pouvant résulter des éboulements⁶⁰, la captation à la source d'émissions nocives pour la sécurité des travailleurs⁶¹, des mesures de protection contre les risques liés à l'inhalation de

⁴⁶ Crim. 20 févr. 2002, n° 01-86.268 ; Crim., 27 sept. 2000, n° 00-81.635, B., n° 284 ; Crim. 6 oct. 2004, n° 04-80.781 ; Crim. 18 sept. 2007, n° 06-89.496, B. n° 210

⁴⁷ Crim. 22 juin 2005, n° 04-85.340, B. n° 192

⁴⁸ Crim. 15 oct. 2003, n° 03-81.564

⁴⁹ Crim. 12 mars 1997, n° 96-83.205, B. n° 102 ; Crim. 11 mars 1998, n° 96-80.026, B. n° 99 ; Crim. 23 juin 1999, n° 97-85.267, B. n° 154 ; Crim. 20 févr. 2002, préc.

⁵⁰ Crim., 27 sept. 2000, n° 00-81.635, B., n° 284

⁵¹ Crim. 1^{er} juin 1999, n° 98-85.257 ; Crim. 19 juin 2018, n° 17-84.694

⁵² Crim. 5 déc. 2017, n° 16-87.269

⁵³ Crim. 8 oct. 2002, n° 01-85.550, B. n° 181

⁵⁴ Crim. 27 févr. 2018, n° 16-87.147, B. n° 37

⁵⁵ Crim. 30 nov. 2021, n° 21-81.738

⁵⁶ Crim. 23 janv. 2018, n° 16-87.693

⁵⁷ Crim. 25 nov. 2008, n° 08-81.995

⁵⁸ Crim. 3 déc. 2002, n° 01-85.109, B. n° 219 ; Crim. 13 oct. 2021, n° 20-86.638 ; Crim. 30 nov. 2021, n° 21-82.208

⁵⁹ Crim. 25 avr. 2017, n° 15-85.890, P.

⁶⁰ Crim. 1^{er} févr. 2011, n° 10-82.764

⁶¹ Crim. 25 juin 2013, n° 12-81.820, B. n° 159

poussières d'amiante⁶² ou encore des mesures de protection collective assurant la pureté de l'air nécessaire à la santé des travailleurs⁶³. Ont été encore regardées comme énonçant une obligation particulière de sécurité, les dispositions de l'article L. 233-5-1, devenu L. 4321-1, du code du travail imposant de mettre à la disposition des travailleurs des équipements de travail nécessaires et adaptés⁶⁴.

Bien entendu, au-delà du champ de la sécurité routière et du travail, la jurisprudence offre de nombreuses illustrations de réglementations imposant le respect d'obligations particulières de prudence ou de sécurité. Il en est ainsi, notamment, de la réglementation du transport aérien et, plus spécialement, des arrêtés ministériels ou règlements européens relatifs au maintien de l'aptitude en vol des aéronefs ou aux conditions techniques de leur exploitation dont les prescriptions, d'une grande précision, tendent à assurer la sécurité en vol⁶⁵. Il en est de même de la réglementation destinée à assurer la sécurité maritime qui impose, notamment, que les navires soient équipés d'un matériel de sécurité précisément déterminé⁶⁶. Les normes de sécurité en matière nucléaire s'analysent bien sûr également en des obligations particulières de prudence ou de sécurité⁶⁷. De manière plus ponctuelle, ont encore été retenus comme la source d'une telle obligation constituant la condition préalable du délit de l'article 223-1 du code pénal, l'arrêté du maire interdisant l'accès à une piste de ski⁶⁸, l'arrêté préfectoral imposant le respect de règles de sécurité pour la pratique de la chasse⁶⁹ ou les textes réglementaires imposant le respect d'une norme électrique⁷⁰.

En matière sanitaire, la chambre criminelle a retenu l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité dans des cas de figure fort éloignés de celui qui vous est soumis. Dans les affaires considérées, l'objet des dispositions méconnues était de subordonner à certaines conditions la mise sur le marché d'un médicament⁷¹ ou d'un produit réservé aux établissements disposant d'un matériel d'assistance respiratoire⁷², de préciser les mesures à prendre en cas de découverte d'une denrée alimentaire dangereuse⁷³, de fixer les conditions de congélation ou décongélation de certaines

⁶² Crim. 19 avr. 2017, n° 16-80.695, B. n° 107

⁶³ Crim. 24 juin 2014, n° 13-81.302, B. n° 162

⁶⁴ Crim. 27 mars 2018, n° 17-82.455

⁶⁵ Crim. 18 nov. 2008, n° 08-81.672, B. n° 232 ; Crim. 8 sept. 2020, n° 18-82.150, P. ; Crim. 8 sept. 2020, n° 19-82.761

⁶⁶ Crim., 11 févr. 1998, n° 96-84.929, B. n° 57 ; Crim. 21 janv. 2009, n° 08-82.460

⁶⁷ Crim. 12 oct. 2021, n° 21-80.605 ;

⁶⁸ Crim. 9 mars 1999, n° 98-82.269, B. n° 34 ; Crim. 9 déc. 2008, n° 08-80.788

⁶⁹ Crim. 5 nov. 2019, n° 19-86.281 ; Crim. 21 févr. 2017, n° 15-87.811 ; Crim. Crim. 14 sept. 2021, n° 20-86.579 ; Crim. 8 juin 2022, n° 21-83.462

⁷⁰ Crim. 2 mai 2018, n° 17-82.727 ; Crim. 26 juin 2018, n° 17-84.416 ; Crim. 25 juin 2019, n° 17-86.204

⁷¹ Crim. 11 sept. 2001, n° 00-85.473, P

⁷² Crim. 11 sept. 2001, n° 00-85.473, B. n° 176

⁷³ Crim. 31 mars 2020, n° 19-82.171, P.

denrées⁷⁴, de stockage de déchets contenant de l'amiante⁷⁵ ou d'arrêt des installations de refroidissement en cas de dépassement d'un certain taux de légionnelles⁷⁶, d'interdire l'exercice de la médecine hors les conditions légales⁷⁷, d'interdire aux personnels infirmiers d'effectuer des actes médicaux⁷⁸ ou de leur imposer de solliciter un complément d'information auprès du médecin prescripteur⁷⁹, d'imposer aux chirurgiens de se faire assister par du personnel qualifié⁸⁰ et aux médecins anesthésistes de participer à la programmation des interventions et d'en assurer la surveillance⁸¹, de réserver aux docteurs en médecine certains modes d'épilation⁸², de fixer les bonnes pratiques en matière d'assistance médicale à la procréation⁸³ ou encore d'obliger les propriétaires à réaliser les travaux nécessaires à la suppression du risque d'exposition au plomb⁸⁴.

Si la lutte contre la pandémie de Covid-19 a déterminé l'exercice de poursuites du chef de risques causés à autrui, c'est uniquement du chef de la violation des dispositions réglementaires prises pour prévenir les contaminations. Ainsi, la chambre criminelle a eu à connaître d'une affaire dans laquelle la mise en danger procédait de la violation de l'article 3 du décret n° 2020-1310 du 2 octobre 2020 interdisant les rassemblements de plus de six personnes. Elle a jugé que le respect de cette interdiction constituait bien une obligation particulière de prudence ou de sécurité. Elle a toutefois approuvé la relaxe justifiée, dans les circonstances de l'espèce, par l'absence de lien de causalité direct et certain entre la violation de cette interdiction et un risque de mort ou de blessures graves⁸⁵.

- Appréciation d'ensemble

Ce panorama permet d'appréhender plus concrètement le type de dispositions pouvant être regardées comme édictant des obligations particulières de prudence ou de sécurité. Conformément au cadre strict tracé par la chambre criminelle, il s'agit de dispositions qui, dans des situations bien circonscrites, imposent ou au contraire proscrivent certaines actions ou le recours à certains produits, moyens ou procédés clairement désignés. Si un

⁷⁴ Crim. 15 avr. 2008, n° 07-84.187

⁷⁵ Crim. 17 déc. 2019, n° 18-86.800

⁷⁶ Crim. 11 juill. 2017, n° 11-83.864, 14-86.985, 11-83.870

⁷⁷ Crim. 12 juin 2019, n° 18-82.696

⁷⁸ Crim. 6 sept. 2005, n° 04-86.347

⁷⁹ Crim. 1^{er} avr. 2008, n° 07-81.509

⁸⁰ Crim. 18 mai 2010, n° 09-83.032

⁸¹ Crim. 8 juin 2022, n° 21-84.643

⁸² Crim. 13 sept. 2016, n° 15-85.046, B. n° 238

⁸³ Crim. 29 juin 2010, n° 09-81.661, B. n° 120

⁸⁴ Crim. 20 nov. 2012, n° 11-88.059

⁸⁵ Crim. 8 févr. 2022, n° 21-85.280

choix est ouvert, il est enfermé dans d'étroites limites. En pratique, en raison de leur précision et de leur technicité, de telles dispositions figurent presque toujours dans un texte réglementaire.

Il est vrai que, comme l'ont relevé certains commentateurs⁸⁶, dans son arrêt du 29 juin 2010, déjà cité, analysant comme une obligation particulière de sécurité le non-respect des bonnes pratiques en matière de procréation médicalement assistée, la chambre criminelle s'est fondée sur l'article L. 2141-1 du code de la santé publique. Or, dans sa rédaction alors applicable, cet article se bornait à énoncer en son second alinéa que "*la stimulation ovarienne, y compris lorsqu'elle est mise en œuvre indépendamment d'une technique d'assistance médicale à la procréation, est soumise à des recommandations de bonnes pratiques*". Il est difficile de voir dans cette formule l'énoncé d'une obligation particulière. Pour autant, cet arrêt n'illustre pas une variation de la jurisprudence et moins encore une évolution en faveur d'une conception plus compréhensive d'une telle obligation. Si cet article législatif a été cité, c'est uniquement parce qu'il constituait le fondement de l'arrêt du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation dont l'annexe constitue "*un véritable "guide" des actes autorisés ou interdits*"⁸⁷. C'est en réalité dans ce texte réglementaire, également cité par la chambre, que résidait l'obligation particulière de prudence ou de sécurité.

En définitive, parmi les dizaines d'arrêts que nous avons cités, un seul nous paraît se situer dans la zone grise que nous évoquions au seuil de ce panorama. Il s'agit de l'arrêt du 27 mars 2018 par lequel la chambre criminelle a jugé qu'édictait une obligation particulière de prudence ou de sécurité, les dispositions de l'article L. 4321-1 du code du travail imposant la mise en oeuvre des équipements de travail et des moyens de protection de manière conforme aux exigences de la sécurité des travailleurs⁸⁸. Si ces dispositions imposent un objectif, elles n'entrent pas dans le détail des mesures nécessaires pour l'atteindre de sorte qu'elles présentent une certaine généralité. Elles sont d'ailleurs placées sous la première section, intitulée "principes", du chapitre consacré aux "règles générales" relatives à l'utilisation des équipements de travail et des moyens de protection. Il nous semble cependant que la solution de cet arrêt, rendu avant celui du 13 novembre 2019 définissant la notion d'obligation particulière, n'est pas illustrative de la jurisprudence dominante⁸⁹. Par des décisions antérieures et postérieures, la chambre criminelle a en effet refusé de voir dans des dispositions du code du travail présentant un semblable degré de généralité le support d'obligations particulières de prudence ou de sécurité. C'est ce que nous allons vérifier.

b) Cas où l'existence d'une obligation particulière a été exclue

⁸⁶ v. en ce sens : AJ pénal 2010. 551, obs. J. Lasserre Capdeville

⁸⁷ Y. Mayaud, RSC 2010, p. 856, *Pratiques médicales, mise en danger, et obligations particulières de prudence ou de sécurité* ; v. aussi L. Cimar, *De la dangerosité de l'acharnement procréatif "sauvage"*, Droit de la famille 2010, étude 32

⁸⁸ Aux termes de ces dispositions : "*Les équipements de travail et les moyens de protection mis en service ou utilisés dans les établissements destinés à recevoir des travailleurs sont équipés, installés, utilisés, réglés et maintenus de manière à préserver la santé et la sécurité des travailleurs, y compris en cas de modification de ces équipements de travail et de ces moyens de protection.*"

⁸⁹ Notons que l'arrêt, non publié, a été rendu dans une affaire de blessures involontaire où, à l'évidence, la responsabilité pénale du prévenu aurait pu être engagée, à défaut de la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité, en raison d'une faute dite "caractérisée" entrant dans les prévisions de l'article 121-3, alinéa 4, CP (en ce sens : Crim., 8 févr. 2022, n° 21-83.708, P.).

- Panorama

La conception restrictive de la notion d'obligation particulière dans la jurisprudence de la chambre criminelle apparaît plus nettement encore lorsque l'on considère les cas dans lesquels, celle-ci a jugé qu'une obligation ne pouvait être considérée comme telle.

Il n'y a pas vraiment de discussion lorsque le texte n'édicte en réalité aucune obligation de prudence ou de sécurité mais se borne à poser un principe général de responsabilité comme c'est le cas de l'article L. 912-1 du code de l'éducation⁹⁰, ou à aménager les responsabilités⁹¹.

De plus grande portée sont les arrêts par lesquels la chambre criminelle a refusé de voir l'énoncé d'obligations particulières dans des dispositions définissant, en dehors de toute configuration particulière, les missions et obligations incombant à des décideurs publics ou privés voire aux personnes placées sous leur autorité.

Tel est le cas, en droit du travail, des dispositions des articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail, placés sous un chapitre "Obligations de l'employeur" dans le titre consacré aux "Principes généraux de prévention" au sein de la partie relative à la "Santé et sécurité au travail", dont les dispositions figuraient auparavant à l'article L. 230-2 du même code⁹². L'article L. 4121-1 dispose que "*l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs*". Il y est en outre précisé la nature de ces mesures qui doivent consister en "*des actions de prévention des risques professionnels*", en "*des actions d'information et de formation*" ou encore en "*la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés*". Au dernier alinéa de cet article il est en outre précisé que "*l'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes*", tandis que l'article suivant définit les principes généraux de prévention sur le fondement desquels les mesures sont mises en œuvre. Dans le même sens, la chambre criminelle a jugé que ne comportait pas l'énoncé d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité les dispositions d'une délibération de l'assemblée territoriale de la Polynésie française aux termes de laquelle : "*Les établissements et locaux doivent être aménagés de manière à garantir la sécurité des travailleurs. / Les machines, mécanismes, appareils de transmission, outils et engins doivent être installés et tenus dans les meilleures conditions possibles de sécurité. / L'organisation du travail, les techniques employées, les matériels, outils, engins ou produits utilisés doivent être appropriés pour garantir la sécurité des travailleurs*"⁹³. Récemment, elle a retenu semblable solution à propos des articles L. 4141-1 et L. 4141-2 du code du travail qui prévoient que l'employeur organise une information des

⁹⁰ Crim. 10 déc. 2002, n° 02-81.415, B. n° 223 à propos de l'article 14 de la loi du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation : "*Les enseignants sont responsables de l'ensemble des activités scolaires des élèves*", dont les dispositions sont reprises à l'article L. 912-1 du code de l'éducation.

⁹¹ Crim. 16 mars 2021, n° 20-81.316 à propos de l'article R. 4532-11, alinéa 2, du code du travail aux termes duquel le coordinateur exerce sa mission sous la responsabilité du maître de l'ouvrage

⁹² Crim. 17 sept. 2002, n° 01-84.381 : arrêt de cassation par lequel la chambre criminelle a jugé qu'en l'absence de règlement applicable dans la collectivité territoriale de Mayotte pour préciser les obligations particulières de protection de la sécurité des travailleurs dans les établissements qui mettent en œuvre des courants électriques, la déclaration de culpabilité du chef de mise en danger ne pouvait être fondée sur les seuls articles L. 230-1 à L. 230-3 et L. 230-6 du Code du travail (v. aussi, Crim. 7 févr. 2017, n° 15-85.321, sol. impl.).

⁹³ Crim. 25 juin 2013, n° 12-81.820, B. n° 159

travailleurs sur les risques pour la santé et la sécurité et les mesures prises pour y remédier ainsi qu'une formation pratique et appropriée à la sécurité au bénéfice des travailleurs qu'il embauche mais aussi des travailleurs qui changent de poste de travail ou de technique, cette formation devant être répétée périodiquement⁹⁴. On le voit, toutes ces dispositions, qui définissent les obligations incombant spécifiquement à l'employeur en matière de sécurité du travail, ne sont pas dépourvues d'une certaine précision. Cependant, la chambre criminelle a jugé que leur degré de précision n'était pas suffisant pour que les obligations définies puissent être qualifiées de "particulières".

De la même manière, les obligations déontologiques des médecins définies aux articles R. 4127-32 et R. 4127-33 du code de la santé publique, "*qui édictent des règles générales de conduite*" ne peuvent être regardées comme des obligations particulières de sécurité et de prudence⁹⁵. Aux termes de l'article R. 4127-32 : "*dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents*". L'article R. 4127-33 dispose quant à lui que "*le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés*".

Plus récemment, dans une procédure suivie pour homicide involontaire contre des gendarmes auxquels il était reproché d'être les auteurs indirects du dommage pour n'avoir pas empêché l'un des leurs, auteur d'un accident mortel de la circulation, de prendre le volant malgré sa consommation d'alcool, la chambre criminelle a jugé que l'article R. 434-19 du code de la sécurité intérieure, qu'il était reproché aux prévenus d'avoir méconnu, ne comportait l'énoncé d'aucune obligation particulière de prudence ou de sécurité⁹⁶. Cet article fait obligation au policier ou au gendarme, lorsque "*les circonstances le requièrent*" et "*même lorsqu'il n'est pas en service*" d'intervenir "*de sa propre initiative, avec les moyens dont il dispose, notamment pour porter assistance aux personnes en danger*". L'obligation est clairement affirmée mais la marge d'appréciation qu'elle ménage à l'agent fait obstacle à ce qu'elle soit qualifiée de particulière.

On retiendra surtout que, s'agissant des décideurs publics, la même solution a été retenue pour l'application des dispositions de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT) relatives à la police municipale. Aux termes du 3° de cet article, celle-ci comprend "*le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics*". La chambre criminelle a jugé que de telles dispositions ne mettaient pas à la charge du maire une obligation particulière susceptible de déterminer sa mise en cause pour mise en danger d'autrui en cas d'agression mortelle sur le territoire de sa commune. Pour reprendre l'expression de la chambre, le texte n'édicte qu'une "*obligation générale de police*"⁹⁷. N'édicte pas davantage une obligation particulière de sécurité les dispositions du 5° du même article qui rattachent à la police municipale "*le soin de prévenir, par des*

⁹⁴ Crim. 21 juin 2022, n° 21-85.691, P. annoncé par Crim., 8 février 2022, n° 21-83.708, P.

⁹⁵ Crim. 18 mars 2008, n° 07-83.067, B. n° 67

⁹⁶ Crim. 12 juillet 2022, n° 22-83.003

⁹⁷ Crim., 27 nov. 2001, n° 00-87.153

précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toute nature, tels que les incendies, les inondations, les ruptures de digues, les éboulements de terre ou de rochers, les avalanches ou autres accidents naturels, les maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties, de pourvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours". Dans l'affaire soumise à la chambre criminelle, sous la qualification de mise en danger d'autrui, il était reproché au maire de Paris de s'être abstenu de prendre les mesures nécessaires pour pallier les effets de la pollution atmosphérique sur la santé publique, en méconnaissance, selon la partie civile, des dispositions précitées du CGCT alors contenues à l'article L. 131-2, 6° du code des communes. La chambre criminelle a approuvé la décision de refus d'informer après avoir relevé qu'en raison de leur généralité ces dispositions n'imposaient au maire aucune obligation particulière de prudence ou de sécurité⁹⁸. Par ce même arrêt, elle a jugé que le décret du 13 mai 1974 relatif à la surveillance de la qualité de l'air dans les agglomérations, alors en vigueur, n'imposait pas davantage d'obligation particulière de sécurité au préfet de police, non en raison de la généralité de ses termes, mais parce qu'il laissait au préfet *"toute liberté d'appréciation dans la mise en œuvre des procédures d'alerte à la pollution envisagées"*. Ces solutions entrent spécialement en résonance avec le cas de figure qui vous est soumis.

- Appréciation d'ensemble

Cet ensemble de décisions, écartant la qualification d'obligation particulière, conforte et complète les enseignements que nous avons tirés des décisions ayant admis cette qualification.

La définition abstraite, par la loi ou le règlement, de la mission spécifique d'une personne n'est évidemment pas indifférente lorsqu'il s'agit, le cas échéant, d'apprécier la responsabilité pénale de celle-ci. On l'a vu, aux termes de l'article 121-3 du code pénal, lorsqu'il doit apprécier si une faute d'imprudence est caractérisée le juge est tenu de rechercher si l'auteur des faits *"a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait"*.

Toutefois, à elle seule, la circonstance que le texte énumère les obligations spécifiquement attachées à la mission d'une autorité publique ou d'un professionnel ne suffit pas à conférer à ces obligations la nature d'obligations "particulières". C'est donc bien que, comme nous l'avons indiqué, pour qu'une obligation prévue par la loi ou le règlement puisse être qualifiée comme telle, il importe que le texte qui l'énonce précise ses conditions et modalités de mise en œuvre dans des circonstances déterminées de sorte que, dans ces circonstances, l'autorité ou le professionnel ne dispose d'aucune marge d'appréciation quant à la conduite à tenir.

1.2.3.3.- Une obligation particulière ne se retrouvant pas dans les textes en débat

Il reste à examiner si les textes en débat peuvent être regardés comme mettant à la charge du ministre de la santé une obligation particulière dont la violation serait susceptible de caractériser le délit de mise en danger d'autrui. Pour chacun d'eux, vous aurez donc à vous poser la question de savoir s'il met à la charge du ministre des obligations *"objectives, immédiatement perceptibles et clairement applicables, sans*

⁹⁸ Crim., 25 juin 1996, n° 95-86.205, B., n° 274

faculté d'appréciation personnelle du sujet". Aux termes de l'arrêt précité de la chambre criminelle du 13 novembre 2019, seules de telles obligations peuvent être qualifiées de particulières au sens et pour l'application de l'article 223-1 du code pénal.

a) *Textes notifiés lors de l'interrogatoire de première comparution*

Lors de la notification à Mme [P], au début de son interrogatoire de première comparution, des faits lui étant reprochés sous la qualification de mise en danger d'autrui, la commission d'instruction a retenu, au titre des textes prévoyant l'obligation particulière de prudence et de sécurité qui aurait été violée par elle, d'une part, l'article 1^{er} du décret n° 2017-1076 du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre des solidarités et de la santé et, d'autre part, l'article L. 1110-1 du code de la santé publique. Cependant, à la lumière des indications que nous avons données, ces textes, qui se bornent à définir en termes très généraux les attributions du ministre de la santé et à proclamer le droit à la protection de la santé sans même évoquer spécialement la lutte contre les menaces sanitaires que sont les épidémies, ne peuvent être regardés comme étant le siège d'une telle obligation.

- Décret n° 2017-1076 du 24 mai 2017

Aux termes de l'article 1^{er} du décret du 24 mai 2017⁹⁹ et pour ne retenir que les dispositions intéressant le présent débat : "*Le ministre des solidarités et de la santé prépare et met en œuvre la politique du Gouvernement dans les domaines de la solidarité, de la cohésion sociale, de la santé publique et de l'organisation du système de santé./ Sous réserve des compétences du ministre de l'action et des comptes publics, il prépare et met en œuvre la politique du Gouvernement dans le domaine de la protection sociale./ A ce titre :/ (...) 2° Il est responsable de l'organisation de la prévention des soins ; il élabore et met en œuvre, en liaison avec les autres ministres compétents, les règles relatives à la politique de protection de la santé contre les divers risques susceptibles de l'affecter (...)*"

Les décrets d'attribution comportent rarement une description minutieuse des attributions des ministres. Ils se distingueraient même plutôt par une rédaction "à l'économie"¹⁰⁰. Le décret du 24 mai 2017 ne fait pas exception. La mission qu'il confie au ministre d'assurer la protection de la santé publique par la mise en œuvre des règles prévues à cet effet est on ne peut plus générale. Elle ne saurait constituer une obligation particulière de prudence ou de sécurité au sens et pour l'application de l'article 223-1 du code pénal. Au demeurant, le texte se rapproche dans sa conception, des dispositions de l'article L. 912-1 du code de l'éducation selon lesquelles "*Les enseignants sont responsables de l'ensemble des activités scolaires des élèves*", dont la chambre criminelle a jugé qu'elles n'énonçaient aucune obligation de cette sorte¹⁰¹.

- Article L. 1110-1 du code de la santé publique

⁹⁹ Bien que son objet soit de définir les attributions d'un ministre déterminé, un décret d'attribution, pris en application du décret n° 59-178 du 22 janvier 1959 relatif aux attributions des ministres, est bien un "règlement" au sens de l'article 223-1 du code pénal dès lors qu'il s'applique abstraction faite du titulaire de la fonction (CE, 27 nov. 1935, *Colomb*, Rec. p. 1094 - Rapp. pour une délégation de signature : CE 29 juin 1990, *de Marin*, Rec. p. 183).

¹⁰⁰ M.-A. Granger, *Les décrets portant attribution des membres du gouvernement*, Rev. fr. de droit constitutionnel, 2013/2, n° 94, spéc. p. 344

¹⁰¹ Crim. 10 déc. 2002, n° 02-81.415, B. n° 223, précité, à propos de l'article 14 de la loi 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation dont les dispositions ont été codifiées à l'article L. 912-1 du code de l'éducation

Les dispositions de l'article L. 1110-1 du code de la santé publique nous apparaissent plus générales encore. Après avoir proclamé que "*le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous les moyens disponibles au bénéfice de toute personne*", cet article dispose que les différents professionnels, organismes et autorités contribuent, "*dans le champ de leurs compétences respectives fixées par la loi (...) à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible*". L'article L. 1110-1 se présente ainsi comme l'un de ces nombreux "textes fronton" qui, exprimant, dans tel ou tel champ spécifique de l'activité sociale ou économique, une orientation, une ambition ou une aspiration, sont faiblement normatifs. Assurer "*la meilleure sécurité sanitaire possible*" est un objectif général de santé publique que tous les acteurs du système de santé sont appelés à partager. Si un tel objectif peut inspirer l'interprète ou le décideur et si sa réalisation peut impliquer l'édition d'obligations particulières de prudence ou de sécurité, il ne s'analyse certainement pas lui-même en une telle obligation.

b) Textes complémentaires cités par l'arrêt attaqué

Au-delà des deux textes notifiés à Mme [P] lors de son interrogatoire de première comparution, la commission d'instruction a cité, dans l'arrêt attaqué, d'autres textes susceptibles de contenir une obligation particulière de prudence ou de sécurité dont les agissements reprochés à l'intéressée révéleraient la violation. Il s'agit des articles L. 1141-1 et L. 1141-2-8 du code de la défense ainsi que des articles L. 1413-4 et L. 3131-1 du code de la santé publique. Ces deux derniers articles sont visés par ailleurs dans les décisions de la commission des requêtes mais seulement pour fonder des poursuites du chef du délit, prévu à l'article 223-7 du code pénal, d'abstention de combattre un sinistre, dont on soulignera qu'il n'implique pas que soit établie la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité.

La circonstance qu'aucun des textes précités n'ait été évoqué lors de l'interrogatoire de première comparution de Mme [P] ne fait pas obstacle à ce qu'ils soient pris en compte pour apprécier la régularité de sa mise en examen du chef de mise en danger d'autrui, dès lors, bien entendu, qu'ils étaient en vigueur à la date des faits reprochés. La solution n'est que la transposition de la jurisprudence de la chambre criminelle selon laquelle la régularité de la poursuite n'est pas subordonnée au visa, dans la citation ou convocation en justice, du texte législatif ou réglementaire prévoyant l'obligation particulière de prudence ou de sécurité qui aurait été délibérément méconnue¹⁰². Selon la chambre, il incombe à la juridiction saisie de rechercher, au besoin d'office et sans être tenue par les mentions ou l'absence de mention de la citation, l'existence d'une telle obligation imposée par la loi ou le règlement dont la violation est susceptible de permettre la caractérisation du délit¹⁰³. Sous le bénéfice de cette précision, il convient d'analyser les textes cités par l'arrêt attaqué.

- Articles L. 1141-1 et L. 1141-2-8 du code de la défense

L'article L. 1141-1 du code de la défense, aux termes duquel "*chaque ministre est responsable, sous l'autorité du Premier ministre, de la préparation et de l'exécution des mesures de défense et de sécurité nationale incombant au département dont il a la*

¹⁰² Crim. 23 juin 1999, n° 97-85.267, B. n° 154

¹⁰³ Crim. 13 nov. 2019, n° 18-82.718

charge" ne pose qu'un principe de répartition. Il ne comporte aucune indication sur le contenu des mesures dont la préparation et l'exécution incombent à chaque ministre et n'évoque pas spécifiquement le ministre chargé de la santé. Sa formulation évoque également celle de l'article L. 912-1 du code de l'éducation dont on vu que, selon la jurisprudence de la chambre criminelle, il n'énonçait aucune obligation particulière de prudence ou de sécurité¹⁰⁴. La solution s'impose avec une telle évidence que, sans nul doute, la commission d'instruction n'a cité l'article L. 1141-1 du code de la défense qu'en lien avec l'article L. 1141-2-8 du même code, qui comporte des dispositions plus précises.

Relatif au rôle du ministre de la santé dans le dispositif de défense, l'article L. 1141-2-8 dispose qu'*"il est responsable de l'organisation et de la préparation du système de santé et des moyens sanitaires nécessaires à la connaissance des menaces sanitaires graves, à leur prévention, à la protection de la population contre ces dernières ainsi que la prise en charge des victimes"*. A la différence des textes précédents, cet article évoque explicitement la lutte contre les menaces sanitaires graves, au nombre desquelles figurent les épidémies, et investit le ministre de la santé d'un rôle central dans l'organisation de cette lutte, à tous les stades. Pour autant, si l'article L. 1141-2-8 fait obligation au ministre d'agir, il ne définit aucune obligation particulière de prudence ou de sécurité qui lui incomberait pour l'accomplissement de sa mission. Son objet n'est ni de désigner les moyens nécessaires à la prévention des menaces et à la protection de la population ni de déterminer les modalités selon lesquelles le ministre serait tenu de les utiliser. C'est à celui-ci qu'il revient d'apprécier les mesures à prendre en considérant divers paramètres, eux-mêmes évolutifs, telles que les données de la science, la nature et l'intensité de la menace, les contraintes pesant sur le système de santé ou encore les capacités de fabrication des produits nécessaires et l'efficacité des circuits d'approvisionnement. La marge d'appréciation qui lui est ainsi reconnue est incompatible avec l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité.

Au demeurant, le texte de l'article L. 1141-2-8 du code de la défense est assez proche dans sa conception, de l'article L. 2212-2 du CGCT relatif aux pouvoirs de police générale du maire en matière de lutte contre les "accidents", les "fléaux calamiteux" et les "pollutions" ou encore des articles L. 4121-1 et L. 4121-2 et L. 4141-1 et L. 4141-2 du code du travail relatifs aux obligations de l'employeur en matière de protection de la sécurité et de formation des travailleurs. Il a en commun avec ces articles de définir avec une certaine précision les objectifs impartis au responsable qu'il désigne sans détailler la conduite à tenir par lui. Or, nous avons vu que la chambre criminelle a refusé de voir dans les articles précités du CGCT et du code du travail l'énoncé d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité susceptible de constituer la condition préalable du délit de mise en danger d'autrui.

- Article L. 1413-4 du code de la santé publique

L'article L1413-4 du code de la santé publique est applicable dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-462 du 14 avril 2016 portant création de l'agence nationale de santé publique (ANSP)¹⁰⁵. Cet article est placé, au sein du livre IV de la première partie

¹⁰⁴ Crim. 10 déc. 2002, n° 02-81.415, B. n° 223, précité, à propos de l'article 14 de la loi 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation dont les dispositions ont été codifiées à l'article L. 912-1 du code de l'éducation

¹⁰⁵ L'ANSP est issue de la fusion de trois agences placées sous la tutelle du ministère de la santé : l'institut de veille sanitaire (InVS), l'institut national de prévention et d'éducation pour la santé (Inpes) et l'établissement de préparation et de réponse aux urgences sanitaires (Éprus) dont la principale mission était la gestion de la réserve sanitaire et des stocks pharmaceutiques stratégiques. L'article L. 1413-4 CSP a été modifié depuis lors par l'ordonnance n° 2022-582

du code de la santé publique relatif à "*l'administration générale de la santé*", sous une section consacrée à l'ANSP. Au nombre des six missions de l'agence énumérées à l'article L. 1413-1 figure "*La préparation et la réponse aux menaces, alertes et crises sanitaires*". L'article L.1413-4, dans le prolongement de ces dispositions, précise qu'"à la demande du ministre chargé de la santé, l'agence procède à l'acquisition, la fabrication, l'importation, le stockage, le transport, la distribution et l'exportation des produits et services nécessaires à la protection de la population face aux menaces sanitaires graves" et qu' "*elle assure, dans les mêmes conditions, leur renouvellement et leur éventuelle destruction*".

On relèvera d'emblée que, comme l'indique d'ailleurs le rapport au président de la République, ce texte a pour objet de définir les missions de l'ANSP et non celles du ministre chargé de la santé. Il n'est donc pas directement le support d'une quelconque obligation qui s'imposerait à lui. Cela étant, on peut en déduire qu'il appartient au ministre de veiller à ce que l'agence assure la disponibilité des produits et services nécessaires à la lutte contre les menaces sanitaires graves. Au prix de cette déduction, on peut admettre que les dispositions considérées font peser sur le ministre une obligation "de prudence ou de sécurité". Mais, pas plus que dans les textes que nous avons déjà examinés, cette obligation ne peut être qualifiée de "particulière", faute de précisions suffisantes relatives aux modalités et circonstances de sa mise en oeuvre.

A elle seule, l'indication selon laquelle la demande doit porter sur les produits et services "nécessaires" suffit à mettre en évidence la marge d'appréciation laissée au ministre, auquel il revient précisément d'évaluer cette nécessité. La gestion des produits et services nécessaires à la protection de la population contre les graves menaces sanitaires suppose des arbitrages qui excluent que les obligations pesant sur le ministre puissent être qualifiées d'"*objectives, immédiatement perceptibles et clairement applicables, sans faculté d'appréciation personnelle du sujet*" pour reprendre la formule de l'arrêt de la chambre criminelle du 13 novembre 2019. L'article L. 1413-4 du code de la santé publique ne comporte aucune indication sur la nature et la quantité des produits et services dont la disponibilité doit être assurée et ne détermine pas davantage les mesures que le ministre serait tenu de demander à l'agence.

Il en résulte d'ailleurs que, dans les décisions de la commission des requêtes et les réquisitoires subséquents, si l'absence de constitution de réserves de matériels de protection est retenue au nombre des manquements susceptibles d'être imputés aux membres du Gouvernement mis en cause, ce n'est pas parce que l'article précité aurait imposé la constitution d'une telle réserve mais parce que celle-ci était préconisée par les autorités de santé et les experts. En particulier, la commission des requêtes se réfère à l'avis du Haut conseil de la santé publique du 1^{er} juillet 2011 relatif à la stratégie à adopter concernant le stock Etat de masques respiratoires ou encore à l'avis d'experts relatif à la stratégie de constitution d'un stock de contre-mesures médicales face à une pandémie grippale, commandé par la direction générale de la santé à Santé publique France et remis en mai 2019. La sollicitation de ces avis et expertises sur la stratégie à mettre en oeuvre met clairement en évidence qu'à le supposer établi, le manquement reproché consisterait dans une erreur d'appréciation ou une négligence dans la définition et la conduite d'une politique publique et non dans la méconnaissance d'une prescription législative ou réglementaire qui, en quelque sorte, aurait dicté au ministre de manière univoque les éléments de la politique à suivre en la matière.

Pour être regardées comme édictant une obligation particulière de prudence ou de sécurité, il aurait fallu que les dispositions invoquées présentent une précision comparable, par exemple, à celles du code de la santé publique relatives au stock de sécurité des médicaments qui définissent de manière très précise les médicaments concernés et les quantités devant être stockées¹⁰⁶.

- Article L. 3131-1 du code de la santé publique

On ne peut que réitérer cette appréciation à propos des dispositions de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique qui confie au ministre de la santé un pouvoir de police spéciale pour la lutte contre les graves menaces sanitaires.

Aux termes du premier alinéa de cet article dans sa rédaction, applicable en l'espèce, issue de la loi n° 2007-294 du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur¹⁰⁷ : "*En cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population*".

Avant que, par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, le législateur ne crée le cadre juridique de l'état d'urgence sanitaire pour lutter contre les menaces présentant le caractère d'une "*catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population*", les mesures nécessitées par une "*menace sanitaire grave*", quelle qu'en fût l'intensité, étaient prises sur le fondement de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique, sans préjudice de l'exercice, par le premier ministre, de son pouvoir de police générale en cas de circonstances exceptionnelles¹⁰⁸. C'est sur ce fondement que, lors de l'émergence, sur le territoire français, de l'épidémie de covid-19, le ministre des solidarités et de la santé a pris, à compter du 4 mars 2020, plusieurs arrêtés prescrivant des mesures tendant à endiguer la menace. En particulier, par un arrêté du 14 mars 2020¹⁰⁹, un grand nombre d'établissements recevant du public ont été fermés au public, les rassemblements de plus de cent personnes ont été interdits et l'accueil des enfants, élèves et étudiants dans les établissements les recevant, a été suspendu¹¹⁰.

¹⁰⁶ v. art. R. 5124-49-4 CSP issu du décret n° 2021-349 du 30 mars 2021 relatif au stock de sécurité destiné au marché national.

¹⁰⁷ Après que Mme [P] a quitté ses fonctions, il a été modifié, par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 et complétant ses dispositions et par d'autres lois ultérieures. Contrairement à ce qui est indiqué au mémoire ampliatif, ce texte était bien applicable pendant la période couverte par la saisine, dans sa rédaction issue de la loi du 25 mars 2007.

¹⁰⁸ CE, ord. 22 mars 2020, n° 439674

¹⁰⁹ Arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19

¹¹⁰ Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2020, en cas de mise en oeuvre de l'état d'urgence sanitaire, les pouvoirs que le ministre de la santé tient de l'article L. 3131-1 s'articulent, dans les conditions précisées par le Conseil d'Etat, avec ceux dont se trouve investi le premier ministre dans ce cadre juridique d'exception (v. not. CE 28 janv. 2021, n° 440129).

A la date des faits reprochés, les dispositions de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique plaçaient donc le ministre en charge de la santé au centre du dispositif de lutte contre les menaces sanitaires graves que sont les épidémies. Mais, là encore, vous ne pourrez que constater que, pas plus que les précédents, cet article ne lui impose de prendre des mesures précisément déterminées. Bien au contraire, en indiquant que les mesures doivent être proportionnées aux risques courus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu, le texte met en évidence la marge d'appréciation dont dispose le ministre. On ne voit pas d'ailleurs comment il pourrait en être autrement. C'est le propre des mesures de police que de devoir être adaptées aux circonstances. Cette marge d'appréciation se traduit d'ailleurs dans la rédaction du texte qui confère au ministre le pouvoir de prendre les mesures qu'il juge adéquates, nécessaires et proportionnées mais ne lui en fait pas obligation. Là encore, cette marge d'appréciation est incompatible avec l'existence d'une obligation particulière de sécurité et de prudence dont le respect lui serait imposé. La solution rejoint celle, déjà évoquée, retenue par la chambre criminelle à propos des dispositions de l'article L. 2212-2 du CGCT relatif aux pouvoirs de police générale du maire.

c) Observations générales

Au terme de cette analyse, on relèvera que la commission des requêtes indique que les faits qu'elle énonce sont reprochables "*aux ministres des solidarités et de la santé successifs auxquels les articles L. 1413-4 et L. 13131-1 du code de la santé publique confèrent des pouvoirs particuliers face aux menaces sanitaires graves*". Dans cette phrase, le terme "particulier" ne peut être compris dans le sens qu'il revêt à l'article 223-1 du code pénal. L'objet de l'indication donnée par la commission des requêtes n'est pas d'établir l'existence possible des éléments constitutifs du délit prévu par ce texte mais de mettre en évidence que les faits qu'elle retient sous la seule qualification d'abstention de combattre un sinistre, sont susceptibles d'être imputés aux ministres chargés de la santé en raison des pouvoirs spécifiques qui leur sont conférés pour faire face aux menaces sanitaires graves. Ces pouvoirs spécifiques ne se confondent pas avec des obligations particulières de prudence ou de sécurité, étant rappelé que, pour être constituée, l'abstention de combattre un sinistre n'implique pas la violation d'une obligation de cette sorte.

Pour achever de se convaincre de ce que les textes cités n'énoncent aucune obligation particulière de prudence ou de sécurité dont la violation pourrait être reprochée à Mme [P], il suffit de se reporter à la liste des manquements reprochés à celle-ci dans l'interrogatoire de première comparution : absence d'inventaire suivi sur les moyens de protection, absence d'information des chefs d'établissements hospitaliers sur le changement de doctrine leur imposant de constituer leur propre stock tactique, incapacité de doter l'ANSP d'un directeur général, absence de commande suffisante de masques FFP2, assèchement drastique du stock de masques, participation au discours des responsables publics sur l'absence d'utilité du port du masque en population générale, consigne tardive de passer une commande de masques, absence d'anticipation concernant tous matériels nécessaires à la mise en oeuvre d'une politique efficace de tests, absence de suivi des démarches engagées pour la vérification du stock de masques, insuffisance de contrôle sur la mise en oeuvre de la politique de prévention des risques, ignorance des rapports d'experts.

Pour que ces manquements soient susceptibles de correspondre à la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité, il faudrait que des textes législatifs ou réglementaires imposent de manière précise et circonstanciée au ministre chargé de la santé de procéder aux diligences qu'il est reproché à Mme [P] de ne pas avoir effectuées ou proscrivent explicitement les initiatives qu'il lui est reproché d'avoir prises. Or, tel n'est

pas le cas. Les textes cités n'imposent aucune règle de conduite qui serait, en quelque sorte, en miroir de ces manquements.

Certes, vous pourriez envisager de fonder la mise en examen sur un texte, non visé par la commission d'instruction, qui contiendrait une obligation de cette sorte dont les manquements reprochés à Mme [P] seraient la violation¹¹¹. Mais, nous ne pouvons que constater avec un auteur "*l'absence de disposition législative ou réglementaire édictant des obligations précises de prévention, notamment des épidémies*"¹¹² que le ministre chargé de la santé serait tenu de mettre en oeuvre.

1.2.3.4.- Irrégularité de la mise en examen en l'absence d'obligation particulière de prudence ou de sécurité susceptible d'avoir été méconnue

a) Constat de l'irrégularité et portée du constat

Au terme de l'analyse, il apparaît donc qu'aucun des textes cités par la commission d'instruction ne prévoit une obligation particulière de prudence ou de sécurité qu'il pourrait être reproché à Mme [P] d'avoir méconnu.

A vrai dire, ce constat n'est pas très surprenant. Participant, au sein du Gouvernement, à la détermination et à la conduite de la politique de la Nation, le ministre de la santé est appelé à contribuer à l'élaboration des normes sanitaires ainsi qu'à la définition et la mise en oeuvre des politiques de santé publique. Dans l'exercice de cette mission, le ministre, créateur de la norme, tenu de prendre en compte les multiples facteurs susceptibles d'influencer sa décision, jouit nécessairement d'une marge d'appréciation. Selon la formule fameuse de Pierre Mendès-France, "gouverner c'est choisir"¹¹³. On conçoit ainsi difficilement que le ministre soit enserré dans un réseau "d'obligations particulières" de prudence et de sécurité qui encadreraient étroitement ses initiatives - même si, bien sûr, l'on ne peut exclure que, ponctuellement, de telles obligations puissent s'imposer à lui.

Ce sont en réalité les normes à l'élaboration desquelles il contribue qui, assez banalement, comportent des obligations de cette sorte. L'abondante réglementation suscitée par la crise sanitaire en est l'illustration. Elle comporte, pour l'endiguement de l'épidémie, de nombreuses obligations particulières de prudence et de sécurité - limitation des déplacements, isolement, interdiction de rassemblement ou d'ouverture... - pour la plupart, sanctionnées pénalement. Le tableau des infractions correspondantes est impressionnant¹¹⁴. Ces obligations sont susceptibles de constituer l'élément préalable du délit de mise en danger d'autrui, comme l'illustre un arrêt de la chambre criminelle

¹¹¹ v. pour une substitution à hauteur de cassation : Crim. 25 juin 2013, n° 12-81.820, B. n° 159

¹¹² T. Dal Farra, *La responsabilité de l'Etat et de ses représentants dans la gestion de l'épidémie de covid-19 - Les effets de la convergence des jurisprudences administrative et pénale*, AJDA 2020, p. 1463

¹¹³

Et pour reprendre les mots de Jean-Marc Sauvé : "*déterminer et conduire la politique de la nation, c'est (...) assumer des obligations allant bien au-delà de l'observation formaliste et vétilleuse de règles de prudence et de sécurité, même prévues par la loi ou le règlement*" ("*Trancher le noeud gordien de la responsabilité des ministres*", Acteurs publics, 11 oct. 2022).

¹¹⁴ On le trouvera dans la circulaire du ministère de la justice CRIM-2020-10/H3-23.03.2020 du 25 mars 2020 de présentation des dispositions applicables pendant l'état d'urgence sanitaire et relative au traitement des infractions commises pendant l'épidémie de Covid-19 (BO justice 2020-03)

déjà cité¹¹⁵. Les ministres y sont soumis en tant que citoyens mais ce n'est évidemment pas la violation de l'une de ces obligations qui est reprochée à Mme [P]. Au demeurant, on voit mal les cas dans lesquels une telle violation pourrait être "en rapport avec la conduite de la politique de l'Etat", critère de compétence de la Cour de justice de la République¹¹⁶.

Comme nous l'avons déjà souligné, ce sont des erreurs ou des défaillances dans la définition d'une politique de santé publique qui sont reprochées aux membres du Gouvernement mis en cause et non la méconnaissance d'une politique qui aurait été comme prédéfinie par la loi ou le règlement et qu'ils auraient été tenus de mettre en oeuvre, pour ainsi dire mécaniquement.

La circonstance que les ministres soient peu exposés, dans l'exercice de leurs fonctions, à méconnaître une obligation particulière de prudence et de sécurité qui leur serait imposée pour la conduite de la politique de l'Etat ne constitue pas une forme de privilège. Elle n'est que la conséquence de la spécificité des fonctions ministérielles. En outre, elle n'est pas synonyme d'immunité. Si l'action ou l'abstention fautive d'un ministre est la cause certaine, quoiqu'indirecte, d'atteintes à la vie ou à l'intégrité de la personne, la responsabilité pénale de celui-ci se trouvera exposée sans qu'il soit nécessaire de démontrer la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité. En ce cas, une faute caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, du code pénal pourra engager sa responsabilité pénale. Le plus souvent, elle consistera alors précisément à ne pas avoir pris les mesures réglementaires édictant des obligations particulières de prudence et de sécurité qui s'imposaient pour prévenir la survenance du dommage.

Tel était le cas dans l'affaire dite du sang contaminé évoquée par la commission d'instruction. Par son arrêt du 17 juillet 1998, cité par l'arrêt attaqué, la commission d'instruction avait alors renvoyé devant la Cour de justice de la République des membres du Gouvernement des chefs d'homicide et blessures involontaires, en raison des "*manquements aux obligations de prudence et de sécurité auxquelles ils étaient tenus, en application des dispositions (...) du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, et des articles L. 669 et L.670 du code de la santé publique, qui, dans leur rédaction applicable à la date des faits, faisaient obligation à l'autorité ministérielle d'édicter la réglementation nécessaire afin que soit préservée, en toutes circonstances, la qualité du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés utilisés à des fins thérapeutiques*"¹¹⁷. Le précédent est éclairant mais, par hypothèse, il ne saurait inspirer la solution de la présente affaire dès lors que, précisément, la méconnaissance d'une obligation de prudence ou de sécurité ne suffit pas à caractériser le délit de mise en danger d'autrui. Il faut que cette obligation soit "particulière".

b) Inopportunité d'un élargissement de la notion d'obligation particulière

¹¹⁵ Crim. 8 févr. 2022, n° 21-85.280, la caractérisation du délit se heurtant alors à la difficulté d'établir l'exposition effective d'autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures graves comme l'illustre le même arrêt.

¹¹⁶ Crim. 16 févr. 2000, n° 99-86.307, B. n° 72

¹¹⁷ Par arrêt du 9 mars 1999, la Cour de justice de la République a retenu la culpabilité d'un secrétaire d'Etat à la santé des chefs précités pour avoir "*commis une faute d'imprudence ou de négligence et un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence qui lui était imposée par le code de la santé publique*" en n'édictant pas la réglementation nécessaire "*pour que soit préservée, en toutes circonstances, la qualité du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés utilisés à des fins thérapeutiques*". Ultérieurement, est intervenue la loi du 10 juillet 2000 qui impose d'établir à l'encontre de l'auteur indirect du dommage une faute de mise en danger délibérée ou une faute caractérisée (art. 121-3, al. 4 CP).

Jusqu'à présent, nous avons raisonné en nous inscrivant dans le cadre tracé par la jurisprudence de la chambre criminelle dont nous avons dit qu'elle avait une conception très stricte de la notion d'obligation "particulière". Votre Assemblée plénière pourrait envisager d'interpréter cette notion de manière plus ouverte. Elle rejoindrait ainsi une préoccupation exprimée par les auteurs d'une proposition de loi tendant à élargir le champ du délit de mise en danger d'autrui. Il était proposé que le délit soit constitué non seulement en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement mais également en cas de "faute d'imprudence grave". La proposition procédait du constat, dans l'exposé des motifs, "*qu'il n'y a pas de concordance nécessaire entre l'édition d'une norme législative ou réglementaire et la création d'un risque*"¹¹⁸.

Cependant, en l'absence d'évolution législative, l'interprétation stricte de la chambre criminelle nous semble la seule conforme à la lettre du texte en même temps d'ailleurs qu'au principe énoncé à l'article 111-4 du code pénal, sauf à vider de sa portée l'exigence selon laquelle l'obligation de prudence ou de sécurité doit revêtir un caractère particulier. Elle est en outre conforme à l'intention du législateur qui, on l'a vu, a exprimé le souci d'encadrer étroitement une incrimination susceptible, à défaut, d'emporter une pénalisation excessive et difficilement maîtrisable des comportements dangereux non dommageables¹¹⁹. Il faut insister sur le fait que l'incrimination de la seule mise en danger a constitué une profonde évolution conceptuelle en même temps qu'une extension majeure de la répression qui n'est apparue justifiée que dans la mesure où les actions ou omissions constitutives du délit étaient précisément désignées par la loi ou le règlement. Enfin, une conception plus ouverte de la faute remettrait en cause l'équilibre atteint par le législateur lorsqu'il a modifié la définition de la faute d'imprudence par la loi, déjà citée, du 10 juillet 2000, dite loi Fauchon. Comme nous l'avons indiqué, la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement est une circonstance aggravante des délits d'atteinte involontaire à la vie et à l'intégrité de la personne. En outre, aux termes de l'article 121-3, alinéa 4, du code pénal, issu de la loi précitée, elle est, aux côtés de la "*faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité*" que son auteur ne pouvait ignorer, la seule faute qui soit de nature à engager la responsabilité pénale de celui qui n'est que l'auteur indirect du dommage - presque toujours, en pratique, un décideur, public ou privé. Concevoir de manière trop large la violation délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité en matière de mise en danger d'autrui aurait ainsi pour conséquence de remettre en cause la cohérence de cet ensemble législatif en [Z]érant la distinction entre faute caractérisée et faute dite délibérée. Ce sont d'ailleurs ces considérations qui ont conduit la doctrine à exprimer des réserves à l'égard de la proposition de loi précitée¹²⁰ et la commission des lois du Sénat à la renvoyer en commission.

1.2.4.- Observations sur la proposition de cassation

¹¹⁸ Proposition de loi Sénat n° 223, enregistrée le 13 janv. 2011, présentée par MM P. Fauchon, F. Zochetto et J.-R. Lecerf ; Rapport n° 246, pour la CL Sénat, enregistré le 11 janv. 2012

¹¹⁹ Intention exprimée lors de la discussion ayant précédé l'adoption de l'article 223-1 et rappelée dans le rapport sur la proposition de loi précitée. On peut lire sous la plume du rapporteur : "*L'article 223-1 est donc interprété de façon très restrictive, ce qui était d'ailleurs le souhait du législateur*" (rapp. p. 19)

¹²⁰ F. Rousseau, *Essai d'une reconfiguration des infractions contre les personnes à l'aune des scandales sanitaires*, Dr. Pén. 2013, étude 11, § 23.

En conséquence, nous concluons à la cassation sur la deuxième branche du moyen dès lors qu'en l'absence de la condition préalable tenant à l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité dont la violation pourrait lui être reprochée, Mme [P] ne pouvait être mise en examen du chef du délit de mise en danger délibérée d'autrui.

Cette cassation pourra avoir lieu sans renvoi en application de l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire dès lors que vous êtes en mesure de faire application de la règle de droit en annulant la mise en examen de Mme [P] pour violation des dispositions de l'article 80-1 du code de procédure pénale. L'annulation n'implique pas de supprimer du dossier l'interrogatoire de première comparution et les actes dont il est le support. Conformément à l'article 174-1 du même code, elle a pour seule conséquence que Mme [P] devra être *“considérée comme témoin assisté à compter de son interrogatoire de première comparution et pour l'ensemble de ses interrogatoires ultérieurs, jusqu'à l'issue de l'information”*¹²¹.

En l'état de la cassation proposée, il n'y a pas lieu d'examiner la troisième branche du moyen selon laquelle la commission d'instruction n'aurait pas suffisamment caractérisé l'élément intentionnel du délit prévu par l'article 223-1 du code pénal, lequel dispose que la violation de l'obligation particulière de prudence ou de sécurité ne peut être incriminée que si elle est *“manifestement délibérée”*¹²². Au demeurant, si elle était examinée, cette branche ne pourrait à notre sens emporter la cassation. Rappelons d'abord qu'à ce stade, il ne s'agit pas, pour la commission d'instruction, de caractériser l'infraction en tous ses éléments constitutifs, mais seulement de constater l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable que Mme [P] ait pu commettre le délit reproché, l'élément intentionnel pouvant à ce stade demeurer incertain¹²³. Par ailleurs, selon la jurisprudence de la chambre criminelle, pour que le caractère manifestement délibéré de la violation de l'obligation particulière de prudence ou de sécurité soit établi, il n'est pas nécessaire de démontrer que l'auteur a eu connaissance du risque créé¹²⁴. Quoi qu'il en soit, en l'absence d'obligation particulière de prudence ou de sécurité, la question de savoir si une telle obligation a été délibérément violée ne se pose pas.

2.- Sur le dépassement de saisine (2ème et 3ème moyens)

Les deuxième et troisième moyens de cassation sont pris de la violation des articles 80 du code de procédure pénale, 16, 17 et 19 de la loi organique du 23 novembre 1993. Ils sont dirigés contre les motifs par lesquels la commission d'instruction a écarté la demande d'annulation tirée d'un dépassement de saisine. Dans son deuxième moyen, Mme [P] soutient que la commission d'instruction aurait excédé ses pouvoirs en se reconnaissant le pouvoir d'instruire sur des faits postérieurs à ceux visés par la commission des requêtes et le procureur général. En son troisième, elle lui reproche de

¹²¹ Pour une application : Crim. 1^{er} oct. 2003, n° 03-82.909, B. n° 177

¹²² Pour un exemple de cassation prononcée, au stade du jugement, faute pour la cour d'appel d'avoir établi le caractère manifestement délibéré de la violation : Crim. 16 oct. 2007, n° 07-81.855, B. n° 246 dans une affaire où un chasseur avait tiré à 143 mètres d'une habitation alors qu'un arrêté préfectoral interdisait un tir à moins de 150 mètres.

¹²³ v. jurisprudence citée en 1.2.2.3, et, pour une cassation dans un cas où une chambre de l'instruction avait annulé une mise en examen au motif que le caractère volontaire des agissements de la personne mise en cause était insuffisamment établi : Crim. 22 sept. 2010, n° 10-82.198. A l'inverse, pour le rejet de moyen tiré de ce que la chambre de l'instruction avait insuffisamment caractérisé l'élément intentionnel : Crim. 11 févr. 2009, n° 07-86.705, B. n° 38 ; Crim. 17 févr. 2016, n° 15-85.553 ; Crim. 15 janv. 2014, n° 13-84.778, B. n° 11.

¹²⁴ v. Crim. 16 févr. 1999, n° 97-86.290, B. n° 24.

n'avoir pas annulé des expertises qui, selon elle, étaient hors saisine dès lors que la mission confiée aux experts tendait à établir les circonstances du décès de plaignants, étrangères, selon elle, aux faits, objet de la poursuite.

2.1.- Données de la question

2.1.1.- Saisine *in rem* et *in personam* de la commission d'instruction

Comme le juge d'instruction en droit commun, la commission d'instruction est saisie *in rem*. L'article 19, alinéa 1^{er}, de la loi organique du 23 novembre 1993, qui n'est que la transposition de l'article 80, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale, dispose qu'elle "*informe en vertu d'un réquisitoire du procureur général près la Cour de cassation*". Il en résulte qu'elle ne peut étendre sa saisine à des faits qui ne seraient pas visés dans le réquisitoire, introductif ou supplétif, comme vous avez eu l'occasion de le juger en matière de presse dans une affaire où la commission s'était emparée de propos qui n'étaient pas visés dans l'acte de poursuite¹²⁵.

Le procureur général est lui-même lié par la décision ou, lorsqu'il agit d'office, l'avis de la commission des requêtes relatif à la poursuite. Il est tenu d'ouvrir ou d'étendre l'information dans les termes de cette décision ou de cet avis, pour les seuls faits qui y sont visés. En son second alinéa, l'article 19 lui fait d'ailleurs obligation de viser dans son réquisitoire, selon le cas, la décision ou l'avis de la commission des requêtes. Pour reprendre les mots d'Henri-Claude Le Gall : "*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*". Comme l'a relevé le garde des Sceaux lors des débats ayant précédé l'adoption de la loi organique, la commission des requêtes¹²⁶ apparaît comme l'"instance essentielle dans le processus de saisine de la Cour de justice"¹²⁷. C'est donc elle qui détermine l'étendue de la saisine *in rem* de la commission d'instruction. C'est, bien sûr, une différence notable avec le droit commun qui ne connaît pas un tel organe.

En son deuxième alinéa, l'article 20 de la loi organique règle le cas où "*l'instruction révèle des faits nouveaux distincts de ceux ayant donné lieu à la saisine*". Selon ses dispositions, qui ne sont que la reprise de celles de l'article 80, alinéa 3, du code de procédure pénale, la commission d'instruction ne peut s'en saisir d'office. Elle doit communiquer le "*dossier au procureur général pour que ce magistrat prenne ses réquisitions*". Bien entendu, elle "*ne peut informer sur ces faits nouveaux que si la commission des requêtes donne un avis conforme*".

L'interdiction de se saisir de faits nouveaux ne fait pas obstacle à ce que la commission d'instruction requalifie les faits dont elle est saisie dès lors que cette requalification ne l'amène pas à appréhender des faits qui ne seraient pas compris dans sa saisine. En son premier alinéa, l'article 20 dispose que "*la commission d'instruction peut requalifier les*

¹²⁵ Ass. plén., 23 déc. 1999, n° 99-86.298, B., n° 312 - Le fait que l'arrêt ait été rendu en matière de presse n'en affecte pas la portée. En la matière, les propos litigieux constituent l'objet de la saisine et doivent être articulés dans l'acte de poursuite.

¹²⁶ dont nous rappelons qu'elle est composée de deux conseillers d'Etat, deux conseillers à la Cour de cassation et deux conseillers à la Cour des comptes.

¹²⁷ Doc. AN 1993, n° 504

faits qui sont soumis à son appréciation". Bien qu'elle n'ait pas son équivalent dans le code de procédure pénale, cette disposition ne fait que consacrer une solution résultant, en droit commun, d'une jurisprudence constante de la chambre criminelle¹²⁸.

La saisine de la commission d'instruction n'est pas seulement *in rem* mais aussi *in personam*. Conformément à l'article 68-1 de la Constitution, la compétence de la Cour de justice de la République - et donc de son organe d'instruction - est circonscrite aux faits qui auraient été commis par un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions. L'article 19, alinéa 1^{er}, de la loi organique dispose par ailleurs que le réquisitoire du procureur général doit être pris contre personne dénommée. Il résulte de la combinaison de ces deux textes que la commission ne peut informer qu'à l'égard du membre du Gouvernement désigné dans ce réquisitoire. C'est une différence majeure avec la règle de droit commun figurant à l'article 80, alinéa 2, du code de procédure pénale, aux termes duquel *"le réquisitoire peut être pris contre personne dénommée ou non dénommée"* - ou, selon l'expression commune, contre X.

2.1.2.- Délimitation, en l'espèce, de la saisine de la commission d'instruction

En l'espèce, la commission des requêtes de la Cour de justice de la République a reçu un grand nombre de plaintes dirigées contre des membres ou anciens membres du Gouvernement, dénonçant leurs insuffisances dans la gestion de la crise sanitaire sous diverses qualifications pénales dont celles d'homicide involontaire, abstention de combattre un sinistre, mise en danger délibérée d'autrui ou encore non assistance à personne en péril. Ces plaintes émanent de médecins exposant avoir manqué de matériels de protection, de syndicats dénonçant les conditions de travail de leurs membres pendant la crise sanitaire ou encore de personnes contaminées ou dont un proche est décédé du fait d'une contamination.

Un premier ensemble de plaintes a donné lieu à une décision de la commission des requêtes aux fins de poursuites de M. [F] [O], M. [Z] [U] et Mme [L] [P] sous la qualification d'abstention de combattre un sinistre, délit prévu à l'article 223-7 du code pénal. Au visa de cette décision, le procureur général a délivré, de ce chef, un réquisitoire introductif du 7 juillet 2020 à l'encontre des trois membres du Gouvernement.

Par la suite, la commission des requêtes a examiné plusieurs autres plaintes ou ensemble de plaintes qui ont donné lieu à de nouvelles décisions aux fins de poursuite à l'encontre des mêmes personnes, du même chef. Ces décisions ont été suivies de réquisitoires supplétifs en date des 22 octobre 2020, 17 décembre 2020, 9 juillet 2021, 12 juillet 2021 et 21 octobre 2021.

Dans tous les cas, que ce soit dans sa décision initiale ou dans ses décisions ultérieures, pour justifier l'exercice des poursuites du chef précité, la commission des requêtes a exposé, en substance, que, s'ils étaient établis, *«l'absence de constitution de réserves de matériel de protection malgré les préconisations d'autorités de santé et l'avis d'experts de mai 2019, le défaut de commandes immédiates de matériels en nombre suffisant»* ainsi que *«les éventuels retards dans la prise de décisions en matière sanitaire et en ce qui concerne le confinement, ainsi que la tenue des élections municipales seraient susceptibles de constituer l'élément matériel du délit»*. Le procureur général étant lié par la décision de la commission des requêtes, cette motivation a été reprise dans ses réquisitoires successifs. L'on peut ainsi observer que, d'un réquisitoire à l'autre, les manquements sur lesquels la commission d'instruction est invitée à informer sont

¹²⁸ not. Crim., 20 mars 1972, n° 71-93.622, B. n° 111 ; Crim., 28 oct. 1980, n° 79-94.231, B.n° 277 ; Crim., 13 mars 1984, n° 84-90.218, B. n° 107 ; Crim., 23 janv. 1990, n° 89-83.236, B. n° 43 ; Crim., 16 déc. 2020, n° 20-83.773, P..

toujours les mêmes, les réquisitoires précisant qu'ils auraient été commis "courant 2019 et 2020".

2.1.3.- Etendue du contrôle de cassation en matière de dépassement de saisine

Avant d'examiner les moyens proposés par Mme [P] tirés d'un dépassement de saisine, il faut encore donner quelques indications sur le contrôle exercé par la chambre criminelle lorsqu'est contesté devant elle le rejet d'une demande d'annulation tirée d'un tel grief. Les solutions sont nuancées. La chambre criminelle juge avec constance que la chambre de l'instruction procède souverainement à l'analyse des pièces jointes au réquisitoire qui déterminent l'étendue de la saisine¹²⁹. Relève en revanche de son contrôle les limites découlant des indications portées dans l'acte de poursuite lui-même, comme celles relatives à la qualification retenue, à la période couverte ou aux agissements visés. En outre, une fois la saisine délimitée, la chambre criminelle apprécie la qualité des motifs par lesquels la chambre de l'instruction écarte le moyen de nullité tiré ce qu'elle a été dépassée.

Ces solutions peuvent être transposées pour la délimitation de votre contrôle à la réserve près que le contrôle "en fait et en droit" que vous êtes appelés à exercer lorsque vous êtes saisis d'un pourvoi contre un arrêt rendu par la commission d'instruction sur une requête en nullité des actes de la procédure¹³⁰, devrait vous conduire à contrôler l'analyse des pièces.

Sans entrer dans son détail, on retiendra qu'en la matière, la jurisprudence de la chambre criminelle se caractérise par son pragmatisme et sa relative souplesse¹³¹. Cette orientation s'explique à la fois par le souci d'éviter d'enserrer la juridiction d'instruction dans un carcan trop rigide et par la volonté de ne pas s'ingérer dans la conduite de l'information en censurant, sous couvert du grief de dépassement de saisine, des actes dont l'utilité pour la manifestation de la vérité apparaîtrait discutable.

Il est bien entendu exclu que la juridiction d'instruction étende sa saisine à des faits que le ministère public n'a pas entendus y inclure. Il importe cependant que le dépassement de saisine soit manifeste. Il doit être caractérisé par des actes d'investigation révélant de manière univoque l'engagement de la juridiction d'instruction dans une voie étrangère à celle ouverte par la saisine.

Il en est ainsi de manière évidente, lorsque la juridiction d'instruction étend ses investigations à des faits postérieurs au réquisitoire introductif en raison de leur caractère possiblement délictueux¹³². De façon générale, il y a lieu à annulation chaque fois qu'elle prescrit des investigations "totalement étrangères" à l'objet de la saisine, en ce qu'elles ne peuvent avoir d'autre objet que la recherche d'infractions procédant de faits non

¹²⁹ Crim. 11 juill. 1972, B. n° 235 ; Crim. 6 févr. 1996, n° 95-84.041, B. n° 60 ; Crim. 11 avr. 2002, n° 02-80.778, B. n° 87 ; Crim. 8 juin 2005, n° 05-82.012, B. n° 173 ; Crim. 5 janv. 2017, 16-83.255.

¹³⁰ Ass. plén., 6 juin 2003, n° 01-87.092, 03-80.734, B. n° 2 ; Ass. plén., 13 mars 2020, n° 19-86.609, P., précités

¹³¹ Nous ne pouvons que renvoyer aux panoramas dressés par les auteurs. Voir notamment : Chr. Guéry, Rép. Dalloz dr.pén. et procéd. pén. ; *Instruction préparatoire*, Dalloz, n° 164 s. ; J.-P. Valat, JCl pén. Art. 79 à 84-1 - Fasc. 20 : *Juge d'instruction, juridiction d'instruction du premier degré, dispositions générales*, n° 44 à 83

¹³² Solution bien établie : Crim. 23 nov. 1967, B. n° 303 ; Crim. 12 févr. 1969, B. n° 69 ; Crim. 3 janv. 1970, B. n° 6 ; Crim. 15 mai 1979, B. n° 173 ; Crim. 29 oct. 1985, B. n° 332 ; Crim. 9 avr. 1986, B. n° 122). Le tempérament admis pour saisir des faits de trafic de stupéfiants qui sont la poursuite de ceux visés dans le réquisitoire sont sans application en l'espèce (v. Crim. 31 mai 2007, n° 07-81.318).

compris celle-ci. Les arrêts de la chambre criminelle relevant un tel dépassement sont peu nombreux¹³³. Nous en citerons deux.

Dans un cas, saisi du chef de blessures involontaires causées par un manquement à la réglementation relative à la sécurité des travailleurs, le juge d'instruction avait délivré une commission rogatoire aux fins de se faire communiquer, par l'entreprise et une société de travail temporaire, les pièces contractuelles se rapportant à la situation des personnels mis à la disposition de la première par la seconde. Après exécution de la délégation, le juge avait transmis la procédure au procureur de la République aux fins de réquisitions supplétives du chef, notamment, de marchandage. La chambre criminelle, constatant que le juge d'instruction avait procédé à des actes d'instruction à l'égard de faits dont il n'était pas saisi, a censuré la chambre de l'instruction qui avait refusé de faire droit à la requête en nullité tirée d'un dépassement de saisine¹³⁴.

Dans l'autre cas, une information avait été ouverte du chef de tentative d'extorsion de fonds à la suite de faits dont avait été victime la gérante d'un débit de boissons. Le juge d'instruction avait délivré une commission rogatoire aux fins d'identifier l'ensemble des établissements gérés par les auteurs présumés de l'extorsion, de déterminer l'origine de leur patrimoine et de mener des investigations diverses sur leurs "acolytes", non impliqués dans les faits reprochés. La chambre criminelle a approuvé la chambre de l'instruction d'avoir jugé que le juge avait commis un excès de pouvoir en prescrivant des investigations "*totalelement étrangères à l'instruction du délit de tentative d'extorsion de fonds*"¹³⁵.

Dans les deux cas, par la délivrance d'une commission rogatoire, le juge d'instruction avait clairement orienté l'information en dehors du champ de sa saisine. On peut supposer que la solution aurait été la même s'il avait prescrit une expertise ne pouvant avoir d'autre objet que de mettre au jour une infraction dont il n'était pas saisi ou, de manière générale, s'il avait procédé à des investigations approfondies à cette fin, telle une audition de témoin réitérée et présentant un caractère incriminant pour la personne entendue et le mis en examen¹³⁶.

C'est à la lumière de ces précisions, qu'il convient d'examiner les moyens par lesquels Mme [P] reproche à la commission d'instruction d'avoir écarté ses griefs pris d'un dépassement de saisine. Dans la requête en nullité comme dans les moyens qu'elle vous soumet, Mme [P] distingue entre le grief tiré du dépassement, par la commission d'instruction, de sa saisine "temporelle" et celui tiré du dépassement, par elle, de sa saisine "matérielle". En réalité, le dépassement de saisine est toujours matériel puisqu'il tend à appréhender des faits non compris dans celle-ci, qu'ils soient concomitants ou postérieurs à ceux qui y sont compris. Cependant, dans un souci de clarté, nous conserverons la distinction.

2.2.- Grief tiré du dépassement, par la commission, de sa saisine temporelle (2^{ème} moyen)

¹³³ Ce cas de figure est à distinguer de celui - sur lequel nous reviendrons - où, à la suite de la découverte incidente de faits nouveaux, la juridiction d'instruction poursuit ses investigations sur ces faits.

¹³⁴ Crim. 24 nov. 1998, n° 98-83.247, B. n° 315

¹³⁵ Crim. 28 sept. 2005, n° 05-84.495, B. n° 246

¹³⁶ En ce sens : Crim. 8 juin 2017, n° 17-80.709

2.2.1.- Limite temporelle de la saisine et articulation du grief devant la commission

Comme nous nous l'avons indiqué, aux termes du réquisitoire aux fins d'informer et des réquisitoires supplétifs, la commission d'instruction est saisie de faits qui auraient été commis "à Paris courant 2019 et 2020". Aucun des faits dénoncés dans les plaintes à l'origine des réquisitoires supplétifs n'étant postérieur au 7 juillet 2020, date du réquisitoire initial aux fins d'informer, il faut considérer que cette date constitue la limite temporelle de la saisine de la commission d'instruction. C'est d'ailleurs l'analyse qui a été faite par celle-ci. Souhaitant rechercher d'éventuelles infractions qui auraient pu être commises dans la gestion de la crise sanitaire à un stade ultérieur, elle a adressé au procureur général, le 3 février 2021, une demande aux fins d'obtenir une extension de sa saisine au-delà du 7 juillet 2020. Le procureur général a communiqué cette demande, avec un avis défavorable, à la commission des requêtes qui, par décision du 12 mars 2021, a refusé d'y faire droit¹³⁷.

Dans sa requête en nullité, Mme [P] a retenu également la date du 7 juillet 2020 comme bornant, pour l'avenir, la saisine de la commission d'instruction. Elle a soutenu que, nonobstant le refus qui avait été opposé à celle-ci d'étendre sa saisine au-delà de cette date, la commission d'instruction avait "*cherché activement de nouvelles infractions susceptibles d'avoir été commises par les membres du Gouvernement*" postérieurement. Pour mettre en évidence cette orientation donnée, selon elle, à l'information, la requérante a cité un certain nombre de questions posées par les membres de la commission d'instruction lors de diverses auditions.

Elle a ainsi soutenu que la commission d'instruction avait excédé sa saisine en demandant à M. [D] [W], professeur au conservatoire national des Arts et Métiers et ancien directeur général de la santé, son opinion sur la suffisance des mesures prises à l'égard des personnes arrivant sur le territoire national en provenance de zones à risque, sur celles prises pour cantonner la diffusion du virus, tels le couvre-feu, le renforcement des jauges ou la fermeture de certains commerces, ou encore sur la stratégie de vaccination prioritaire des personnes hébergées en EHPAD¹³⁸. Il était également reproché à la commission, sous le même grief, d'avoir posé des questions sur les mêmes thèmes à M. [E][V], alors directeur général de la santé¹³⁹, Mme [EF] [X], qui fut directrice-adjointe du cabinet, en charge du covid-19 au cabinet du ministre des solidarités et de la santé¹⁴⁰, M. [FK][UT], qui fut conseiller au cabinet du ministre, en charge du covid-19¹⁴¹, et M. [G][T], qui fut, notamment, conseiller sécurité sanitaire à ce même cabinet¹⁴².

Toutefois, la requérante n'est pas allée au-delà de ces quelques illustrations. Exposant que "*les occurrences de ces actes d'investigation par lesquels la commission cherche à étendre sa saisine*" sont "*véritablement trop nombreuses pour être toutes relevées*", elle

¹³⁷ v. cote D 647/1 à 15

¹³⁸ D 2329/15, 2233/13 et 2236/11, 12 et 16

¹³⁹ D6055/16

¹⁴⁰ D610/6

¹⁴¹ D502/15

¹⁴² D 654/33 et 34

a demandé à la commission d'instruction l'annulation de tous les actes d'investigation portant sur des faits postérieurs au mois de juillet 2020, sans autrement les désigner.

Dans son deuxième moyen de cassation, elle soutient que, pour écarter cette demande, la commission d'instruction se serait reconnue le pouvoir d'instruire sur des faits non compris dans sa saisine. Avant d'examiner le bien-fondé de ce moyen, tiré d'une erreur de droit qui affecterait les motifs de l'arrêt attaqué, il importe de relever que les éléments invoqués dans la requête en nullité n'étaient pas de nature à établir le dépassement de saisine allégué.

2.2.2.- Un dépassement de saisine demeurant, dans la requête en nullité, à l'état d'allégation

Dans un dossier d'information qui comptait près de 9000 cotes à la date de l'audience tenue par la commission d'instruction - et qui en compte aujourd'hui près de 16 000 -, il ne peut être déduit des quelques questions évoquées, présentant un caractère ponctuel et dont il n'est pas démontré qu'elles s'inscrivent dans une démarche d'ensemble, que la commission d'instruction aurait cherché à mettre au jour des infractions qui auraient été commises durant la période postérieure à celle dont elle était saisie.

Une telle déduction serait d'autant plus discutable que les questions posées n'apparaissent pas étrangères aux faits dont la commission d'instruction se trouve saisie si l'on considère qu'elles étaient de nature à mettre en évidence les interrogations ou incertitudes pouvant entourer la détermination des mesures de protection propres à endiguer la propagation de l'épidémie et donc à éclairer l'appréciation que la commission était appelée à porter sur la stratégie suivie aux premiers stades de la crise.

Certes, la requérante soutenait que semblables "occurrences" dans les procès-verbaux d'audition étaient trop nombreuses pour être toutes citées. En conséquence, elle invitait la commission d'instruction à passer en revue ces procès-verbaux afin d'y supprimer toutes les questions ou parties de question devant être considérées comme portant sur des faits non compris dans sa saisine. Cependant, Mme [P] ne pouvait se borner à alléguer l'existence de tels procès-verbaux en attendant de la commission d'instruction qu'elle procède à l'examen de la totalité des auditions figurant au dossier pour y déceler elle-même les éléments susceptibles de caractériser, aux yeux de la requérante, un dépassement de saisine. Il appartient moins encore à votre Assemblée plénière de se livrer à une telle revue. C'est à la requérante qu'il revenait d'identifier de manière précise les procès-verbaux qu'elle estimait litigieux.

Au demeurant, dans son deuxième moyen de cassation, Mme [P] ne soutient pas devant vous que les quelques extraits d'audition produits par elle caractériseraient à eux-seuls un dépassement de saisine. Elle ne reproche pas davantage à la commission d'instruction de n'avoir pas elle-même mis au jour d'autres procès-verbaux qui auraient conforté la réalité de ce dépassement. Elle lui reproche d'avoir affirmé, dans les motifs de l'arrêt attaqué, qu'elle pouvait, sans excéder sa saisine, informer sur des faits postérieurs à celle-ci.

Vous pourriez être tentés de déclarer le moyen irrecevable après avoir relevé que, n'ayant pas fait état, devant la commission d'instruction, d'investigations pouvant être regardées comme caractérisant un dépassement, par la commission, de sa saisine temporelle, la demanderesse n'est pas recevable à critiquer les motifs par lesquels son moyen de nullité tiré d'un tel dépassement a été écarté. Cependant, il serait discutable d'opposer cette irrecevabilité dès lors que, nonobstant le contenu des procès-verbaux critiqués, la censure serait, à notre sens, encourue s'il résultait effectivement des motifs

de l'arrêt attaqué que la commission d'instruction a entendu instruire au-delà des limites de sa saisine. L'examen du deuxième moyen, fût-ce pour l'écarter, nous paraît donc s'imposer.

2.2.3.- Un dépassement de saisine ne résultant pas des motifs critiqués au moyen

2.2.3.1.- Appréhension globale de la crise sanitaire et dépassement de saisine (1^{ère} branche)

A la première branche du moyen, Mme [P] reproche à la commission d'instruction d'avoir retenu, pour écarter sa demande, qu'un sinistre, "*telle qu'une pandémie, ne se limite pas à un fait précis et déterminé dans sa matérialité et sa temporalité mais concerne un événement protéiforme se déroulant dans le temps qui contraint le juge d'instruction à informer sur l'ensemble du phénomène par nature indivisible, alors même que le réquisitoire ne vise qu'une partie de celui-ci*"¹⁴³. La demanderesse soutient qu'en se déterminant ainsi, la commission d'instruction s'est reconnue le pouvoir d'informer en dehors de sa saisine.

Cependant, ces motifs qui, au demeurant, ne figurent pas dans la partie de l'arrêt consacrée au grief tiré du dépassement de la saisine temporelle de la commission, ne nous semblent pas revêtir la portée qui leur est prêtée. Lorsque la commission évoque la nécessité "*d'informer sur l'ensemble du phénomène*", elle n'affirme pas qu'elle a le pouvoir de rechercher des manquements qui auraient pu être commis dans la gestion de la crise sanitaire postérieurement à la période couverte par les réquisitoires du procureur général. Une telle affirmation serait d'ailleurs surprenante : c'est précisément parce qu'elle a estimé qu'elle ne disposait pas de ce pouvoir que la commission a sollicité l'extension de saisine qui, on l'a vu, lui a été refusée. Par les motifs critiqués, la commission d'instruction exprime seulement l'idée que la crise sanitaire elle-même présente, pour reprendre l'expression d'une auteure¹⁴⁴, une "*unité substantielle*" qui ne peut être ignorée.

Cette appréciation est explicitée dans la réponse qu'elle apporte plus spécifiquement au grief tiré du dépassement de sa saisine temporelle. Evoquant certaines questions posées par elle à Mme [P] sur des faits survenus après son départ du gouvernement, la commission énonce qu'elles avaient pour objet d'"éclairer" ses membres "*sur une crise complexe, qualifiée d'exceptionnelle*" ainsi que sur "*les mesures prises dans les différents temps de la crise sanitaire, leur articulation entre elles, l'acquisition de connaissances nouvelles, y compris aux différents stades d'une pandémie*". Autrement dit, il est apparu indispensable à la commission d'instruction, pour porter une appréciation éclairée sur les dispositions prises par le gouvernement au début de la crise sanitaire, de considérer celles mises en oeuvre à des stades ultérieurs, de même d'ailleurs qu'il lui est apparu indispensable de s'éclairer en procédant à des comparaisons internationales. Cette orientation ne caractérise pas un dépassement de saisine.

Les motifs critiqués font écho à la jurisprudence de la chambre criminelle illustrée par de nombreux arrêts, selon laquelle des faits non compris dans la période visée par la poursuite peuvent être pris en compte dès lors qu'ils constituent des circonstances de nature à éclairer ceux qui y sont inclus. La chambre criminelle a ainsi censuré un arrêt

¹⁴³ v. arrêt attaqué, § 3.1.2., p. 11.

¹⁴⁴ M.-A. Hermitte, *Les réponses du droit aux crises sanitaires : introduction générale*, L'Harmattan, 2016

qui avait annulé des actes d'information pour défaut de lien direct avec les infractions poursuivies, reprochant aux juges du fond de ne pas avoir apprécié "*si, indépendamment de la preuve même desdites infractions, les actes prescrits ne tendaient pas à la connaissance de leurs circonstances et des buts de leurs auteurs*"¹⁴⁵. Devant les juridictions correctionnelles, la solution trouve son prolongement dans la jurisprudence selon laquelle ne constitue pas un dépassement de saisine la prise en compte de circonstances extérieures à la période couverte par la prévention dès lors qu'elle tend à éclairer les faits qui y sont inclus ou en faire la preuve¹⁴⁶.

A la même branche du deuxième moyen, Mme [P] reproche par ailleurs à la commission d'instruction d'avoir affirmé qu'elle entendait instruire sur les faits "*résultant des diverses plaintes et des quelques documents versés aux débats à leur soutien*"¹⁴⁷. Mais il ne résulte en aucune façon du passage incriminé que la commission se serait ainsi octroyée le droit d'instruire sur des faits non compris dans sa saisine. C'est même tout le contraire : par cette indication, elle se borne à rappeler les termes de celle-ci en précisant les éléments factuels sur lesquels s'est fondée la commission des requêtes pour la délimiter, dans des termes qu'elle rappelle.

2.2.3.2.- Investigations non coercitives et dépassement de saisine (2^{de} branche)

Le moyen ne nous paraît pas davantage pouvoir être accueilli en sa seconde branche. Mme [P] y soutient que la commission d'instruction aurait affirmé avoir le pouvoir d'instruire en dehors de sa saisine à condition de n'accomplir que des actes d'investigation ne présentant pas un caractère coercitif, telle l'audition de témoins. Si tel était le cas, l'affirmation procéderait bien entendu d'une erreur de droit.

Selon une jurisprudence ancienne et constante de la chambre criminelle, "*lorsqu'il acquiert la connaissance de faits nouveaux, le juge d'instruction, doit communiquer le dossier au procureur de la République, le cas échéant après avoir procédé à des vérifications sommaires destinées à en apprécier la vraisemblance, à l'exclusion de toute mesure coercitive*"¹⁴⁸. La solution, pragmatique, tend à concilier l'interdiction faite au juge d'instruction d'informer en dehors de sa saisine avec l'objectif de célérité et d'efficacité dans la conduite des investigations. Le juge d'instruction n'est pas tenu de communiquer le dossier au parquet sitôt qu'il a découvert des faits nouveaux. Il a la possibilité d'effectuer quelques vérifications pourvu qu'elles soient à la fois sommaires et non coercitives.

La demanderesse reproche à la commission d'instruction d'avoir occulté une partie de la règle énoncée par la chambre criminelle en considérant qu'elle l'autorisait à procéder à

¹⁴⁵ Crim. 12 févr. 1985, n° 84-93.909, B. n° 69 - voir à titre d'illustration récente : Crim. 20 août 2014, n° 09-83.980 et 14-83.752 qui approuve une chambre de l'instruction d'avoir considéré que n'excédait pas la saisine du juge d'instruction l'identification d'autres patientes que celles, désignées par la poursuite, qui auraient été victimes, par le médecin, de viols ou d'agressions sexuelles dès lors que cette recherche était utile à la manifestation de la vérité, l'hypothèse d'une collusion entre les premières patientes devant être vérifiée.

¹⁴⁶ Crim. 3 mai 2017, n° 16-84.072 ; Crim. 17 oct. 2017, n° 16-81.289 ; Crim. 27 févr. 2018, n° 17-81.457 ; Crim. 19 juin 2018, n° 17-84.694 ; Crim. 29 janv. 2019, n° 18-80.898

¹⁴⁷ Arrêt p. 11, § 3.1.2. al. 7

¹⁴⁸ v. not. Crim. 8 juin 2017, n° 17-80.709, B. n° 159 ; Crim. 13 déc. 2000, n° 00-84.189, B. n° 377 ; Crim. 30 juin 1999, n° 99-81.426, B. n° 176 ; Crim. 1^{er} déc. 1998, n° 98-83.566, B. n° 323 ; Crim. 1^{er} avr. 1998, n° 97-84.372, B. n° 124 ; Crim. 6 févr. 1996, n° 95-84.041, B. n° 60

des vérifications non coercitives sans rappeler que ces investigations devaient en outre demeurer “sommaires”.

Il nous semble que le moyen manque en fait. La commission d’instruction qui s’est expressément référée à deux arrêts de la chambre criminelle, n’a pas méconnu le cadre tracé par celle-ci.

Elle a d’abord cité un arrêt du 10 mai 1994 posant en principe que “*si l’article 80 du Code de procédure pénale interdit au juge d’instruction d’informer sur des faits dont il n’a pas été saisi, en vertu d’un réquisitoire du procureur de la République, ce texte ne met pas obstacle à ce que soient prescrites des vérifications, en relation, comme en l’espèce, avec la recherche de la preuve des faits poursuivis, fussent-elles éventuellement de nature à aboutir à caractériser des délits nouveaux*”¹⁴⁹. Autrement dit, la circonstance que des vérifications effectuées dans les limites de la saisine révèlent des faits étrangers à celle-ci n’est pas une cause de nullité. L’arrêt se rattache à la jurisprudence citée au paragraphe 2.1.3.

Le second arrêt, du 14 janvier 2014¹⁵⁰, cité par la commission d’instruction, règle la question, située plus en aval, des pouvoirs du juge d’instruction - ou de l’officier de police judiciaire agissant sur sa délégation - lorsque des faits nouveaux sont mis au jour par des investigations. L’arrêt s’inscrit dans la jurisprudence ancienne et constante de la chambre criminelle, que nous avons rappelée, permettant au juge d’instruction ou à l’officier de police judiciaire agissant sur sa délégation, lorsqu’il découvre incidemment des faits nouveaux, de procéder sur ces faits à des vérifications non coercitives et sommaires avant d’en saisir le ministère public.

La commission d’instruction, qui s’est référée à cet arrêt, n’a donc pas ignoré que, dans ce cas de figure, les investigations, nécessairement non coercitives, ne pouvaient revêtir qu’un caractère sommaire.

En tout état de cause, ce point nous paraît indifférent. Il n’était pas nécessaire d’évoquer la jurisprudence illustrée par l’arrêt du 14 janvier 2014 qui ne trouve à s’appliquer qu’en cas de découverte de faits nouveaux susceptibles de justifier une communication au ministère public. Au cas présent, il n’est pas établi ou même allégué que la commission d’instruction aurait découvert de tels faits. A fortiori ne peut-il être allégué qu’elle aurait instruit à leur égard en accomplissant des actes allant au-delà de vérifications non coercitives et sommaires. Autrement dit, la jurisprudence illustrée par l’arrêt du 14 janvier 2014 est étrangère aux circonstances de l’espèce.

Après avoir rappelé les solutions retenues par la chambre criminelle, la commission d’instruction énonce qu’*“en procédant à de nombreuses auditions de témoins”*, ses membres *“n’ont, à l’évidence, usé d’aucun moyen coercitif”*. Il ne se déduit pas de ces motifs que, même implicitement, la commission se serait ainsi reconnue le pouvoir d’instruire hors saisine par des actes non coercitifs. En rappelant qu’elle n’a procédé à aucun acte coercitif relatif à la période postérieure à sa saisine, elle ne fait que corroborer l’analyse selon laquelle elle n’a pas cherché à mettre au jour d’éventuelles infractions qui auraient été commises durant cette période mais seulement à s’éclairer sur les faits dont elle était saisie. La demanderesse n’ayant fait état d’aucune audition ou suite d’auditions qui révélerait la volonté de la commission d’instruction de conduire

¹⁴⁹ Crim. 10 mai 1994, n° 93-81.522, B. n° 180 - On peut citer, dans le même sens : Crim., 30 mai 1996, n° 226

¹⁵⁰ Crim. 14 janv. 2014, n° 13-84.909, B. n° 8

activement des investigations approfondies sur des faits postérieurs à sa saisine, nous ne voyons pas comment lire autrement les motifs de l'arrêt attaqué.

Aussi, au terme de l'examen des deux branches du moyen, il apparaît que, contrairement à ce que soutient la demanderesse, la commission d'instruction ne s'est pas estimée saisie de faits qui n'auraient pas été compris dans sa saisine et que, pas davantage, elle n'a admis, fût-ce implicitement, avoir instruit en dehors de celle-ci. Elle a au contraire considéré qu'elle était demeurée dans les limites fixées par la commission des requêtes et le procureur général, qu'elle a d'ailleurs rappelées, en l'état du refus d'extension qui lui a été opposé.

2.3.- Grief tiré du dépassement, par la commission, de sa saisine matérielle (3^{ème} moyen)

2.3.1.- Délimitation du champ de la contestation quant aux expertises

2.3.1.1.- Contestation de l'ordonnance aux fins d'expertise relative à [S] [I]

Parmi les faits reprochés à Mme [P], figurent ceux dénoncés dans une plainte émanant de M. Eric [Z], déposée à la fois du chef d'abstention de combattre un sinistre et d'homicide involontaire. Dans sa plainte, M. [Z] soutient que l'insuffisance des matériels de protection mis à la disposition de la population a favorisé la contamination, par le SARS-CoV-2, des pensionnaires de l'établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) [2], situé à [Localité 3], parmi lesquels se trouvait sa compagne, [S] [I]. M. [Z] expose dans sa plainte que celle-ci est décédée à l'hôpital le [Date décès] 2020 après avoir contracté la covid-19.

Dans sa décision, dont les termes ont déjà été cités, la commission des requêtes a transmis la plainte au procureur général aux fins de poursuites du seul chef d'abstention de combattre un sinistre. Sur cette transmission, le procureur général a délivré le réquisitoire supplétif du 12 juillet 2021.

Par une ordonnance du 4 octobre 2021, la présidente de la commission d'instruction a confié à deux experts le soin d'examiner le dossier médical de [S] [I] avec pour mission de décrire les troubles dont souffrait l'intéressée afin de dire s'ils étaient en relation directe avec une infection par le SARS-CoV-2 et s'ils traduisaient une pathologie liée à la covid-19. Elle leur a également demandé de décrire les soins dispensés, de *“dire s'ils ont été conduits conformément aux règles de l'art et aux données acquises de la science médicale à l'époque où ils ont été pratiqués”* et d'indiquer, *“le cas échéant, si les actes médicaux réalisés ont eu, pour la patiente des conséquences anormales au regard de son état de santé initial comme de l'évolution prévisible de celui-ci, en prenant en considération les données relatives à l'état de santé antérieur présenté avant les actes, diagnostics, soins, interventions chirurgicales”*.

La présidente de la commission d'instruction a en outre invité les experts à dire si l'état de santé de [S] [I] la prédisposait *“à être victime de la dégradation qui s'est produite”*, leur demandant de préciser si le décès était *“la conséquence de l'évolution prévisible de la pathologie initiale”* ou s'il avait été causé par *“un accident médical, affection iatrogène ou infection nosocomiale”*. Dans ce second cas, les experts étaient invités à déterminer si le décès avait été *“la conséquence d'un non-respect des règles de l'art, en précisant le caractère total ou partiel de l'imputabilité”* ou s'il résultait *“d'un aléa”*.

Devant la commission d'instruction, Mme [P] a demandé l'annulation de cette expertise faisant valoir qu'elle excédait la "*saisine matérielle de la commission d'instruction*"¹⁵¹.

Dans sa requête en nullité, elle a exposé que les questions posées aux experts concernaient "*uniquement les causes de la mort*" de la compagne de M. [Z] de sorte que "*le résultat de l'expertise, quel qu'il puisse être, ne saurait revêtir la moindre pertinence au regard des faits dont est saisie la commission d'instruction concernant des ministres et anciens ministres, sous les qualifications de mise en danger d'autrui et d'abstention de combattre un sinistre*". En particulier, la requérante a souligné que "*la conformité ou l'absence de conformité aux règles de l'art des actes médicaux en cause ne saurait concerner que le personnel médical à l'origine desdits actes, sans avoir le moindre rapport avec les actes de Mme [L] [P] ou de l'un des mis en cause, dans leurs fonctions ministérielles*". L'argumentation, assez brève, nous paraît contenir, au moins implicitement, le reproche qu'en recherchant les causes de la mort au-delà de sa saisine, la commission d'instruction aurait instruit sur des faits d'homicide involontaire susceptibles d'être imputés à Mme [P].

Comme nous l'avons indiqué dans l'exposé général des faits et de la procédure, la même mission d'expertise a fait l'objet d'un contentieux parallèle, pour le même motif¹⁵². Exerçant alors le recours ouvert à l'article 161-1 du code de procédure pénale, Mme [P] a demandé la suppression de l'ensemble de la mission, estimant qu'elle excédait la saisine de la commission d'instruction. L'ordonnance par laquelle la présidente de la commission a rejeté cette contestation a été annulée par votre arrêt du 26 avril 2022 en raison de la méconnaissance de l'exigence de collégialité. Sur renvoi après cassation, la commission d'instruction autrement présidée, par arrêt du 30 juin 2022, a écarté à nouveau la demande de Mme [P] qui s'est à nouveau pourvue en cassation. Le premier président a dit n'y avoir lieu à examen immédiat de ce pourvoi¹⁵³.

2.3.1.2.- Contestation d'ordonnances aux fins d'expertise non encore versées au dossier

Dans sa requête en nullité¹⁵⁴, Mme [P] invoque en outre l'irrégularité, pour le même motif, de trois autres "*expertises en cours*" relatives à Mme [H][SX], Mme [I] [PA] et M. [J][Q], qui ne lui auraient pas été notifiées ainsi que de probables autres dont elle n'aurait pas encore eu connaissance. Il est constant que ni ces expertises ni les décisions les prescrivant ne figuraient au dossier soumis à la commission d'instruction lors de son audience tenue le 29 mars 2022 sur la requête en nullité. A cette date, le dossier ne comportait que des correspondances faisant référence aux trois premières¹⁵⁵. Il résulte de l'examen des pièces de la procédure que seule a été cotée avant l'audience l'ordonnance concernant [S] [I], qui, rendue après la mise en examen de Mme [P], le 10 septembre 2021, a été notifiée à celle-ci en application de l'article 161-1 du CPP. D'autres ordonnances aux fins d'expertise, antérieures à la mise en examen, n'ont été

¹⁵¹ Requête, § 2.3.2, p. 76, pts 138 et 139

¹⁵² v. supra, faits et procédure

¹⁵³ v. ordonnance du premier président du 22 juillet 2022 disant n'y avoir lieu à examen immédiat du pourvoi n° 22-84.203 formé contre l'arrêt de la commission d'instruction du 30 juin 2022 statuant sur renvoi après cassation (Ass. plén. 26 avr. 2022, n° 21-86.158).

¹⁵⁴ Requête, p. 76, pt 140

¹⁵⁵ v. cotes D6734, D7442/11 et D6736/111

cotées qu'après le dépôt du rapport d'expertise intervenu dans tous les cas le 11 juillet 2022 et donc après le prononcé de l'arrêt attaqué. Nous avons relevé les huit ordonnances suivantes, sans préjudice bien sûr de celles qui pourraient être cotées ultérieurement : ordonnances du 11 février 2021 relatives, respectivement, à Mme [H][SX], Mme [K] [SX] et M. [L] [SX]¹⁵⁶ ; ordonnances du 15 février 2021 relatives, respectivement, à Mme [M] [R], M. [N][R] et Mme [OP][AB]¹⁵⁷ ; ordonnance du 29 mars 2021 relative à M. [CD][ZY]¹⁵⁸ et ordonnance du 11 février 2020 relative à Mme [EF] [WX]¹⁵⁹.

Si, parmi ces ordonnances, figure celle afférente à l'expertise prescrite à l'égard de Mme [H][SX], visée dans la requête en nullité, nous n'avons pas constaté la présence au dossier des pièces afférentes aux expertises ordonnées à l'égard de Mme [PA] et de M. [Q] qui y étaient également visées. Par ailleurs, la mission confiée aux experts varie selon que la personne concernée est décédée ou non de sorte que la critique adressée à l'ordonnance relative à [S] [I] ne peut être regardée comme valant nécessairement à l'égard des autres mesures.

Dans sa requête en nullité, Mme [P] n'a pas demandé le versement de ces expertises ou, du moins, des ordonnances les prescrivant. De même, dans son moyen de cassation, elle ne reproche pas à la commission d'instruction de ne pas en avoir ordonné le versement. Elle vous demande, d'une part, de constater le défaut de réponse à son grief tiré d'un dépassement de saisine et, d'autre part, d'annuler vous-mêmes, pour ce motif, les expertises litigieuses.

Il nous paraît cependant exclu que vous examiniez la régularité d'expertises dont les missions n'ont été ni analysées ni discutées par la requérante devant la commission d'instruction pour la simple raison qu'elles ne figuraient pas alors au dossier. La solution s'impose avec plus d'évidence encore à l'égard des expertises qui n'y figurent toujours pas, dont celles relatives à Mme [PA] et M. [Q].

2.3.1.3.- Limitation de la discussion à l'ordonnance d'expertise relative à [S] [I]

Dans ces conditions, il faut considérer que la demande présentée par Mme [P] ne portait que sur l'ordonnance du 4 octobre 2021 prescrivant l'expertise relative aux causes de la mort de [S] [I], qui est d'ailleurs seule explicitement visée dans le troisième moyen de cassation. Bien entendu, quel que soit le sens de la réponse que vous apporterez à ce moyen, il convient de considérer que le droit de Mme [P] de contester la régularité d'autres ordonnances aux fins d'expertise qui ont été versées au dossier après le prononcé de l'arrêt attaqué ou qui pourraient l'être, demeure entier.

2.3.2.- Appréciation du grief tiré d'un défaut de réponse (1^{ère} branche)

A la première branche du troisième moyen, la demanderesse invoque un défaut de réponse. Il est vrai que, dans les développements de l'arrêt attaqué consacrés au moyen de nullité tiré d'un dépassement de saisine, il n'est fait aucune mention de la critique

¹⁵⁶ D11776, D11780 et D11784

¹⁵⁷ D11788, D11792 et D11796

¹⁵⁸ D11800

¹⁵⁹ D11803

spécifique dirigée contre l'ordonnance de commission d'experts du 4 octobre 2021. Cette critique ne comporte donc aucune réponse dans cette partie de l'arrêt. Cependant, au terme de sa motivation relative au moyen de nullité tiré de la violation de l'exigence de collégialité, la commission d'instruction énonce que *“la pertinence”* des expertises *“ne saurait être contestée”*, se référant alors aux développements de la requête en nullité relatifs, notamment, à l'ordonnance précitée. Elle explicite sa réponse en indiquant *“que le caractère lacunaire de certaines plaintes, pourtant déclarées recevables par la commission des requêtes, nécessite à l'évidence des investigations, ne serait-ce que sur l'existence d'une contamination par le SARS-CoV2, condition préalable à la poursuite des investigations”*¹⁶⁰.

S'il est possible de discuter la suffisance ou le bien-fondé de ces motifs, on ne peut en contester l'existence, admise d'ailleurs par la demanderesse qui en fait état à la première branche du moyen. Bien entendu, il faut considérer que la réponse ainsi apportée par la commission d'instruction s'applique exclusivement à l'ordonnance relative à [S] [I]. La commission n'a pas pu écarter la demande d'annulation en tant qu'elle portait sur des ordonnances qui ne figuraient pas au dossier. Comme nous l'avons indiqué, s'agissant de la contestation de ces ordonnances, les droits de Mme [P] demeurent entiers.

En tout état de cause, le contrôle “en fait et en droit” que vous exercez sur la régularité de l'information suivie devant la commission d'instruction peut vous permettre, le cas échéant, de pallier l'insuffisance de la motivation. Au demeurant, aux deuxième et troisième branches du moyen, tirées l'une et l'autre d'un excès de pouvoir, la demanderesse, qui conteste le bien-fondé de la réponse, vous invite à l'exercer.

2.3.3.- Appréciation du grief tiré d'un excès de pouvoir (2^{ème} et 3^{ème} branches)

2.3.3.1.- Critiques articulées au moyen

A la deuxième branche du moyen, la demanderesse soutient que la mission confiée aux experts excède les limites de la saisine en ce qu'elle consiste, en tout ou partie, à *“déterminer les circonstances et les responsabilités d'un décès particulier dont la commission d'instruction n'est pas saisie”*. Le moyen revient à soutenir que l'expertise aurait pour objet d'apprécier l'existence de faits susceptibles de recevoir la qualification d'homicide involontaire dont la commission d'instruction ne serait pas saisie.

A la troisième branche, la demanderesse ajoute que l'ouverture de l'information du chef d'abstention volontaire de combattre un sinistre à raison des faits décrits par la commission des requêtes n'autorisait pas la commission à informer sur l'existence d'éventuelles atteintes aux personnes et aux biens, critiquant les motifs, qualifiés d'inopérants, par lesquels la commission aurait affirmé l'inverse.

Relevons d'emblée qu'en cette troisième branche, le moyen manque en fait. A aucun moment la commission d'instruction n'a affirmé que les décisions de la commission des requêtes et les réquisitoires subséquents lui permettraient, sans excéder sa saisine, d'instruire sur des faits d'atteintes aux personnes ou aux biens. La demanderesse s'empare d'une observation contenue dans les développements de l'arrêt attaqué relatifs à la régularité de la mise en examen et selon laquelle *“le pôle santé publique du tribunal judiciaire de Paris, pour un événement strictement identique, a été saisi de plusieurs dizaines de plaintes faisant l'objet de quatre dossiers d'instruction distincts, ouverts sous les qualifications d'homicides et blessures involontaires, abstention volontaire de*

¹⁶⁰ Arrêt attaqué, § 5.1.7, p. 25

combattre un sinistre et mise en danger de la vie d'autrui"¹⁶¹. Il n'y a là qu'un constat objectif dont la commission ne tire aucune conséquence quant à l'étendue de sa saisine.

Pour autant, la question soulevée à la troisième branche du moyen appelle une réponse qui apparaît comme le préalable nécessaire au débat ouvert par la deuxième. En effet, si vous considérez que les termes des réquisitoires introductif et supplétifs saisissent la commission d'instruction de faits susceptibles d'être requalifiés par elle d'homicide involontaire, le moyen tiré d'un dépassement de saisine devient inopérant.

2.3.3.2.- Appréciation du moyen

a) La commission d'instruction n'a pas le pouvoir d'instruire du chef d'homicide involontaire

Selon une formule de la chambre criminelle qui a connu peu de variations depuis son énoncé, il y a plus d'un siècle : *"le visa, dans le réquisitoire introductif, des pièces qui y sont jointes équivaut à une analyse desdites pièces, lesquelles déterminent, par les indications qu'elles contiennent, l'objet exact et l'étendue de la saisine du juge d'instruction"*¹⁶². Autrement dit, l'étendue de la saisine est déterminée par le contenu des pièces jointes au réquisitoire.

Toutefois, l'énoncé de cette règle n'épuise pas le sujet. La saisine telle qu'elle ressort de ces pièces est en outre circonscrite de deux manières par l'autorité de poursuite. Comme le relèvent de nombreux auteurs, elle l'est d'abord par le choix de la qualification¹⁶³. La juridiction d'instruction ne peut instruire que sur les faits se rattachant à la qualification retenue par le réquisitoire. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, dans une information ouverte contre personne non dénommée des chefs de viols, agressions sexuelles aggravées et corruption de mineure, le juge d'instruction ne peut mettre en examen du chef d'abstention volontaire d'empêcher un crime ou un délit contre l'intégrité corporelle¹⁶⁴. Par ailleurs, il va de soi que les précisions apportées dans le réquisitoire pour délimiter le champ de la poursuite, quant à la nature des faits, leur localisation et leur temporalité, s'imposent à la juridiction d'instruction.

Au cas présent, les manquements susceptibles de constituer l'élément matériel du délit d'abstention de combattre un sinistre, dont, à la suite de la décision de la commission des requêtes, le procureur général a saisi la commission d'instruction, ont été très précisément circonscrits dans les actes de saisine. Comme cela a été indiqué, aux termes de ces actes, ces manquements consistent dans *"l'absence de constitution de réserves de matériel de protection"*, *"le défaut de commandes immédiates de matériels en nombre suffisants"* ainsi qu'en d'*"éventuels retards dans la prise de décisions en matière sanitaire et en ce qui concerne le confinement, ainsi que la tenue des élections*

¹⁶¹ Arrêt, § 4.2, p. 14

¹⁶² Crim. 12 juill. 1895, B. n° 202 ; Crim. 12 févr. 1927, B. n° 54 ; Crim. 29 mai 1957, B. n° 459 ; Crim. 11 juill. 1972, B. n° 235 ; Crim. 11 avr. 2002, n° 02-80.778, B. n° 87 ; Crim. 8 juin 2005, n° 05-82.012, B. n° 173 ; Crim. 5 janv. 2017, 16-83.255 ; Crim. 8 nov. 2017, n° 17-81.546

¹⁶³ v. Chr. Guéry, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz, § 151.53 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Procédure pénale, Cujas, n° 413 ; J. Pradel, *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1990, n° 248, p. 259

¹⁶⁴ Crim. 10 mai 2001, n° 01-81.959 ; ou encore, dans une procédure suivie pour tromperie, la juridiction de jugement ne peut, sans excéder sa saisine, retenir une qualification criminelle d'empoisonnement comportant des éléments constitutifs distincts au regard, notamment, de l'intention coupable (Crim. 22 juin 1994, n° 93-83.900, B. n° 248). Cette solution, retenue dans l'affaire dite du sang contaminé, aurait été la même devant la juridiction d'instruction.

municipales”. Ni les décisions de la commission des requêtes ni les réquisitoires, qui ne font qu’en reproduire la teneur, n’évoquent les atteintes à la vie ou à l’intégrité de la personne dont ces manquements pourraient être la cause.

Par ailleurs, la qualification retenue par les autorités de poursuite ne contient pas l’exigence de telles atteintes. L’abstention de combattre un sinistre est définie à l’article 223-7 du code pénal comme le fait “*de s’abstenir volontairement de prendre ou de provoquer les mesures permettant sans risque pour lui ou pour les tiers, de combattre un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes*”. L’abstention est donc incriminée indépendamment de son résultat. Elle n’implique pas que des personnes aient été effectivement exposées au danger et, moins encore, que le sinistre ait été la cause d’atteintes à la vie ou à l’intégrité physique.

La délimitation de la saisine résultant des énonciations des actes de poursuite et de la qualification y étant visée ne faisait pas obstacle à ce qu’en application de l’article 19 de la loi organique du 23 novembre 1993, la commission d’instruction requalifie les faits, en mise en danger délibérée d’autrui dès lors que cette requalification ne lui imposait pas d’appréhender des faits étrangers à sa saisine¹⁶⁵. Comme l’abstention de combattre un sinistre, la mise en danger d’autrui est constituée indépendamment de son résultat. Le délit suppose même l’absence de résultat : si une atteinte a été causée à la personne exposée au danger, seule peut trouver à s’appliquer la qualification d’homicide ou de blessures involontaires¹⁶⁶.

En revanche, compte tenu des termes des actes de poursuite, que nous avons rappelés, la commission d’instruction ne pourrait, sans excéder sa saisine, chercher à caractériser des faits d’homicide ou de blessures involontaires. Les éléments constitutifs de ces infractions supposent l’appréhension de faits - une atteinte à la vie ou à l’intégrité de la personne en lien avec les manquements relevés - qui ne sont inclus ni dans la qualification d’abstention de combattre un sinistre, seule retenue par les autorités de poursuite, ni dans la description des manquements auxquels ces autorités ont entendu limiter la saisine de la commission d’instruction.

Il y a lieu de transposer la solution retenue par la chambre criminelle en cas de poursuites pour omission de porter secours, délit, prévu à l’article 223-6 du code pénal, qui a inspiré celui d’abstention de combattre un sinistre, introduit à l’article 223-7 lors de la réforme du code pénal. Si la chambre criminelle a admis qu’une juridiction pouvait requalifier des faits d’homicide involontaire en omission de porter secours¹⁶⁷ - la seconde qualification s’appliquant à une partie des faits susceptibles de constituer la première - elle a exclu la solution inverse. Ainsi, pour ne prendre qu’un exemple, dans une information ouverte pour omission de porter secours, elle a approuvé la juridiction d’instruction d’avoir refusé de se saisir de faits d’homicide involontaire, relevant que “*ces infractions sont nettement distinctes les unes des autres dans leurs éléments matériels et intentionnels, l’omission de porter secours pouvant n’avoir pas entraîné la mort et la mort pouvant avoir eu d’autres causes que l’omission de porter secours*”¹⁶⁸. La décision est à

¹⁶⁵ Tout en plaçant Mme [P] sous le statut de témoin assisté du chef d’abstention de combattre un sinistre. Ainsi que le juge la chambre criminelle, il n’importe que la juridiction d’instruction ait pu provisoirement donner à un même fait deux qualifications différentes, dès lors que l’information permettra d’établir celle qui devra être retenue (Crim. 11 févr. 1992, n° 91-86.066, B. n° 63).

¹⁶⁶ Crim. 11 sept. 2001, n° 00-85.473, Bull. crim. 2001, n° 176

¹⁶⁷ Crim. 20 sept. 1993, n° 92-85.664

¹⁶⁸ Crim. 10 mai 1973, n° 73-90.372, B. n° 217

rapprocher d'une autre selon laquelle une juridiction ne peut, sans ajouter à la prévention, requalifier le délit d'omission de porter secours en coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner¹⁶⁹. Il apparaît souhaitable d'affirmer clairement la solution afin de lever d'éventuelles incertitudes.

Dès lors qu'il faut considérer que les faits d'homicide involontaire ne sont pas inclus dans la saisine, vous ne pourrez qu'accueillir le moyen si vous jugez que l'expertise ordonnée ne pouvait avoir d'autre objet que d'établir la réalité de tels faits. Cependant, telle n'est pas la solution que nous vous proposons.

b) L'expertise litigieuse est en relation avec les délits de mise en danger d'autrui ou d'abstention de combattre un sinistre

Comme l'a fait valoir Mme [P] devant la commission d'instruction, l'on peut s'interroger sur "la pertinence" de l'expertise ordonnée au regard des qualifications retenues.

Comme nous l'avons rappelé, ni le délit prévu à l'article 223-1 du code pénal ni celui prévu à l'article 223-7 du même code ne supposent, pour être constitués, que le manquement relevé ait causé une atteinte à la personne. Dès lors, pour caractériser l'un ou l'autre de ces délits, il peut apparaître inutile de rechercher si le décès de [S] [I] résulte d'une évolution prévisible d'une pathologie liée à la covid-19, de soins médicaux non prodigués conformément aux règles de l'art ou encore d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale. A l'inverse, cette recherche s'imposerait à l'évidence pour caractériser le délit d'homicide involontaire.

Toutefois, la circonstance que l'utilité ou, pour reprendre les termes de la requête en nullité, "la pertinence" d'une mesure d'investigation ne soit pas évidente ne signifie pas que cette mesure devrait être regardée comme portant sur des faits étrangers à la saisine. Plusieurs considérations nous conduisent à vous proposer d'écarter le moyen en sa deuxième branche, laquelle, à ce stade, demeure seule en discussion.

La portée singulière des actes de poursuite successifs ne pouvait qu'inciter la commission d'instruction à examiner la situation particulière des plaignants ou de leurs proches décédés. Comme nous l'avons relevé, tous ces actes - décisions de la commission des requêtes et réquisitoires supplétifs qui leur font suite - visent rigoureusement les mêmes faits, dans les termes que nous avons cités à plusieurs reprises, commis dans les mêmes circonstances de temps et de lieu. Ils ont donc été déterminés, non par l'apparition de faits nouveaux, mais, exclusivement, par le dépôt de nouvelles plaintes alors même que, d'une part, en application de l'article 13 de la loi organique du 23 novembre 1993, aucune constitution de partie civile n'est recevable devant la Cour de justice de la République et que, d'autre part, la qualification retenue par les poursuites n'implique pas, pour être caractérisée, qu'il ait été porté atteinte aux personnes.

A moins de considérer ces saisines successives comme redondantes, il faut comprendre qu'elles invitaient la commission d'instruction à envisager les défaillances reprochées dans leurs conséquences à l'égard des divers plaignants ou de leurs proches affectés par le virus. Dès lors que les atteintes subies par eux en raison de leur contamination avaient déterminé la recevabilité des plaintes sur lesquelles se fondait la poursuite, la commission d'instruction se devait d'en apprécier la réalité. Tel est bien l'objet de

¹⁶⁹ Crim. 22 avr. 1986, n° 84-95.759, B. n° 136

l'expertise litigieuse qui tend à déterminer, si [S] [I]a été contaminée et si cette contamination a été la cause de son décès.

Cette recherche ne peut être regardée comme étant sans lien avec les infractions, objet de l'information. Pour être constitué, le délit prévu à l'article 223-7 du code pénal, suppose que le sinistre que la personne mise en cause s'est abstenue de combattre, ait été "*de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes*". Quant à lui, le délit de mise en danger d'autrui suppose, pour être constitué, un comportement exposant autrui à un "*risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente*". L'expertise litigieuse, qui tend à établir la réalité du risque ou du danger et à déterminer dans quelle mesure [S] [I]y a été exposée ainsi que les conséquences à son égard d'une telle exposition, se rattache donc à la saisine, ce que vous êtes en mesure de relever dans l'exercice de votre contrôle "en fait". C'est au demeurant ainsi que, dans sa décision du 30 juin 2022 rendue sur renvoi après cassation, dans le cadre du contentieux parallèle ouvert sur le fondement de l'article 161-1 du code de procédure pénale, la commission d'instruction a justifié la mesure d'expertise.

Précisons encore qu'en confiant aux experts la mission d'examiner si les médecins ayant pris en charge [S] [I]ont procédé selon les règles de l'art, la commission d'instruction n'a pas recherché si ces derniers s'étaient rendus coupables d'homicide involontaire - ce qui constituerait un dépassement assez grossier de sa saisine tant *in rem* qu'*in personam*. Elle a souhaité déterminer si le décès ne trouvait pas sa cause dans des circonstances étrangères à la contamination par le virus. C'est le sens des brefs motifs de l'arrêt attaqué que nous avons cités selon lesquels "*le caractère lacunaire de certaines plaintes, pourtant déclarées recevables par la commission des requêtes, nécessite à l'évidence des investigations, ne serait-ce que sur l'existence d'une contamination par le SARS-CoV2, condition préalable à la poursuite des investigations*". En définitive, la commission d'instruction s'est placée sur le terrain choisi par la requérante qui, pour établir le dépassement de saisine, avait contesté "la pertinence" de la mesure d'instruction.

Dès lors que, dans l'exercice de votre contrôle "en fait et en droit", vous êtes par ailleurs en mesure de vous assurer, pour reprendre la formule de l'arrêt précité de la chambre criminelle du 10 mai 1994, que la mesure d'expertise est "*en relation avec la recherche de la preuve des faits poursuivis*", vous pourrez, après avoir rappelé les limites de la saisine de la commission d'instruction, écarter également le moyen en sa deuxième branche.

3.- Sur la méconnaissance de l'exigence de collégialité (4ème moyen)

Dans sa requête en nullité, Mme [P] a soutenu que les dispositions de la loi organique du 23 novembre 1993 imposaient à la commission d'instruction de la Cour de justice de la République de procéder à tous les actes d'investigation en formation collégiale. En conséquence, elle a demandé l'annulation de 119 auditions auxquelles n'avaient procédé qu'un ou deux des membres de la commission. Dans son quatrième moyen, Mme [P] ne critique que partiellement le rejet de sa demande par l'arrêt attaqué. C'est que, depuis la présentation de sa requête en nullité, est intervenu votre arrêt du 26 avril 2022, rendu dans la présente affaire, par lequel vous avez précisé le champ de l'exigence de collégialité devant la commission d'instruction, distinguant entre les décisions juridictionnelles et les actes d'investigation.

3.1.- Champ de l'exigence de collégialité devant la commission d'instruction

3.1.1.- Principe : faculté de déléguer l'exécution des actes d'investigation

Vous fondant sur les dispositions des articles 22 et 24 de la loi organique du 23 novembre 1993, éclairés par ses travaux préparatoires ainsi que par votre jurisprudence¹⁷⁰, vous avez jugé que l'exigence de collégialité s'appliquait pleinement, sans dérogation possible, pour le prononcé des décisions juridictionnelles. En revanche, vous avez retenu que, pour l'accomplissement d'un acte d'investigation, la commission d'instruction avait la faculté de déroger à l'exigence de collégialité. Pour l'essentiel, vous avez fondé cette solution sur les dispositions de l'article 18 de la loi organique qui, par le renvoi qu'il opère au code de procédure pénale, ouvre à la commission d'instruction la possibilité de délivrer des commissions rogatoires à des officiers de police judiciaire. Vous en avez déduit qu'a fortiori, la commission devait se voir reconnaître la faculté de répartir entre ses membres la charge des investigations pourvu que cela n'aboutisse pas à confier à l'un d'eux la totalité du dossier.

3.1.2.- Exception pour les auditions ou interrogatoires de membres du Gouvernement

Cette faculté de délégation connaît une exception dans le cas prévu à l'article 21 de la loi organique qui dispose que "*les auditions et interrogatoires des membres du Gouvernement sont effectués par la commission d'instruction*" de même que les "*confrontations auxquelles ils participent*". Il en résulte que, pour l'accomplissement de ces auditions ou interrogatoires, aucune délégation n'est possible.

Cet article s'applique non seulement pour l'interrogatoire d'un membre du Gouvernement faisant l'objet de la poursuite, mais également pour l'audition, en qualité de témoin, d'une personne non visée par la poursuite dès lors qu'elle a la qualité de membre du Gouvernement au moment où elle est entendue. La solution découle de la lettre du texte qui vise à la fois les "interrogatoires" dont seuls les membres du Gouvernement visés par la poursuite peuvent faire l'objet et les "auditions" dont, à l'inverse, ils ne peuvent en aucun cas faire l'objet, puisqu'en vertu de l'article 113-1 du code de procédure pénale, ils ne peuvent en aucun cas être entendus comme simples témoins¹⁷¹. Les travaux parlementaires confortent cette interprétation¹⁷² qui a été consacrée par votre arrêt du 26 avril 2022¹⁷³. L'article ne s'applique toutefois qu'à l'audition des membres du Gouvernement en exercice au moment de leur audition comme témoins. Il ne suffit donc pas qu'un témoin ait exercé des fonctions ministérielles dans le passé pour que son audition soit soumise aux dispositions de l'article 21 de la loi organique. C'est l'appartenance au Gouvernement à la date de son audition qui détermine la mise en oeuvre de ces dispositions.

3.2.- Solution retenue par l'arrêt attaqué et critique articulée au moyen

¹⁷⁰ Ass. plén. 21 déc. 2021, n° 21-85.560, P.

¹⁷¹ A la date de la loi organique, la règle figurait à l'article 105 du CPP issu de la loi n° 93-1013 du 24 août 1993.

¹⁷² Rapp. n° 550, 30 sept. 1993, M. Fanton, CL AN, p. 47 ; Rapp. Jolibois pour la CL Sénat, p. 31

¹⁷³ Ass. plén. 26 avr. 2022, n° 21-86.158, pt 14 - Analysant les dispositions combinées des articles 18 et 21 de la loi organique, vous avez retenu que l'audition d'un témoin, non membre du Gouvernement, pouvait être déléguée par la commission d'instruction à un OPJ en application de l'article 18, ce dont il se déduit, a contrario, que l'audition d'un témoin, membre du Gouvernement, ne peut être déléguée et doit être effectuée par la commission elle-même, en application de l'article 21.

3.2.1.- Irrégularité des auditions non collégiales de membres du Gouvernement

Retenant la solution ultérieurement consacrée par votre arrêt du 26 avril 2022, la commission d'instruction a écarté la demande d'annulation en ce qu'elle portait sur des auditions de personnes autres que des membres du Gouvernement en exercice. Ces auditions - de loin les plus nombreuses - n'entrant pas dans les prévisions de l'article 21 de la loi organique du 23 novembre 1993, il ne fait pas de doute que la commission n'était pas tenue d'y procéder collégalement. Cette partie de la décision n'est pas contestée par la demanderesse¹⁷⁴.

Cependant, Mme [P] demandait également, se fondant plus spécialement sur l'article 21, l'annulation des procès-verbaux d'audition, en qualité de témoins, de Mme [TH] [N], Mme [PL] [V] et Mme [L] [J], entendues respectivement les 5 juillet, 15 juillet et 24 septembre 2021 alors qu'elles étaient, respectivement, ministre des armées, ministre de la culture et ministre déléguée chargée de l'industrie. La requérante demandait en outre, sur le même fondement, l'annulation du procès-verbal d'audition de M. [WQ] [M] entendu le 31 janvier 2022, alors qu'il était Premier ministre¹⁷⁵.

La commission d'instruction a admis l'intérêt de Mme [P] à solliciter l'annulation de ces auditions, nonobstant la circonstance qu'*aucun des membres du Gouvernement entendu en qualité de témoin n'a articulé contre elle la moindre charge*". Elle a par ailleurs admis que ces auditions étaient irrégulières comme ayant été effectuées par un ou deux membres de la commission d'instruction au lieu de l'avoir été par celle-ci en formation collégiale comme le prévoit l'article 21 de la loi organique¹⁷⁶. Au demeurant, dans l'arrêt du 9 juillet 2020 par lequel elle avait délégué à chacun de ses membres le pouvoir d'accomplir, pour son compte, des actes d'investigation, la commission d'instruction avait expressément exclu de cette délégation les actes relevant de l'article 21¹⁷⁷.

3.2.2.- Rejet de la demande d'annulation des auditions en l'absence de grief

Pour refuser néanmoins de prononcer l'annulation des procès-verbaux litigieux, la commission d'instruction s'est fondée sur les dispositions des articles 171 et 802 du code de procédure pénale. Ces articles, dont les dispositions sont propres à l'instruction pour le premier et de portée générale pour le second, expriment la règle "pas de nullité sans grief". Ils prévoient l'un et l'autre que la nullité d'un acte ne peut être prononcée que lorsque l'irrégularité a eu pour effet de "*porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne*". Après en avoir rappelé les termes, la commission d'instruction a retenu en substance que l'irrégularité ne faisait pas grief à Mme [P] de sorte qu'il n'y avait pas lieu à annulation des procès-verbaux d'audition de Mme [N], Mme [V], Mme [J] et M. [M].

Elle a relevé, d'une part, que les dispositions de l'article 21 de la loi organique n'étaient pas édictées dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de sorte qu'elles ne

¹⁷⁴ En particulier, Mme [P] ne conteste pas la régularité, au regard de l'article 21, des auditions, par seulement deux membres de la commission, de MM. [CW] [DV] (D771/5), [BX] [WP] (D 2302) et [AZ] [BY] (D 2360). Tous trois ont été ministres mais n'exerçaient pas de fonctions ministérielles au moment de leur audition.

¹⁷⁵ cotes D 3044, D 3054 et D 5693, s'agissant des auditions de chacune des trois ministres ; la régularité du PV d'audition de M. [M] ayant été communiqué à Mme [P] et contesté par elle avant d'être coté D9829

¹⁷⁶ Chacune des trois ministres a été entendue par deux membres de la commission d'instruction, dont la présidente pour deux d'entre elles. Le Premier ministre a été entendu par la présidente seule.

¹⁷⁷ Arrêt du 9 juillet 2020 portant commission rogatoire (D 84).

revêtaient aucun caractère d'ordre public et, d'autre part, qu'elles n'étaient "pas prescrites à peine de nullité". Elle a retenu ensuite que "le fait que l'audition, en qualité de témoin, d'autres membres du Gouvernement n'ait été effectuée que par un ou deux membres de la commission d'instruction n'a eu ni pour objet ni pour effet de bafouer un droit ou un intérêt qui serait propre à Mme [P]", relevant incidemment qu' "aucun grief [n'était] d'ailleurs développé ni même articulé" par celle-ci.

3.2.3.- Critique articulée au moyen

La critique articulée par le quatrième moyen de cassation est dirigée contre ces motifs. Mme [P] soutient que la règle attribuant compétence à la seule formation collégiale de la commission d'instruction est, comme toute règle de compétence, d'ordre public de sorte que la commission d'instruction ne pouvait subordonner l'annulation à la démonstration d'un grief.

La question qui vous est posée est donc celle du régime de la nullité sanctionnant l'irrégularité tenant à ce qu'en méconnaissance des dispositions de l'article 21 de la loi organique du 23 novembre 1993, un membre du Gouvernement a été entendu comme témoin par une partie seulement des magistrats composant la commission d'instruction.

3.3.- Appréciation du moyen

3.3.1.- Méthodologie élaborée par la chambre criminelle

La question posée par le moyen doit être examinée à la lumière des deux arrêts du 7 septembre 2021¹⁷⁸ par lesquels la chambre criminelle, systématisant les solutions découlant de sa jurisprudence, a précisé la méthodologie à suivre lorsqu'il s'agit de statuer sur le sort d'une demande d'annulation d'actes de la procédure.

Selon cette méthodologie, il convient d'abord de déterminer si la règle méconnue intéresse la bonne administration de la justice ou si elle a pour objet de préserver un intérêt privé. Dans le premier cas, la nullité encourue est d'ordre public. Il en résulte que toutes les parties à la procédure sont recevables à la soulever et que son prononcé n'est pas subordonné à la démonstration d'un grief. Dans le second - et donc si la règle méconnue est d'intérêt privé - d'une part, seule est recevable à demander l'annulation, la partie pouvant se prévaloir d'un intérêt lui donnant qualité pour agir et, d'autre part, la nullité ne pourra être prononcée que si elle a causé un grief à la partie concernée.

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. A titre d'illustration, si l'objet de ces dispositions est de protéger la vie privée, le requérant n'est recevable à en invoquer la violation que s'il établit que sa vie privée s'est trouvée exposée par l'acte contesté. Dans le cas inverse, sa demande est irrecevable, quelle que soit la cause de l'irrégularité, y compris lorsqu'elle tient, par exemple, à l'incompétence de l'autorité qui a prescrit la mesure. De très nombreux arrêts de la chambre criminelle illustrent cette solution¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Crim. 7 sept. 2021, n° 21-80.642 et 20-87.191, P.

¹⁷⁹ Par ex. : Crim. 23 nov. 2016, n° 16-81.904, B. n° 306 (défaut d'autorisation d'une perquisition) ; Crim. 6 févr. 2018, n° 17-84.380, B. n° 30 (défaut d'autorisation d'une réquisition téléphonique) ; Crim. 9 mai 2018, n° 17-86.558, B. n° 90 (défaut d'autorisation d'une géolocalisation) ; Crim., 12 juill. 2022, n° 21-83.710 (défaut d'autorisation d'accès aux données de connexion). Dans le dernier arrêt cité, la chambre criminelle a jugé que, "dès lors que les modalités de conservation et d'accès aux données de connexion ont pour objet la protection du droit au respect de la vie privée, du droit à la protection des données à caractère personnel et du droit à la liberté d'expression, leur méconnaissance n'affecte qu'un intérêt privé, de sorte que le requérant à la nullité n'est recevable que s'il prétend être titulaire ou utilisateur de l'une des lignes identifiées ou s'il établit qu'il a été porté atteinte à sa vie privée".

Le grief, qui est une condition de fond du prononcé de la nullité, s'analyse comme le préjudice causé au requérant par l'irrégularité. Selon les arrêts précités de la chambre criminelle, il ne peut résulter "*de la seule mise en cause*" de l'intéressé "*par l'acte critiqué*". Cela étant, lorsque la nature de l'irrégularité rend difficile, incertaine ou artificielle la détermination d'un grief distinct de la méconnaissance de la règle et que celle-ci est déterminante pour la garantie des droits, la chambre criminelle juge fréquemment que l'irrégularité fait intrinsèquement ou nécessairement grief. La solution est la seule qui soit de nature à assurer à la fois la sanction effective de la méconnaissance de la règle et la sécurité juridique. Elle est retenue, notamment, dans des cas où la règle a pour objet d'assurer la garantie de la liberté individuelle ou des droits de la défense¹⁸⁰.

3.3.2.- Détermination du régime de la nullité des auditions litigieuses

3.3.2.1.- Position de la question

La commission d'instruction a inscrit son raisonnement dans le cadre tracé par la chambre criminelle. Comme on l'a exposé, après avoir considéré que l'exigence de collégialité prévue à l'article 21 de la loi organique du 23 novembre 1993 n'était pas d'ordre public, elle a écarté la demande d'annulation après avoir relevé que l'irrégularité n'avait causé aucun grief à Mme [P]. Le raisonnement suivi appelle toutefois deux brèves observations.

On relèvera d'abord que la commission d'instruction a déduit l'absence de grief de ce que l'irrégularité n'avait affecté aucun droit qui serait propre à Mme [P]. Au regard des solutions dégagées par la chambre criminelle, il semble qu'elle aurait dû plutôt déclarer la demande irrecevable, faute pour la requérante d'avoir établi l'existence d'un intérêt lui donnant qualité pour agir. Assimilant l'absence d'atteinte à un droit propre à l'absence de grief, elle a rejeté la demande au fond pour ce motif. L'observation est toutefois sans incidence car, dans tous les cas, au terme du raisonnement suivi par l'arrêt attaqué, la demande devait être écartée.

Par ailleurs, la circonstance, dont nous avons vu qu'elle avait été relevée par la commission d'instruction, que les dispositions de l'article 21 de la loi organique ne sont pas édictées à peine de nullité est indifférente. Comme cela résulte des termes des articles 171 et 802 du code de procédure pénale, la nullité est encourue, non seulement lorsqu'elle est expressément prévue par la loi mais également, ce qui est, de loin, le cas le plus fréquent, chaque fois que la règle méconnue peut être qualifiée de "substantielle". Tel est le cas de la règle énoncée à l'article précité dont nul ne discute que sa violation est susceptible d'annulation. La circonstance que la nullité soit ou non prévue par la loi est par ailleurs sans incidence sur son régime qui est exclusivement déterminé par la nature, d'ordre public ou d'intérêt privé, de la règle méconnue.

En réalité, toute la question est de savoir si, comme l'a jugé la commission d'instruction, faute d'être édictée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, l'exigence

¹⁸⁰ Il en est ainsi, par exemple, pour le défaut de délivrance du permis de communiquer (Crim., 10 mars 2021, n° 20-86.919), le défaut d'information à temps du procureur de la République du placement en garde à vue (Crim., 12 janv.2021, n° 20-82.600), l'absence de conservation d'un échantillon des produits stupéfiants en cas de destruction de ces produits (Crim., 16 déc. 2020, n° 20-83.377), le défaut d'information du placement en garde à vue d'un mineur, donnée aux parents, tuteur, personne ou service auquel est confié le mineur (Crim., 17 juin 2020, n° 20-80.065) ; la méconnaissance du droit de se taire (Crim. 26 mai 2021, n° 20-86.382 ; Crim. 8 juill. 2020, n° 19-85.954, P. ; Crim. 8 juill. 2015, n° 14-85.699, P).

énoncée à l'article 21 de la loi organique doit être considérée comme étant d'intérêt privé ou si elle peut être regardée comme étant d'ordre public. C'est la question posée par le moyen.

Si la collégialité était imposée pour le prononcé d'une décision juridictionnelle, il n'y aurait pas matière à hésitation. La chambre criminelle juge avec constance que les règles qui régissent l'organisation et la composition des juridictions sont d'ordre public et échappent, comme telles, aux prévisions de l'article 802 du code de procédure pénale¹⁸¹. Il en résulte, notamment que, lorsqu'une juridiction a statué à juge unique alors qu'elle aurait dû statuer en formation collégiale, la nullité est encourue sans qu'il y ait à établir l'existence d'un grief¹⁸² et sans que les parties puissent y renoncer¹⁸³. Il en est de même au demeurant lorsqu'une juridiction a statué en formation collégiale alors qu'elle aurait dû statuer à juge unique, solution qui illustre bien l'indifférence de la question du grief¹⁸⁴. L'éviction de l'article 802 du code de procédure pénale lorsqu'est en cause la composition ou l'organisation des juridictions a été consacrée par votre Assemblée plénière¹⁸⁵. Elle a été illustrée dans la présente procédure par votre arrêt déjà cité du 26 avril 2022 par lequel vous avez censuré une décision juridictionnelle qui avait été prise par la présidente de la commission d'instruction alors qu'elle aurait dû l'être en formation collégiale.

Cependant une audition n'est pas une décision juridictionnelle. Poser des questions et recueillir des déclarations, ce n'est pas trancher une contestation. A cet égard, nous avons vu que, selon l'interprétation des dispositions de la loi organique consacrée par votre arrêt du 26 avril 2022, il peut être dérogé à la collégialité pour l'accomplissement des actes d'investigation, hors le cas prévu à l'article 21 de cette loi. Une telle dérogation est évidemment inconcevable pour l'accomplissement des actes juridictionnels. Une composition des formations juridictionnelles à géométrie variable ne serait pas conforme au principe d'égalité devant la justice. La question se pose donc de savoir si, en dépit des différences qui séparent les deux cas de figure, les solutions retenues lorsque le manquement à l'exigence de collégialité affecte une décision juridictionnelle, peuvent être transposées au cas où il affecte un acte d'investigation telle une audition.

3.3.2.2.- Application du régime des nullités d'ordre public et indifférence du grief

Comme nous l'avons relevé lors de l'examen du pourvoi ayant donné lieu à votre arrêt du 26 avril 2022, le caractère collégial de l'information menée par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a été présenté, au cours des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi organique comme une garantie essentielle même si, en définitive, s'agissant des actes d'investigation, la faculté d'y déroger n'est exclue que dans le champ de l'article 21. Cependant, la circonstance qu'une règle de procédure soit essentielle ou présentée comme telle ne suffit pas à lui

¹⁸¹ v. Crim. 4 mai 1973, n° 72-90.262, B. n° 203 ; Crim. 17 mai 1973, n° 72-11.733, B. n° 321 ; Crim. 19 déc. 1988, n° 88-83.678, B. n° 433 ; Crim. 3 avr. 1979, n° 78-94.203, B. n° 135 ; Crim. 18 mars 1980, n° 79-91.439, B. n° 93 ; Crim. 17 avr. 1980, n° 79-94.128, B. n° 109 ; Crim., 20 mai 1980, n° 79-93.444 :B., n° 153 ; Crim. 24 janv. 1985, n° 84-93.030, B. n° 41 ; Crim. 27 nov. 1985, n° 84-93.758, B. n° 383 ; Crim. 19 déc. 1988, n° 88-83.678, B. n° 433

¹⁸² Crim. 3 févr. 2004, n° 03-83.873, B. n° 27 ; Crim. 22 mars 2016, n° 15-83.834, B. n° 95 ; Crim. 28 nov. 2017, n° 17-80.416, B. n° 270 ; Crim. 1^{er} sept. 2020, n° 19-85.495, P. ; Crim. 15 déc. 2020, n° 20-81.563, P.

¹⁸³ Crim. 22 mars 2016, préc. ; Crim. 28 nov. 2017, préc.

¹⁸⁴ Crim. 14 juin 2006, n° 05-84.266, B. n° 180

¹⁸⁵ Ass. plén. 17 juin 1988, n° 87-85.018, B., n° 7 ; Ass. plén. 17 juin 1988, n° 87-85.018, B. n° 276

conférer un caractère d'ordre public. De manière générale, la force d'un principe ne détermine pas le régime de la sanction attachée à sa violation. Bien qu'elles soient au coeur du procès pénal et mettent en oeuvre une exigence constitutionnelle, les règles qui assurent la garantie des droits de la défense ne sont pas d'ordre public : leur violation ne peut être invoquée que par la partie qu'elle concerne et l'annulation qui en est la conséquence est subordonnée à la démonstration d'un grief, même si, comme nous l'avons vu, celui-ci peut être "intrinsèque". A l'inverse, le principe de collégialité en matière juridictionnelle, qui n'a pas valeur constitutionnelle en ce sens que le législateur peut l'aménager¹⁸⁶, est sanctionné par une nullité d'ordre public.

Il faut donc s'interroger sur la raison d'être des dispositions considérées en recherchant si elles poursuivent une finalité d'intérêt public ou si elles tendent à la défense d'un intérêt privé.

Si la commission d'instruction a exclu qu'elles aient été édictées afin d'assurer la bonne administration de la justice, elle n'a pas désigné le droit propre ou l'intérêt privé qu'elles auraient pour objet de protéger. L'arrêt attaqué relève qu'aucune atteinte n'a été portée par l'irrégularité à un droit propre de Mme [P] mais ne désigne pas ce droit. En outre, de ce qu'aucun droit propre de Mme [P] n'ait été atteint, il peut être déduit, tout aussi bien, soit que la règle méconnue a pour objet de protéger un droit dont ne peut se prévaloir Mme [P], soit que l'objet de la règle n'est pas de protéger un droit propre et donc un intérêt privé.

On ne trouvera pas d'indications dans les travaux parlementaires sur les raisons qui ont déterminé le législateur à imposer la collégialité pour l'audition des membres du Gouvernement en exercice ou faisant l'objet de la poursuite. Si la détermination de ces raisons n'est pas évidente c'est qu'en dépit de l'unité apparente de la règle qu'il énonce, l'article 21 de la loi organique impose la collégialité dans deux cas de figure assez différents : d'une part, dans le cas où est entendu comme témoin un ministre en exercice et, d'autre part, lorsqu'est interrogée une personne visée par la poursuite, qui, par hypothèse, était ministre à la date des faits reprochés, sans qu'il importe qu'elle le soit encore à la date de l'interrogatoire. En raison de la dualité des cas de figure, il n'est pas évident de trouver un fondement unique à la règle.

Il ne paraît pas possible de voir dans l'exigence de collégialité une mesure tendant à la protection des droits de la défense, étant rappelé que la nullité encourue en cas de méconnaissance de ces droits est en principe subordonnée à la démonstration d'un grief¹⁸⁷. Par définition, la personne entendue comme témoin, n'est ni mise en examen ni témoin assisté. Elle ne bénéficie donc pas des droits de la défense et ne dispose d'ailleurs d'aucun recours qui lui permettrait de demander l'annulation de sa propre audition. En outre, si la personne mise en examen ou le témoin assisté bénéficient bien évidemment des droits de la défense, ces droits nous paraissent indépendants du caractère collégial de l'autorité qui procède à son interrogatoire. Comme l'a relevé le Conseil constitutionnel, "*les modalités de composition des formations de jugement sont*

¹⁸⁶ Déc. n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale* ; Déc. 2006-539 DC, 20 juill. 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration* ; Déc. 2010-54 QPC, 14 oct. 2010, *Union syndicale des magistrats administratifs [juge unique]*

¹⁸⁷ Comme, par exemple, en cas de défaut de prestation de serment du témoin : Crim. 26 juin 1884, B. n° 208 ; Crim. 31 mars 1981, n° 80-94.773, B. n° 110 ; Crim. 22 mars 1983, n° 83-90.217, B. n° 87 ; Crim. 2 oct. 1990, n° 90-84.412, B. n° 327 ; Crim. 30 oct. 2001, n° 01-84.779, B. n° 233 ; Crim. 10 mai 2016, n° 15-87.713, B. n° 139.

*sans effet sur l'obligation de respecter les droits de la défense*¹⁸⁸. Il en va de même des modalités de composition des formations en charge de la conduite des investigations. Enfin, on ne voit pas comment considérer que l'audition en collégialité des ministres en exercice tendrait à préserver les droits de la défense du membre du Gouvernement, objet de la poursuite. Il paraît pareillement exclu d'analyser l'exigence de collégialité comme une garantie destinée à assurer la valeur probante de l'audition, analyse qui conduirait à reconnaître à toute partie y ayant intérêt le droit d'invoquer la violation de l'exigence à condition de rapporter la preuve d'un grief.

Ces premières justifications étant écartées, on pourrait être tenté de voir dans les dispositions de l'article 21 de la loi organique une mesure inspirée par le souci de ménager la séparation des pouvoirs à l'instar de celle prévue aux articles 652 et suivants du code de procédure pénale relatives aux auditions des membres du Gouvernement dont la commission d'instruction a d'ailleurs fait application avant de procéder aux quatre auditions litigieuses. Cependant, cette justification ne s'impose pas avec évidence dès lors que l'article 21 s'applique non seulement lorsqu'il s'agit d'entendre comme témoin un ministre en exercice, mais également, pour l'interrogatoire, comme mise en examen ou témoin assisté, d'une personne à laquelle il est reproché d'avoir commis une infraction dans l'exercice de fonctions ministérielles qu'elle peut ne plus exercer depuis longtemps. De plus, le principe de collégialité paraît étranger à celui de séparation. Son objet n'est pas de prévenir ou encadrer ce qui serait perçu comme un empiètement judiciaire.

En définitive, il apparaît plutôt que la collégialité se justifie par le souci d'assurer les garanties d'une justice éclairée, impartiale et indépendante s'agissant d'actes accomplis à l'égard de représentants du pouvoir exécutif en exercice ou mis en cause. Cette justification n'est pas étrangère à celle tirée de la séparation des pouvoirs mais elle ne se confond pas avec elle. La collégialité apparaît donc avant tout, pour les auditions et interrogatoires des ministres, comme une garantie de bonne justice. Or, c'est précisément la justification qui lui est donnée par la doctrine lorsqu'elle est prévue pour le prononcé de décisions juridictionnelles¹⁸⁹.

Si, comme nous vous le proposons, vous considérez que les dispositions de l'article 21 de la loi organique ont pour objet la bonne administration de la justice, elles doivent être regardées comme étant d'ordre public de sorte que le prononcé de la nullité qu'emporte leur méconnaissance ne peut être subordonné à la démonstration d'un grief. Au demeurant, la solution serait la même à notre sens si vous jugiez que la collégialité trouve sa justification dans la séparation des pouvoirs.

Conforme à celle qu'exige la nature de l'intérêt protégé, la solution nous paraît en outre opportune. On ne voit pas en effet comment pourrait être démontrée l'existence d'un grief distinct de la violation du principe de collégialité. Distinguer selon que les déclarations recueillies sont, ou non, à charge, nous paraît exclu, d'abord, parce que, pour la chambre criminelle, le grief ne peut résulter "*de la seule mise en cause*" de l'intéressé "*par l'acte critiqué*", ensuite, parce qu'il est aléatoire et prématuré d'apprécier, en cours d'instruction, l'exacte portée d'une audition. On relèvera d'ailleurs que la commission d'instruction a retenu que la circonstance qu'*aucun des membres du Gouvernement entendu en qualité de témoin n'ait articulé la moindre charge* contre Mme

¹⁸⁸ Déc. n° 2010-54 QPC, 14 oct. 2010, préc., pt 5

¹⁸⁹ v. H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, Sirey, t. I, n° 542 ; E. Jeuland, Droit processuel général, LGDJ, n° 221 ; E. Jeuland et L. Veyre, Institutions juridictionnelles, Thémis, n° 277 ; S. Guinchard, A. Varinard, T. Debard, Institutions juridictionnelles, Dalloz, n° 187.

[P] ne privait pas celle-ci de son intérêt à demander l'annulation des auditions. Il ne serait dès lors guère cohérent que cette circonstance puisse faire obstacle au prononcé de l'annulation. Cette observation nous conduit d'ailleurs à relever que, si la norme méconnue devait être qualifiée d'intérêt privé, le grief devrait être considéré comme intrinsèque à sa violation. Mais ce n'est pas cette solution que nous vous proposons de retenir.

3.3.2.3.- Observation sur la proposition de cassation

La cassation nous semble donc encourue sur le quatrième moyen. Elle pourrait être prononcée sans renvoi dès lors que vous êtes en mesure de faire application de la règle de droit appropriée en procédant vous-mêmes à l'annulation des quatre procès-verbaux contestés conformément à une solution fréquemment mise en oeuvre par la chambre criminelle¹⁹⁰.

4.- Proposition finale de cassation sans renvoi sur les premier et quatrième moyens

En conséquence, nous concluons à la cassation de l'arrêt de la commission d'instruction du 15 avril 2022 mais en ses seules dispositions ayant refusé d'annuler la mise en examen de Mme [L] [P] et les procès-verbaux d'audition de Mme [TH] [N], Mme [PL] [V], Mme [L] [J] et M. [WQ] [M], cotés D 3044, D 3054, D 5693 et D9829.

Cette cassation pourra être prononcée sans renvoi dès lors que, faisant application de la règle de droit appropriée, vous pourrez, d'une part, annuler la mise en examen de Mme [P] et constater que, par l'effet de cette annulation, celle-ci doit être considérée comme témoin assisté à compter de son interrogatoire de première comparution et, d'autre part, annuler les quatre procès-verbaux d'audition précités.

¹⁹⁰ 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.