



COUR DE CASSATION

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

Arrêt n° 657 du 26 avril 2022 – Assemblée plénière

Pourvoi n° 21-86.158

**Décision attaquée : Ordonnance du 4 octobre 2021 de la présidente
de la commission d’instruction de la Cour de justice de la République
Mme [L] [T]**

C/

Madame la première présidente,
Mesdames et Messieurs les présidents de chambre et doyens,
Mesdames et Messieurs les conseillers,

Au cours de ces dernières années, et encore très récemment, votre Assemblée plénière a été appelée à préciser le sens et la portée des dispositions de la loi organique du 23 novembre 1993 relative à l’instruction des affaires relevant de la compétence de la Cour de justice de la République. Pour l’essentiel, les interrogations suscitées par ces dispositions ont trouvé leur cause dans le particularisme de l’organe chargé de la conduite de l’instruction. Instituée par l’article 11 de la loi organique, la commission d’instruction de la Cour de justice de la République est composée de trois magistrats du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation. Pour reprendre les termes de votre arrêt du 21 décembre 2021, elle présente la double particularité d’être, je vous cite, «*unique et collégiale* ».

De ce que la commission d'instruction est une juridiction unique, réunissant les fonctions de juge d'instruction et de chambre de l'instruction vous avez tiré deux conséquences. D'abord, vous avez jugé que, sous votre contrôle de pleine juridiction, elle était compétente pour examiner les requêtes en nullité des actes de la procédure. Ensuite, vous avez fermé toute possibilité d'interjeter appel de ses décisions juridictionnelles, excluant ainsi qu'elle puisse s'ériger en juridiction d'appel de ses propres décisions. Le présent pourvoi vous donne l'occasion de vous attacher à l'autre caractéristique de la commission d'instruction. Il s'agit pour vous de déterminer si et dans quelle mesure, elle doit procéder collégalement.

Le cadre procédural du débat ayant déjà été tracé par votre rapporteure, je m'en tiendrai à un bref rappel.

Mme [T], ministre de la santé du 17 mai 2017 au 16 février 2020, a fait l'objet de nombreuses plaintes dénonçant l'insuffisance des mesures de protection sanitaire prises pour faire face à la pandémie de covid-19. Destinataire de ces plaintes, la commission des requêtes de la Cour de justice de la République les a transmises au procureur général pour qu'il engage des poursuites du chef d'abstention de combattre un sinistre.

La commission d'instruction a toutefois envisagé les faits sous une autre qualification. Elle a mis en examen Mme [T] du chef de mise en danger d'autrui et l'a placée sous le statut de témoin assisté du chef d'abstention de combattre un sinistre.

Parmi les nombreuses plaintes à l'origine des poursuites contre Mme [T], figurait celle de M. [H]. Dans sa plainte celui-ci a exposé que sa compagne était décédée de la covid-19 après avoir contracté la maladie alors qu'elle était hébergée dans un EHPAD. Il a fait valoir que l'absence de matériel de protection était la cause de la contamination.

Prenant en compte cette plainte, la présidente de la commission d'instruction a ordonné une expertise aux fins de déterminer les circonstances et les causes du décès. Son ordonnance a été notifiée aux avocats de Mme [T] qui ont alors demandé à la commission d'instruction la suppression de l'ensemble des questions posées aux experts, estimant qu'elles excédaient le champ de la saisine de la commission.

Par une ordonnance du 20 octobre 2021, la présidente de la commission d'instruction a rejeté cette demande. Selon une mention portée sur l'ordonnance, cette décision a été prise « pour la commission d'instruction ».

Il est certain et non contesté qu'en procédant comme elle l'a fait, la présidente s'est conformée aux dispositions de l'article 161-1 du code de procédure pénale. Sans entrer dans leur détail, je rappelle que ces dispositions ont été introduites dans notre droit en 2007, à la suite de l'affaire dite d'Outreau. Afin de renforcer le caractère contradictoire de l'expertise, elles imposent au juge d'instruction d'adresser aux parties et au ministère public sa décision ordonnant une telle mesure pour leur permettre de solliciter

une modification ou un complément d'expertise ou encore l'adjonction d'un expert. Au cas présent, c'est une modification radicale - la suppression pure et simple de la mission - qui a été sollicitée.

La question qui vous est posée au premier moyen de cassation proposé pour Mme [T] est de savoir si la décision frappée de pourvoi a été rendue conformément aux dispositions de la loi organique du 23 novembre 1993. L'article 18 de cette loi pose en principe que l'instruction doit être menée conformément aux dispositions du code de procédure pénale. Mais, bien entendu, comme le précise le même article, le principe ne s'applique que « *dans la mesure où il n'y est pas dérogé* » par la loi organique. Précisément, Mme [T] soutient qu'en vertu des dispositions dérogatoires de cette loi, la décision rejetant la demande de suppression de la mission d'expertise aurait dû être rendue par la commission d'instruction elle-même, et donc en formation collégiale. Elle fait valoir en outre que cette décision aurait dû être précédée de réquisitions du procureur général. J'examinerai successivement ces deux questions qui appellent des développements d'inégale importance.

Et d'abord, la question de la collégialité. A la première branche du moyen, il vous est proposé de juger qu'en toutes circonstances, les magistrats de la commission d'instruction seraient tenus d'agir collégalement, que ce soit pour l'accomplissement des actes d'investigation ou pour le prononcé de décisions juridictionnelles. En faveur de cette solution aussi simple que radicale, on peut faire valoir quelques arguments, tirés de la lettre de la loi et de l'intention du législateur.

En posant en principe que "*la commission d'instruction*" procède "*selon les règles édictées par le code de procédure pénale*", l'article 18 contient en réalité la principale dérogation au principe qu'il énonce. De ce que l'instruction est confiée à la commission d'instruction, il résulte que, contrairement à la solution de droit commun, elle doit être menée collégalement puisque la commission d'instruction est un organe collégial. Il est vrai que le second alinéa de l'article 18 prévoit que, jusqu'à la réunion de la commission d'instruction, les pouvoirs d'investigation peuvent être exercés par son président. Mais ce tempérament est en réalité d'une portée très limitée. Selon les indications d'un ancien président de la Cour de justice de la République, il n'a jamais été mis en œuvre. En réalité, il a seulement pour objet de permettre au président de procéder à des actes urgents avant la première réunion de la commission, sur le modèle de ce qui était prévu par les textes relatifs à la Haute Cour de justice.

Au-delà des termes de la loi, l'intention du législateur pourrait également militer en faveur de la solution défendue à la première branche du moyen.

La lecture des débats parlementaires fait apparaître que la collégialité a été conçue comme une garantie essentielle pour ne pas dire comme l'un des piliers du dispositif. Elle a donné lieu à de vifs débats dont elle est sortie renforcée. Le projet du gouvernement permettait à la commission d'instruction de commettre un de ses

membres pour « *prescrire, sur tout le territoire de la République, tous les actes d'instruction nécessaires à la manifestation de la vérité* ». Autrement dit, il autorisait ce qu'il est convenu d'appeler des commissions individuelles. Mais le rapporteur du projet devant l'Assemblée nationale s'y est fermement opposé. Il a fait valoir qu'une telle disposition risquait de ruiner la garantie assurée par la collégialité. Malgré les arguments opposés en séance publique par le Gouvernement et plusieurs députés en faveur de son maintien, la disposition a été supprimée « *pour - je cite les propos du rapporteur - qu'il soit bien clair que la commission doit toujours agir collégalement* ».

Pour autant, bien que l'information conduite par la commission d'instruction soit, par nature, collégiale et que le Parlement ait veillé à la préservation de cette garantie, il ne résulte ni des dispositions de la loi organique ni des travaux parlementaires que les trois magistrats de la commission d'instruction devraient agir en permanence comme s'ils étaient soudés les uns aux autres de sorte qu'aucune initiative ne pourrait être prise par l'un d'entre eux indépendamment des deux autres. La loi invite à distinguer entre les actes d'investigation et les décisions juridictionnelles.

S'agissant des actes d'investigation, il faut d'abord constater, avec un ancien président de la Cour de justice de la République, que la commission d'instruction a toujours travaillé en procédant en son sein à des délégations individuelles. Tel a d'ailleurs été le cas dans la présente procédure. Un arrêt du 9 juillet 2020, « portant commission rogatoire » ouvre à chacun des membres de la commission d'instruction la possibilité d'effectuer des actes d'investigation. Cette manière de procéder répond bien entendu à un souci de célérité et d'efficacité pour ne pas dire de praticabilité. Mais au-delà de ces considérations d'ordre opérationnel, sa légalité trouve un fondement dans les dispositions de la loi organique et dans l'intention même du législateur. S'agissant de la conduite des investigations, il ne me paraît pas avoir été partisan d'une solution rigide.

Voyons d'abord les termes de la loi organique. Comme cela a été dit, en vertu de la règle cardinale énoncée à son article 18, l'information suivie devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République est en principe régie par les dispositions du code de procédure pénale. Il en résulte que la commission d'instruction peut faire application des dispositions des articles 151 et 152 de ce code qui permettent au juge d'instruction de délivrer des commissions rogatoires à un autre magistrat ou à un officier de police judiciaire aux fins d'accomplir certains actes d'investigation nécessaires à la manifestation de la vérité. La possibilité, pour la commission d'instruction, de recourir aux commissions rogatoires ne fait aucun doute. Elle a été expressément admise lors des débats parlementaires, tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat.

C'est d'ailleurs en raison même de l'ouverture de cette faculté de délégation que le Parlement a maintenu les dispositions de l'article 21 de la loi organique aux termes desquelles : « *Les auditions et interrogatoires des membres du Gouvernement sont effectués par la commission d'instruction [de même que les] confrontations auxquelles ils participent* ». Par ces dispositions, le législateur a entendu exclure ces actes du champ des commissions rogatoires susceptibles d'être adressées à un officier de police judiciaire. Il s'en déduit, a contrario, que les autres actes d'investigation sont

susceptibles de faire l'objet de telles délégations dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions qu'en droit commun.

Dans ces conditions, si l'audition d'un témoin peut être accomplie par un magistrat ou un officier de police judiciaire sur délégation de la commission d'instruction, il paraît peu cohérent d'exclure qu'elle puisse l'être également par l'un des trois conseillers à la Cour de cassation composant la commission. Telle est d'ailleurs l'opinion qui était défendue, notamment, par Jean Foyer dans son commentaire des dispositions de la loi organique. En définitive, ce qu'a voulu interdire le Parlement, c'est la possibilité, pour la commission d'instruction, de déléguer purement et simplement à l'un de ses membres la conduite de l'information comme pourrait le faire, par exemple, une chambre de l'instruction lorsqu'elle exerce son pouvoir de révision. Une telle délégation aboutirait à une dénaturation du dispositif législatif puisque l'organe collégial en charge de l'information se déchargerait alors totalement de la conduite de celle-ci sur l'un de ses membres. Pour autant, il n'apparaît pas que le législateur ait exclu que les membres de la commission d'instruction puissent répartir entre eux le soin d'exécuter des investigations. Ce mode d'organisation du travail n'affecte pas fondamentalement la collégialité. Les investigations ne sont alors que la mise en œuvre d'orientations nécessairement délibérées collégalement.

Les travaux parlementaires sont dans le sens de cette interprétation nuancée des textes. Le rapporteur du projet de loi au Sénat a ainsi clairement estimé que « *pour des raisons d'ordre pratique, la commission d'instruction pourra[it] déléguer à l'un de ses membres le soin d'effectuer des investigations particulières* ». Le rapporteur à l'Assemblée nationale, fervent défenseur de la collégialité, a clairement exprimé en séance la raison d'être de sa position, qui en marque également la limite. Je le cite : « *si nous avons pris la peine de mettre en place une commission d'instruction de trois membres, ce n'est pas pour qu'à la première réunion, elle désigne l'un d'entre eux pour faire tout le travail pendant que les deux autres attendraient qu'il en ait terminé* » ou encore : « *Si l'Assemblée vote ce texte [la possibilité de commission individuelle] la commission d'instruction pourra décider que, dans l'instruction du cas de M. X, le magistrat Untel est désigné pour faire l'instruction. Or, c'est bien cela que je ne veux pas (...)* ». En définitive, si l'on devait résumer la position des parlementaires, l'on pourrait tenter ce slogan : oui à la délégation d'actes de l'instruction ; non à la délégation de l'instruction !

Cependant, cette solution nuancée ne vaut pas pour le prononcé des décisions juridictionnelles. S'agissant de ces décisions, l'exigence de collégialité peut être qualifiée d'absolue. S'il y a eu débats au sein du Parlement lorsqu'il s'est agi de déterminer le périmètre de la collégialité pour l'accomplissement des investigations, l'unanimité s'est faite d'emblée en faveur d'un respect strict et constant de la collégialité pour le prononcé des décisions juridictionnelles. La solution est exprimée à l'article 22 de la loi organique, plus spécialement invoqué à la seconde branche du moyen, aux termes duquel : « *Les décisions de caractère juridictionnel sont rendues par la commission d'instruction* ». Ces dispositions ne distinguant pas, toute décision juridictionnelle entre dans leurs prévisions au-delà de celles, relatives aux requêtes en nullité ou au règlement de l'information, évoquées dans d'autres dispositions de la loi

organique. Le caractère absolu de l'exigence de collégialité pour le prononcé des décisions juridictionnelles vient ainsi équilibrer les aménagements admis pour l'accomplissement des actes d'investigation. En outre, il peut être regardé comme une manière d'équilibrer l'absence de double degré de juridiction.

La solution nous semble avoir été consacrée par votre arrêt du 21 décembre 2021 déjà cité. Dans l'affaire qui vous était alors soumise, se posait la question de savoir si la décision par laquelle la commission d'instruction avait rejeté une demande d'audition était susceptible d'appel. Vous avez répondu par la négative en posant en principe que, je vous cite, « *les décisions de caractère juridictionnel rendues par la commission d'instruction, juridiction collégiale unique, qui exerce à la fois les fonctions d'instruction et de contrôle de l'instruction, sont des arrêts qui ne peuvent faire l'objet que de pourvois en cassation portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation* ». De cette formule, il résulte qu'au cours d'une information ouverte devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, toutes les décisions de caractère juridictionnel doivent être prises par la commission d'instruction. Par construction, celle-ci statue alors nécessairement en formation collégiale.

A ce stade, il reste à examiner si la décision, prise en application de l'article 161-1 du code de procédure pénale, par laquelle la juridiction d'instruction rejette une requête aux fins de modification d'une mission d'expertise est une décision à caractère juridictionnel. Une réponse affirmative ne me paraît pas faire de doute.

La plupart des auteurs propose une définition des ordonnances juridictionnelles du juge d'instruction pour les distinguer des ordonnances ne présentant pas un tel caractère. Leurs définitions convergent. Pour ne citer que celle de Merle et Vitu : « *est juridictionnelle toute ordonnance par laquelle le juge d'instruction, soit d'office, soit à la requête d'une partie, statue en toute indépendance sur une prétention explicitement ou implicitement émise devant lui et dont l'admission ou le rejet peut nuire à l'une des parties en cause* ».

A la lumière de cette définition, la décision attaquée, qui refuse de faire droit à une demande de modification d'une mission d'expertise, présente sans conteste un caractère juridictionnel. Elle est juridictionnelle par son objet puisqu'elle tranche une contestation. Elle est d'ailleurs intitulée « *ordonnance relative à la contestation d'une mission d'expertise* ». Elle l'est en outre par son régime puisqu'elle est susceptible d'un recours juridictionnel : en l'occurrence, un pourvoi en cassation dont vous êtes saisis, ouvert au requérant en cas d'excès de pouvoir.

Là encore, s'il en était besoin, votre arrêt du 21 décembre 2021 vient consacrer cette appréciation. Par cet arrêt, vous avez reconnu expressément un caractère juridictionnel à une décision refusant de faire droit à une demande d'acte. Il s'agissait alors d'une demande d'audition de témoin. Il aurait pu s'agir d'une demande d'expertise ou, comme en l'espèce, d'une demande de modification d'une mission d'expertise.

La troisième branche du moyen, tirée de l'absence de réquisitions préalables, devrait vous retenir moins longtemps. Si vous jugez que la décision attaquée est une décision juridictionnelle entrant dans les prévisions de l'article 22 de la loi organique du 23

novembre 1993, il en découle nécessairement qu'elle aurait dû être précédée des réquisitions du procureur général. L'article 22 n'énonce pas seulement que « *les décisions de caractère juridictionnel sont rendues par la commission d'instruction* ». Il précise qu'elles doivent l'être « *après réquisitions du procureur général* ».

L'absence de telles réquisitions constitue une cause de nullité de la décision ainsi que le prévoit l'article 592, alinéa 2, du code de procédure pénale et comme le juge de façon ancienne et constante la chambre criminelle - encore récemment, par un arrêt du 23 novembre 2021. Bien entendu, la nécessité, pour la commission d'instruction, de statuer après les réquisitions du procureur général lui fait obligation d'organiser un débat contradictoire dans le respect des droits de la défense en veillant à ce que la personne mise en examen ou son avocat ait été mis en mesure de répliquer au ministère public. Comme le juge, là encore, de façon ancienne et constante la chambre criminelle, devant la juridiction d'instruction, en toute matière, la personne mise en examen ou son avocat doit avoir la parole en dernier.

En conclusion, sans qu'il n'y ait lieu d'examiner le second moyen, subsidiaire, proposé pour Mme [T], la cassation me paraît encourue sur le premier moyen en tant qu'il est tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 22 de la loi organique du 23 novembre 1993 qui imposait que la décision attaquée fût rendue en formation collégiale et après avoir recueilli les réquisitions du ministère public. Il appartiendra à la commission d'instruction autrement présidée, d'apprécier, sur renvoi après cassation, s'il y a lieu de faire droit à la demande de Mme [T] tirée d'un dépassement de saisine.

Je conclus donc à la cassation.