



AVIS DE Mr DESPORTES, PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL

Arrêt n° 656 B+R du 21 décembre 2021 – Assemblée plénière

Pourvoi n° 21-85.560

Décision attaquée : Arrêt de la commission d’instruction de la Cour de justice de la République du 16 septembre 2021

**M. [U] [Z],
C/**

PLAN

1.- Faits et procédure

- 1.1.- Ouverture d'une information contre M. [Z] du chef de prise illégale d'intérêt**
- 1.2.- Demande de M. [Z] tendant à l'audition du procureur général près la Cour de cassation comme témoin**
- 1.3.- Pourvoi de M. [Z] contre l'arrêt confirmant le rejet de sa demande et moyens du pourvoi**
- 1.4.- Proposition de relever d'office un moyen tiré de l'irrecevabilité de l'appel porté devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République**

2.- Question de l'appel des décisions de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République

2.1.- Une faculté d'appel fondée, par l'arrêt attaqué, sur le droit commun

2.2.- Une possibilité d'appel exclue par les dispositions dérogatoires régissant la commission d'instruction

2.2.1.- Les termes de la loi organique

2.2.2.- Les travaux parlementaires

2.2.3.- L'absence de juridiction d'appel

2.2.4.- La jurisprudence de l'Assemblée plénière

2.3.- Un appel dont l'institution prétorienne n'apparaît ni imposée ni possible

2.3.1.- Un appel dont l'institution n'est imposée par aucun principe supérieur

2.3.2.- Une solution érigeant la commission d'instruction en juridiction d'appel de ses propres décisions incompatible avec la définition de l'appel

2.3.3.- Le palliatif impraticable du recours aux suppléants

2.3.4.- Le précédent non pertinent de la solution retenue en matière de nullités

3.- Conséquence de l'irrecevabilité de l'appel

3.1.- Les voies contestables d'une neutralisation de l'irrégularité

3.2.- Les modalités de la cassation sans renvoi

1.- Faits et procédure

1.1.- Ouverture d'une information contre M. [Z] du chef de prise illégale d'intérêt

Aux mois d'octobre et décembre de l'année 2020, en application des articles 13 et 17 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République, adoptée en application du dernier alinéa de l'article 68-2 de la Constitution, la commission des requêtes près cette juridiction a été saisie, notamment, de plaintes émanant de l'association Anticor, du Syndicat de la magistrature et de l'Union syndicale des magistrats ainsi que de demandes d'avis du procureur général près la Cour de cassation, relatives à des faits de prise illégale d'intérêt susceptibles d'être reprochés à M. [U] [Z], dans l'exercice de ses fonctions de garde des sceaux, ministre de la justice.

Par une décision du 8 janvier 2021, la commission des requêtes a, d'une part, transmis les plaintes au procureur général près la Cour de cassation, ministère public près la Cour de justice de la République, aux fins de saisir la commission d'instruction de cette juridiction de poursuites dirigées contre M. [Z] pour prise illégale d'intérêt, sur le fondement de l'article 432-12 du code pénal. Par cette même décision, elle a en outre donné un avis favorable aux demandes d'avis du procureur général aux fins de poursuites du même chef.

Sous cette qualification, il est reproché à M. [Z] d'avoir, peu après sa nomination, le 6 juillet 2020, comme ministre de la justice, saisi l'inspection générale de la justice pour qu'elle procède à des enquêtes administratives sur le comportement de trois magistrats du parquet national financier (PNF) et d'un magistrat précédemment détaché comme juge d'instruction à [Localité 1], afin de déterminer s'il y avait lieu d'exercer à leur encontre des poursuites disciplinaires.

La commission des requêtes a retenu, en substance, que ces demandes d'enquête étaient susceptibles de caractériser le délit de prise illégale d'intérêt dès lors qu'avant sa nomination comme ministre de la justice, M. [Z], qui exerçait alors la profession d'avocat, avait, d'une part, porté plainte contre les trois magistrats du PNF auxquels il reprochait d'avoir mené à son encontre des investigations attentatoires à sa vie privée - en l'occurrence des demandes de fadettes relatives à ses communications téléphoniques - et, d'autre part, assisté l'ancien directeur de la police judiciaire de [Localité 1] lorsque celui-ci avait déposé plainte contre le juge d'instruction alors en fonction au tribunal de première instance de [Localité 1]. La commission a estimé que ne pouvaient faire obstacle aux poursuites ni la circonstance que le ministre ait retiré sa plainte dès sa nomination ni le transfert au Premier ministre, par un décret du 23 octobre 2020, de ses attributions portant sur des actes relatifs à la mise en cause du comportement de magistrats à raison d'affaires dans lesquels il était impliqué ou avait assisté une personne impliquée¹.

Par un réquisitoire du 13 janvier 2021 pris, en application de l'article 19 de la loi organique précitée, conformément à la demande ou à l'avis de la commission des requêtes, l'avocat général délégué, agissant pour le procureur général près la Cour de cassation, a saisi la commission d'instruction de la Cour de justice de la République aux fins d'informer à l'égard de M. [Z] en sa qualité de garde des sceaux, ministre de la justice à la date des faits reprochés, du chef de prises illégales d'intérêt.

A l'issue de l'interrogatoire de première comparution qui s'est tenu le 16 juillet 2021, la commission d'instruction a mis en examen M. [Z] de ce chef.

1.2.- Demande de M. [Z] tendant à l'audition du procureur général près la Cour de cassation comme témoin

Le 20 juillet suivant, les avocats de M. [Z] ont demandé à la commission d'instruction de procéder à l'audition, en qualité de témoin, de M. [E] [F], procureur général près la Cour de cassation, faisant valoir que, lors d'un entretien téléphonique avec la directrice de cabinet du ministre, M. [F] avait indiqué que l'ouverture d'une enquête administrative contre les magistrats du PNF était un préalable nécessaire à la saisine du CSM, sans appeler son attention sur un risque de conflit d'intérêts.

Par une décision, intitulée "ordonnance", du 17 août 2021, rendue sur le fondement de l'article 82-1 du code de procédure pénale, la commission d'instruction n'a pas fait droit à la demande. Elle a estimé que, pour satisfaire pleinement à la manifestation de la vérité sur le point évoqué, il convenait de procéder aux "auditions concomitantes" de la directrice de cabinet, de son directeur adjoint et du directeur des services judiciaires qui était alors en fonction, en présence du procureur général.

Le 26 août suivant, l'un des avocats de M. [Z] a fait appel de cette ordonnance en son nom.

¹ Décret n° 2020-1293 du 23 octobre 2020 pris en application de l'article 2-1 du décret n° 59-178 du 22 janvier 1959 relatif aux attributions des ministres. Ce décret a été complété par le décret n° 2020-1608 du 17 décembre 2020

Par arrêt du 16 septembre 2021, statuant, dans la même composition, comme juridiction d'appel, la commission d'instruction a confirmé l'ordonnance entreprise.

1.3.- Pourvoi de M. [Z] contre l'arrêt confirmant le rejet de sa demande et moyens du pourvoi

M. [Z], représenté par l'un de ses avocats, s'est pourvu contre cet arrêt confirmatif.

Il résulte des dispositions combinées des articles 570, alinéa 3, et 571, alinéa 7, du code de procédure pénale, applicables aux pourvois formés contre les décisions de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République par renvoi de l'article 33 de la loi organique du 23 novembre 1993, que les pourvois formés contre les arrêts rendus sur appel d'une ordonnance prise, en application de l'article 82-1 du code de procédure pénale, sur une demande d'acte, ne peuvent faire l'objet d'un examen immédiat. Toutefois, la chambre criminelle a jugé qu'il en était autrement lorsque l'arrêt pourrait contenir des dispositions *“qui impliquent la violation de règles d'ordre public touchant à l'organisation judiciaire et à la compétence des juridictions”*². C'est en considérant la possible violation de telles règles que, par ordonnance du 30 septembre 2021, le président de chambre substituant la première présidente de la Cour de cassation, a ordonné l'examen immédiat du pourvoi.

Le pourvoi n'étant recevable que dans cette mesure, il en est de même des moyens proposés à son soutien.

Les deux premiers moyens de cassation proposés pour M. [Z] portent sur la régularité de l'arrêt attaqué et de l'ordonnance qu'il confirme au regard des exigences du procès équitable et des règles gouvernant l'organisation et la compétence de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République. Le troisième est dirigé contre les motifs par lesquels la commission d'instruction a estimé qu'il n'y avait pas lieu de procéder à l'audition comme témoin du procureur général près la Cour de cassation.

1.4.- Proposition de relever d'office un moyen tiré de l'irrecevabilité de l'appel porté devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République

Avant d'examiner ces moyens, vous aurez à répondre à la question de savoir si, ainsi que l'envisage votre rapporteur, il y a lieu de relever d'office un moyen tiré de l'irrecevabilité de l'appel formé par M. [Z] contre l'ordonnance du 17 août 2021. Les règles relatives à l'exercice des voies de recours étant, ainsi que l'a rappelé à plusieurs reprises la chambre criminelle³, d'ordre public, il ne fait pas de doute que le moyen tiré de leur violation est de ceux qui peuvent être soulevés d'office. Il en est ainsi en particulier, devant la Cour de cassation, du moyen tiré de ce que la juridiction du second degré a statué à tort sur un appel qu'elle aurait dû déclarer

² Crim. 6 janv. 2004, n° 03-86.260, Bull. crim, n° 1

³ v.not. : Crim., 20 déc. 1988, n° 87-80.881, B. n° 436 ; Crim. 25 févr. 1991, n° 90-81.497, B. n° 91 ; Crim. 21 janv. 1998, n° 96-86.562, B. n° 30 ; Crim. 14 janv. 2014, n° 12-84.592, B. n° 6 ; Crim., 17 févr. 2015, n° 14-80.806, B., n° 28 ; Crim., 17 févr. 2015, n° 14-80.770, B., n° 27 : *“les dispositions relatives aux formes et délais d'appel, qui sont d'ordre public, sont impératives et s'appliquent au ministère public et à toute partie.”*

irrecevable⁴. La solution n'est pas différente de celle appliquée, sur le fondement des dispositions du code de procédure civile, par les autres chambres de votre Cour⁵. Au demeurant, le moyen tiré de l'irrecevabilité de l'appel, susceptible d'être relevé d'office, nous paraît quelque peu induit par le premier moyen de cassation proposé par le demandeur selon lequel, d'une part, la décision de la commission d'instruction du 17 août 2021 ne pouvait pas être qualifiée d'ordonnance et, d'autre part, cette décision ne pouvait être examinée en appel par la commission d'instruction dans la même composition.

2.- Question de l'appel des décisions de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République

2.1.- Une faculté d'appel fondée, par l'arrêt attaqué, sur le droit commun

La commission d'instruction de la Cour de justice de la République est instituée par l'article 11 de la loi organique du 23 novembre 1993 aux termes duquel elle "*se compose de trois membres titulaires et de trois membres suppléants désignés pour trois ans parmi les magistrats du siège hors hiérarchie à la Cour de cassation*". Les conditions dans lesquelles sont instruites les affaires susceptibles d'être soumises à la Cour de justice de la République ne sont pas réglées par la Constitution. Les dispositions correspondantes figurent toutes dans la loi organique.

L'article 18, alinéa 1er, de cette loi pose en principe que, "*dans la mesure où il n'y est pas dérogé [par les dispositions de ladite loi], 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 et spécialement celles relatives aux droits de la défense*".

Ainsi que cela résulte des motifs qu'elle consacre à cette question, la commission d'instruction s'est fondée sur le principe énoncé à cet article pour admettre, sur le fondement des dispositions du code de procédure pénale, la recevabilité de l'appel formé par M. [Z]⁶.

Selon l'article 82-1 du code de procédure pénale, au cours de l'information, les parties peuvent saisir le juge d'instruction d'une demande tendant à ce que soit accompli un acte d'investigation. Si le juge n'entend pas y faire droit, il doit rendre une ordonnance de refus dans un délai d'un mois. Cette ordonnance peut faire l'objet d'un appel qui, en application de l'article 186-1 du code précité, n'est soumis à la chambre de l'instruction qu'après avoir été "filtré" par le président de celle-ci, lequel apprécie s'il y a lieu de saisir la chambre de l'instruction.

En statuant par une ordonnance, et non par un arrêt, sur la demande d'audition dont elle était saisie, la commission d'instruction a entendu signifier qu'elle s'inscrivait dans le cadre de ces

⁴ v. not. : Crim., 28 mai 2013, n° 12-85.252, B., n° 116 ; Crim., 20 févr. 1997, n° 95-84.764, B., n° 73 ; Crim., 10 janv. 1991, n° 90-82.389, B. n° 19 ; Crim., 12 juill.1982, n° 81-94.795, B. n° 188

⁵ V. not. 2e Civ., 28 sept. 2017, n° 16-23.497, B. n° 185 ; 1re Civ., 22 mars 2017, n° 16-11.304, B., n° 67 ; 2e Civ., 19 févr. 2015, n° 13-25.728, B., n° 36 ; Soc., 15 janv. 2014, n° 12-25.404, 12-25.405, 12-25.408, 12-25.409, B., n° 13 ; Com., 17 mai 2011, n° 10-16.526, B., n° 79 ; 3e Civ., 31 oct. 2006, n° 05-16.819, B., n° 211 ; 2e Civ., 22 mars 2006, n° 04-12.767, B. n° 83 ; Ch. mixte., 25 oct. 2004, n° 03-14.219, B., n° 3 ; 2e Civ., 12 févr. 2004, n° 02-14.707, B., n° 60

⁶ v. arrêt p. 3

dispositions de sorte que sa décision était susceptible d'appel comme l'eût été celle d'un juge d'instruction. L'arrêt attaqué confirme cette analyse. Dans un bref développement consacré à la recevabilité de l'appel, après avoir rappelé les termes de l'article 18 de la loi organique du 23 novembre 1993, la commission d'instruction énonce que l'ordonnance entreprise est de celles qui, pouvant faire grief à la personne mise en examen, est susceptible de faire l'objet d'un appel en application de l'article 186 du code de procédure pénale.

On observera toutefois que, sur ce dernier point, la transposition du droit commun n'est pas parfaite puisque, comme nous l'avons indiqué, est normalement applicable en la matière, non l'article 186 mais l'article 186-1 qui prévoit un filtrage de l'appel par le président de la chambre de l'instruction. Certes, on comprend l'exclusion d'un filtre qui, au cas présent, eût été exercé par le président de la formation ayant rendu la décision frappée d'appel. Mais l'on peut se demander si cette adaptation, rendue nécessaire par l'identité de composition de la commission d'instruction en première instance et en appel, n'est pas l'indice que cette voie de recours est en réalité incompatible avec le dispositif institué par le législateur.

2.2.- Une faculté d'appel exclue par les dispositions dérogatoires régissant la commission d'instruction

2.2.1.- Les termes de la loi organique

Si l'article 18 de la loi organique du 23 novembre 1993 pose en principe que les règles du code de procédure pénale s'appliquent devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, c'est sous réserve qu'il n'y soit pas dérogé par cette même loi, étant précisé que les articles 68-1 et 68-2 de la Constitution ne traitent pas de la mise en état des affaires relevant de la compétence de la Cour de justice de la République. Les dispositions correspondantes figurent toutes aux articles 18 à 25 de la loi organique, placés sous le chapitre II de son titre II, intitulé "*De la procédure devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République*".

Or, il résulte des dispositions combinées des articles 22 et 24 que le pourvoi en cassation est le seul recours ouvert contre les décisions de la commission d'instruction.

L'article 22 dispose que "*les décisions de caractère juridictionnel sont rendues par la commission d'instruction après réquisitions du procureur général*". Il résulte, en creux, de cet article que seules peuvent échapper à la compétence de la commission d'instruction, statuant dans la composition prévue par la loi, les décisions d'administration judiciaire n'intéressant pas les droits des parties. Dès lors qu'elles doivent émaner de la commission d'instruction, et donc d'une juridiction collégiale, les décisions juridictionnelles dont il s'agit sont nécessairement des arrêts au même titre que celles d'une chambre de l'instruction. Deux raisons peuvent expliquer que le législateur organique ne les ait pas désignées ainsi. D'abord, il importait de ne pas laisser supposer l'existence de décisions juridictionnelles qui auraient échappé à la compétence de la commission d'instruction au motif qu'elles n'auraient pas été qualifiées d'arrêts. Ensuite, tout arrêt n'est pas nécessairement une décision juridictionnelle. Ainsi, ne présente pas un tel caractère un arrêt de soit-communiqué ou encore l'arrêt par lequel, en application de l'article 208 du code de procédure pénale, une chambre de l'instruction ordonne le dépôt au greffe du dossier de la procédure.

L'article 24 énonce quant à lui que "*les arrêts*" de la commission d'instruction "*peuvent faire l'objet de pourvois en cassation qui sont portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation*". Par construction, les arrêts qui sont ainsi visés sont nécessairement ceux qui

présentent un caractère juridictionnel. Il résulte donc des dispositions combinées des deux articles précités que les décisions juridictionnelles de la commission d'instruction, qui sont toutes nécessairement des arrêts, ne sont susceptibles d'aucun autre recours que le pourvoi en cassation⁷.

Ainsi, aux termes de la loi organique, nonobstant la qualification d'ordonnance qui lui a été donnée, la décision de la commission d'instruction du 17 août 2021 n'était susceptible d'aucun autre recours qu'un pourvoi en cassation, y compris pour contester cette qualification.

2.2.2.- Les travaux parlementaires

Les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi organique ne laissent planer aucun doute sur ce point. L'une des questions sensibles ayant divisé les parlementaires, suscitant entre eux des débats qui furent qualifiés par l'un d'eux d'homériques⁸, était celle de savoir si les arrêts de la Cour de justice de la République devaient pouvoir faire l'objet d'un pourvoi en cassation ou si, compte tenu de la composition et de la compétence singulières de cette juridiction, tout recours devait être exclu. Le débat relatif à la nécessité ou l'opportunité de l'ouverture d'un pourvoi s'est étendu aux arrêts de la commission d'instruction. Il a toutefois été moins âpre s'agissant de ces arrêts dans la mesure où, la commission d'instruction étant composée exclusivement de magistrats, il est apparu plus naturel aux parlementaires que ses décisions puissent être soumises à la Cour de cassation. Quoi qu'il en soit, il apparaît que le Parlement avait à choisir entre une solution qui aurait consisté à soustraire les décisions de la commission d'instruction à tout contrôle par une juridiction supérieure et une autre, qui s'est imposée, consistant à ouvrir contre ces décisions le droit de former pourvoi⁹. A aucun moment, il n'a été envisagé que celles-ci puissent faire l'objet d'un appel¹⁰.

⁷ V. en ce sens M. Henri-Claude Le Gall, JCI, procéd. pén., app. art. 231 à 566, fasc. 20 : Cour de justice de la République, spéc. § 67 et 72

⁸ Michel Dreyfuss-Schmidt, *JO Sénat*, 21 oct. 1993, p. 3287

⁹ Hostile à l'ouverture d'un quelconque recours, M. Fanton, rapporteur de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, s'exprimait en ces termes : *«Prévoyant que les arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République peuvent faire l'objet de pourvois en cassation, l'article 23 introduit un changement considérable par rapport aux règles qui s'appliquent aux décisions de l'institution correspondante de la Haute Cour de justice. Le deuxième alinéa de l'article 24 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 dispose en effet que «les actes de la commission d'instruction ne sont susceptibles d'aucun recours». Il ressort clairement des débats préalables à l'adoption de la révision constitutionnelle qui a conduit à la création de la Cour de justice de la République que cette innovation n'est nullement indispensable, qu'elle concerne les arrêts de la commission d'instruction ou ceux de la Cour elle-même. Ni le texte constitutionnel, ni l'intention du constituant, n'exigent l'apparition du pourvoi en cassation au sein du dispositif de mise en oeuvre de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement. On constate au contraire que l'Assemblée nationale, sensible aux arguments de principe invoqués par la commission des Lois à l'encontre d'un pourvoi en cassation dirigé contre les arrêts de la Cour de justice de la République, l'avait même explicitement exclu en première lecture en adoptant une disposition selon laquelle «les arrêts rendus par la Cour de justice de la République ne sont susceptibles que de pourvoi en révision» (Rapp. n° 550, 30 sept. 1993, p. 49-50).*

¹⁰ L'exclusion de l'appel était tenu pour acquis et n'a donné lieu à aucun débat. M. Fanton l'a ainsi relevé en ces termes dans son rapport précité : *«La commission d'instruction de la Cour de justice de la République dispose naturellement des compétences juridictionnelles reconnues aux juridictions d'instruction de droit commun. Mais, comme elles, elle doit les exercer sous la surveillance du ministère public, même si, dans le cas particulier de la commission d'instruction, les décisions rendues ne sont pas susceptibles d'appel.» (v. Rapp. n° 550, 30 sept. 1993, p. 48).*

2.2.3.- L'absence de juridiction d'appel

L'appel n'ayant pas été ouvert, aucune juridiction n'a été instituée par le législateur organique pour en connaître. Dans le dispositif autonome prévu par lui pour la mise en état des affaires relevant de la compétence de la Cour de justice de la République, la commission d'instruction, dans sa composition définie à l'article 11 dont nous avons rappelé les termes, est la seule juridiction compétente. Ainsi, pour reprendre les mots du premier avocat général Régis de Gouttes: "*Devant la Cour de justice de la République, il n'existe pas de chambre d'appel de l'information ni de système de double degré de l'instruction, comme en matière de droit commun*"¹¹. Dans le même sens, on peut lire sous la plume de M. Henri-Claude Le Gall : "*Juridiction collégiale ne comportant qu'un unique degré, la commission d'instruction cumule les attributions d'un juge d'instruction et celles d'une chambre de l'instruction*"¹².

2.2.4.- La jurisprudence de l'Assemblée plénière

Encore que, jusqu'à ce jour, le débat n'ait pas été ouvert devant elle, votre Assemblée plénière a implicitement mais nécessairement retenu que les décisions de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République étaient insusceptibles d'appel. En effet, elle n'a jamais déclaré irrecevable un pourvoi formé contre une décision de la commission d'instruction au motif que cette décision aurait dû faire l'objet d'un appel. L'observation n'est sans doute pas déterminante s'agissant des pourvois formés contre des arrêts de la commission d'instruction portant renvoi devant la Cour de justice de la République, les ordonnances de renvoi du juge d'instruction devant la juridiction de jugement étant elles-mêmes, en principe, insusceptibles d'appel comme de pourvoi en matière correctionnelle. Mais vous avez également admis qu'un pourvoi puisse être formé directement contre un arrêt de la commission d'instruction statuant sur des demandes tendant à constater la prescription de l'action publique, dont le régime, fixé en droit commun par l'article 82-3 du code de procédure pénale, est très proche de celui des demandes d'acte¹³.

En l'état du dispositif institué par la loi organique, il nous paraît exclu de tenter de ramener la procédure suivie devant la commission d'instruction au droit commun en érigeant de manière prétorienne la commission d'instruction en juridiction d'appel de ses propres décisions, étant souligné qu'aucun principe supérieur n'impose une telle solution.

2.3.- Un appel dont l'institution prétorienne n'apparaît ni imposée ni possible

2.3.1.- Un appel dont l'institution n'est imposée par aucun principe supérieur¹⁴

¹¹ Avis sur Ass. Plén., 6 juill. 2003, n°01-87.092 & 03-80.734

¹² M. Le Gall, JCI procéd. pén., préc.: Cour de justice de la République, § 59

¹³ Ass. plén. 13 oct. 2017, n° 17-83.620 ; Ass. plén. 13 mars 2020, n° 18-80.165

¹⁴ Le contrôle de conformité à la Constitution revient bien entendu au Conseil constitutionnel. Nous nous bornerons à rappeler que celui-ci a déclaré conforme à la Constitution la loi organique sur la Cour de justice de la République (Déc. n° 93-327 DC, 17 nov. 1993) et que, par ailleurs, il juge avec constance que le principe du double degré de juridiction n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle (Déc. 2004-491 DC, 12 févr. 2004, cdt 3 ; Déc. 2012-243 à 246 QPC, 14 mai 2012, cdt 13 ; Déc. 2013-338/339 QPC, 13 sept. 2013, cdt 8).

L'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui proclame le droit à un procès équitable, "*n'astreint pas les Etats contractants à créer des cours d'appel ou de cassation*"¹⁵. Il n'impose donc pas que soit ménagée la possibilité d'exercer un recours devant une juridiction supérieure. Il n'en est autrement que dans le cas où la juridiction qui a rendu la décision initiale n'a pas elle-même statué selon les règles du procès équitable. Il est alors nécessaire d'ouvrir un recours devant une juridiction ayant pleine compétence pour examiner le litige "*en fait et en droit*", conformément à ces règles¹⁶. Il s'agit moins alors d'assurer un double degré de juridiction que de garantir un recours effectif permettant à l'intéressé que sa cause soit "*entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial*" pour reprendre les termes de l'article 6. Au cas présent, dès lors que les garanties du procès équitable sont assurées devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, juridiction collégiale composée de trois conseillers à la Cour de cassation, appelée à statuer en fait et en droit, comme le ferait une chambre de l'instruction, à l'issue d'un débat contradictoire, l'absence d'instance d'appel ne peut prêter à aucune critique tirée de la violation des stipulations conventionnelles précitées.

Par ailleurs, si l'article 2, paragraphe 1, du protocole n° 7 à la Convention européenne pose le droit à un double degré de juridiction en matière pénale, il résulte de ses termes mêmes et de son rapport explicatif que cette garantie ne s'impose que dans le cas où une juridiction est appelée à statuer sur la culpabilité ou la peine. Tel n'est pas le cas de la commission d'instruction dont les décisions n'entrent donc pas dans le champ des stipulations de cet article. En outre et en tout état de cause, aux termes des déclarations et réserves du gouvernement français accompagnant la ratification du protocole n° 7 : "*au sens de l'article 2, paragraphe 1, l'examen par une juridiction supérieure peut se limiter à un contrôle de l'application de la loi, tel que le recours en cassation*". Bien qu'elle ait été destinée avant tout à préserver les dispositions, alors applicables, excluant l'appel contre les arrêts des cours d'assises, cette déclaration a bien sûr une portée plus large. Elle a d'ailleurs été appliquée par la chambre criminelle au-delà de ce champ¹⁷. Une déclaration un peu différente, mais de même portée, accompagne la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dont l'article 14, paragraphe 5, proclame également, dans des termes semblables à ceux de l'article 2, paragraphe 1, du protocole n° 7 à la Convention européenne, le droit à un double degré de juridiction en matière pénale¹⁸.

2.3.2.- Une solution érigeant la commission d'instruction en juridiction d'appel de ses propres décisions, incompatible avec la définition de l'appel

¹⁵ CEDH, 1^{er} sept. 2015, *Dorade Baülde c/ Espagne*, n° 23486/12, § 18

¹⁶ CEDH, 24 oct. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, n°7299/75, § 29 ; CEDH, 21 févr. 2008, *Ravon et a. c/ France*, n°18497/03, § 27 ; CEDH, 18 juin 2015, *Bouygues Construction et a. c/ France*, n° 21265/10, § 16

¹⁷ Elle a ainsi été opposée à des prévenus condamnés par le tribunal aux armées dont les décisions étaient insusceptibles d'appel (Crim., 19 déc. 1990, n° 90-83.175, B. n° 443 ; Crim., 18 mai 1994, n° 92-86.119), mais aussi et surtout à des prévenus condamnés par une cour d'appel ayant, en application de l'article 520 du code de procédure pénale, évoqué après annulation du jugement entrepris (v. entre beaucoup d'autre : Crim., 7 avr. 1993, n° 92-81.725 ; Crim. 3 mars 2015, n° 14-80.250).

¹⁸ Dans cette déclaration, le gouvernement français interprète les stipulations correspondantes "*comme posant un principe général auquel la loi peut apporter des exceptions limitées*".

Bien entendu, le fait que l'ouverture d'un appel ne soit pas imposée par les normes supérieures ne fait pas obstacle à ce qu'un tel recours soit néanmoins institué dans l'intérêt du justiciable. Mais en ce cas, ainsi que l'énonce avec constance la Cour européenne des droits de l'homme, il doit l'être dans le respect des exigences du procès équitable¹⁹. A cet égard, la solution consistant à ériger la commission d'instruction en juridiction d'appel de ses propres décisions, loin de rapprocher du droit commun la procédure suivie devant celle-ci, heurte les principes fondamentaux de notre organisation judiciaire. L'appel est une voie de recours ordinaire qui permet au justiciable de soumettre sa cause à une juridiction supérieure ou, en tout cas, distincte de celle qui a statué en première instance. Il assure la mise en oeuvre du principe du double degré de juridiction. Un recours porté devant la juridiction qui a rendu la décision contestée ne peut donc être qualifié d'appel sans que soit méconnue la définition même de cette voie de recours. Comme l'a énoncé la chambre criminelle, l'appel "*serait illusoire si le même magistrat pouvait dans la même affaire remplir son office dans les deux degrés*"²⁰. La solution est bien entendu la même en matière civile²¹. Il en résulte que, lorsqu'une juridiction d'appel est instituée, elle doit être composée d'autres juges que ceux ayant statué en première instance. A fortiori, il est impossible de concevoir un appel qui serait porté devant la juridiction dont la décision est contestée.

2.3.3.- Le palliatif impraticable du recours aux suppléants

Certes, pour lever l'objection tenant à l'identité de composition, il pourrait être suggéré que la commission d'instruction statue en appel composée de ses suppléants. Cependant, outre que l'institution d'un appel demeurerait en tout état de cause contraire aux prévisions de la loi pour les raisons qui ont déjà été dites, la solution serait assez baroque puisque, de manière prétorienne, serait instituée une juridiction d'appel permanente composée des magistrats appelés à suppléer ceux de première instance. Surtout, elle rendrait impraticable le dispositif autonome créé par la loi organique. En effet, les suppléants sont, notamment, appelés à remplacer les titulaires lorsque, à la suite d'une cassation avec renvoi, l'affaire doit faire l'objet d'un nouvel examen par la commission d'instruction. Mettant en oeuvre la règle énoncée aux articles L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire et 610 du code de procédure pénale, l'article 25, *in fine*, de la loi organique dispose que "*lorsque la Cour de cassation annule un arrêt rendu par la commission d'instruction, elle renvoie l'affaire devant celle-ci, composée de membres titulaires ou suppléants autres que ceux qui ont rendu l'arrêt annulé*". Si l'on admet qu'un appel peut être porté devant la commission d'instruction composée de ses suppléants, on voit mal devant quels magistrats l'affaire pourra être renvoyée en cas de cassation. L'observation avait déjà été faite par le premier avocat général Régis de Gouttes²².

2.3.4.- Le précédent non pertinent de la solution retenue en matière de nullités

¹⁹ par ex. CEDH 2 mars 1987, *Monnel et Morris c/ Royaume-Uni*, n° 9562/81 et 9818/82, § 54 ; CEDH, 25 juin 2009, *Maresti c/ Croatie*, 55759/07, § 33 ; CEDH, 12 juill. 2016, *Reichman c/ France*, n° 50147/11, § 29

²⁰ Crim. 27 mars 1990, n° 90-80.204, B., n° 134 ; v. aussi Crim. 28 juin 2011, n° 11-80.388

²¹ v. not. 2^{ème} Civ. 10 oct. 1996, n° 95-12.222, B. n° 233 et les arrêts cités

²² v. avis préc. de Régis de Gouttes

Il est vrai que, par ses arrêts des 6 juin 2003 et 13 mars 2020, l'Assemblée plénière a jugé que "ne méconnaît pas les garanties de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme l'arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République statuant sur la régularité des actes de l'information qu'elle a conduite, en application de l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993, dès lors qu'elle prononce sous le contrôle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ayant, en la matière, pleine compétence pour statuer en fait et en droit"²³. Cette solution est inspirée de celle retenue quelques années plus tôt par la chambre criminelle dans le cas où, après avoir évoqué le dossier, la chambre de l'instruction conduit elle-même l'information et se trouve donc appelée à apprécier la régularité d'actes d'instruction effectués par l'un de ses membres²⁴.

Mais de ce que vous avez jugé que, sans que soit méconnue l'exigence d'impartialité, la commission d'instruction pouvait examiner les requêtes en nullité des actes accomplis par elle ou à sa demande, il ne se saurait être déduit qu'elle pourrait - et encore moins qu'elle devrait - statuer en appel de ses propres décisions juridictionnelles.

D'abord, s'agissant du contrôle de la régularité de l'information, la compétence de la commission d'instruction est expressément prévue par l'article 23 de la loi du 23 novembre 1993. Ensuite, une requête en nullité, qui n'est pas dirigée contre un acte juridictionnel, n'est pas un appel. En consacrant le pouvoir de la commission d'instruction de l'examiner, vous n'avez pas institué un double degré de juridiction. Vous avez eu le souci d'ouvrir un recours effectif à la personne mise en cause. A cet effet, il était indispensable que celle-ci puisse saisir la commission d'instruction afin de susciter une décision juridictionnelle qui puisse être soumise, par la voie du pourvoi en cassation, au contrôle plein et entier de votre Assemblée plénière. Autrement dit, la décision de la commission d'instruction saisie d'une requête en nullité peut être rendue par les mêmes magistrats que ceux qui ont accompli les actes critiqués dès lors qu'elle n'est que la décision préalable rendant possible votre contrôle. La solution s'inscrit dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg que nous avons déjà évoquée (v. § 2.3.1).

Dans ses conclusions sur l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de votre Assemblée plénière du 6 juin 2003, le premier avocat général Régis de Gouttes faisait observer que la critique dirigée contre le dispositif applicable devant la commission d'instruction, en matière de contrôle de régularité de l'information, reposait "sur l'assimilation" erronée de la requête en nullité portée devant la commission d'instruction à un "appel" devant la chambre de l'instruction, dont il était déduit que "les mêmes juges ne [pouvaient] siéger aux deux degrés, en première instance et en appel". Mais il convient de ne pas faire aujourd'hui le chemin inverse en assimilant l'appel à une requête en nullité pour en déduire que la commission d'instruction serait compétente pour connaître, dans la même composition, d'un appel formé contre l'un de ses actes juridictionnels avec la conséquence singulière que votre Assemblée plénière devrait alors étendre son contrôle au fait afin d'assurer l'effectivité d'un double degré de juridiction que rien n'impose.

Il ne fait donc pas de doute que les décisions de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République sont placées sous votre seul contrôle et qu'aucun appel n'est ouvert à leur encontre. En réalité, la commission d'instruction se présente moins comme un juge d'instruction que comme une chambre de l'instruction qui serait en charge de la conduite de

²³ Ass. plén. 6 juin 2003, n° 01-87.092 ; Ass. plén. 13 mars 2020, n° G 19-86.609, E 18-80.162, H 18-80.164, et G 18-80.165

²⁴ Crim., 29 avril 1996, n° 95-81.948, Bull. n° 170

l'information après avoir été saisie de l'entier dossier ou avoir exercé son pouvoir d'évocation. Il reste à déterminer les conséquences qu'il convient de tirer de l'irrecevabilité de l'appel.

3.- Conséquence de l'irrecevabilité de l'appel

3.1.- Les voies contestables d'une neutralisation de l'irrégularité

Ayant statué sur l'appel de sa propre décision, la commission d'instruction ne se trouve pas tout à fait dans la situation d'une cour d'appel qui aurait admis à tort la recevabilité d'un appel. En effet, la demande d'acte qu'elle a examinée en appel aurait pu lui être soumise directement dès lors que sa décision du 17 août 2021 présentait le caractère d'une décision d'avant-dire droit à laquelle ne pouvait s'attacher l'autorité de la chose jugée²⁵. Vous pourriez ainsi être tentés de requalifier l'appel formé par M. [Z] en le regardant comme un renouvellement de la demande d'audition sur laquelle la commission d'instruction aurait été invitée à statuer une seconde fois. La décision attaquée pourrait alors être considérée comme ayant été rendue non en appel, mais en premier et dernier ressort, sur une seconde demande.

Cependant, nous ne vous proposons pas de retenir cette solution pour le moins performative. Une telle requalification procéderait d'une dénaturation des actes de la procédure. La commission d'instruction a bien été saisie d'un appel et non d'une demande présentée dans les formes prévues par l'article 82-1 du code de procédure pénale pour les demandes d'actes. Elle n'a pas rejeté une demande d'acte dont elle aurait été saisie de manière autonome. Selon le dispositif de l'arrêt attaqué, elle a confirmé l'ordonnance du 17 août 2021 par laquelle elle avait rejeté la demande d'acte initiale. Son arrêt du 16 septembre est donc lié à son ordonnance du 17 août de sorte qu'à supposer même que vous traitiez cet arrêt comme une décision autonome, vous n'en devriez pas moins examiner, de manière peu cohérente, fût-ce pour l'écarter, l'argumentation développée à la première branche du premier moyen tirée de ce que cette ordonnance procéderait d'un excès de pouvoir.

Au-delà de ces considérations, la procédure singulière applicable devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, qui ne se réduit ni tout à fait à celle suivie devant un juge d'instruction ni tout à fait à celle suivie devant une chambre de l'instruction, donne lieu à de nombreuses interrogations et prête à interprétation comme la présente affaire en est l'illustration. Dans ces conditions, il nous semble souhaitable d'affirmer la règle applicable avec la plus grande clarté.

3.2.- Les modalités de la cassation sans renvoi

La cassation nous semble donc encourue sur un moyen relevé d'office tiré de l'irrecevabilité de l'appel. Elle sera prononcée sans renvoi dès lors que, l'appel étant irrecevable, la cause ne saurait être renvoyée devant une autre juridiction.

La question se pose toutefois de savoir s'il conviendrait d'assortir la cassation d'une disposition préservant la possibilité de former un pourvoi contre l'ordonnance du 17 août 2021.

En effet, la chambre criminelle juge de façon constante que, dans le cas où une décision, rendue en dernier ressort, comporte des mentions laissant supposer qu'elle était susceptible d'appel, cette circonstance "*ne saurait avoir pour effet de préjudicier au prévenu*". Après avoir

²⁵ Crim., 1 sept. 2009, n° 08-87.816

cassé sans renvoi la décision attaquée, la chambre criminelle préserve alors les droits du demandeur en précisant dans le dispositif de son arrêt que le délai de pourvoi contre la décision irrégulièrement frappée d'appel commencera à courir à compter du jour de la notification de l'arrêt de cassation²⁶.

Une telle solution pourrait trouver application en l'espèce dès lors que, comme nous l'avons relevé, si la commission d'instruction a qualifié sa décision du 17 août 2021 d'ordonnance, c'est qu'elle estimait qu'elle était susceptible d'appel.

Certes, le demandeur invoquant, dans son premier moyen de cassation, l'excès de pouvoir qu'aurait commis la commission d'instruction en qualifiant sa décision initiale d'ordonnance, vous pourriez estimer qu'il aurait pu faire valoir cette argumentation à l'appui d'un pourvoi qu'il aurait formé contre la décision du 17 août 2021 qui, comme il le relève lui-même, était en réalité un arrêt. En outre, si vous ne ménagiez pas la possibilité, pour le demandeur, de former un pourvoi contre l'ordonnance du 17 août 2021, ses droits demeureraient entiers dès lors qu'il aurait la faculté de réitérer sa demande d'audition et de susciter ainsi une nouvelle décision de la commission d'instruction qu'il pourrait, le cas échéant, contester devant vous.

Il nous semble cependant que la qualification d'ordonnance donnée par la commission d'instruction à sa décision du 17 août 2021, qu'elle a elle-même conçue comme étant susceptible d'appel, a nécessairement créé un doute dans l'esprit du demandeur quant à la nature de la voie de recours qui lui était ouverte. Le doute était d'autant plus autorisé que les dispositions d'exception régissant la procédure devant la commission d'instruction prêtent à interprétation et qu'à ce jour, votre Cour n'a jamais eu l'occasion d'en préciser sur ce point le sens et la portée.

*

En conséquence, sans qu'il y ait lieu d'examiner les moyens proposés au soutien du pourvoi, nous concluons à la cassation sans renvoi de l'arrêt attaqué sur un moyen relevé d'office tiré de l'irrecevabilité de l'appel porté devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, avec la précision que le délai du pourvoi contre la décision irrégulièrement frappée d'appel commencera à courir à compter du jour de la notification de votre arrêt de cassation.

Avis de cassation sans renvoi

²⁶ v. pour des pourvois formés contre des arrêts rendus sur des jugements qualifiés inexactement en premier ressort : Crim., 1 oct. 1987, n° 86-96.004, B. n° 318 ; Crim., 8 sept. 2015, n° 14-85.919 ; Crim., 14 sept. 2021, n° 20-84.876 (naguère signifiés, les arrêts de cassation de la chambre criminelle sont désormais notifiés en application de l'article 614 CPP)