



RAPPORT DE Mr DARY, CONSEILLER

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/**

M. [U] [Z] a formé un pourvoi contre l'arrêt de la commission d’instruction de la Cour de justice de la République (la commission d’instruction) du 16 septembre 2021 qui, dans l'information suivie contre lui du chef de prises illégales d'intérêts, a confirmé l'ordonnance de refus de mesure d’instruction complémentaire rendue par la commission d’instruction

Plan du rapport :

1. Rappel des faits et de la procédure	Page 2
2. Analyse succincte des moyens	Page 6
3. Discussion	Page 7
3.1. Propos liminaire	Page 7
3.2. Sur le moyen susceptible d’être relevé d’office de l’irrecevabilité de l’appel formé contre la décision du 17 août 2021	Page 8
3.2.1. La commission d’instruction de la Cour de justice de la République	Page 8

3.2.2. Les travaux parlementaires	Page 13
3.2.3. L'ordonnance du 17 août 2021	Page 18
3.2.4. L'arrêt du 16 septembre 2021.	Page 19
3.2.5. Éléments de réflexion	Page 20
3.3. Sur le premier moyen	Page 28
3.3.1 Sur la première branche	Page 28
3.3.1.1. L'argumentation du demandeur	Page 28
3.3.1.2. Éléments de réflexion	Page 28
3.3.2. Sur la seconde branche	Page 31
3.3.2.1. L'argumentation du demandeur	Page 31
3.3.2.2. La jurisprudence	Page 32
A. L'impartialité fonctionnelle du magistrat	Page 32
B. L'impartialité soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation	Page 34
C. Application à la CJR	Page 34
3.4. Sur le deuxième moyen	Page 35
3.4.1. L'argumentation du demandeur	Page 35
3.4.2. Les textes applicables	Page 35
3.4.3. La jurisprudence	Page 36
3.4.4. Les motifs de la décision attaquée	Page 36
3.5. Sur le troisième moyen	Page 40
3.5.1. L'argumentation du demandeur	Page 40
3.5.2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	Page 41
3.5.3. La jurisprudence de la Cour de cassation	Page 43
3.5.4. Une partie au procès pénal peut-elle avoir la qualité de témoin?	Page 44

1. RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Le 17 février 2014, les juges d'instruction en charge d'une procédure relative à des soupçons de financement de la campagne électorale de 2007 de M. [X] [Y] par [PAYS 1], ont fait parvenir au parquet national financier (PNF) un soit-transmis selon lequel une écoute judiciaire était en cours sur une ligne téléphonique souscrite par M. [D] [C] sous la fausse identité de [G] [H] et exclusivement dédiée à ses communications avec M. [Y], révélant de possibles faits de trafic d'influence, impliquant un magistrat de la Cour de cassation, pour lesquels une information sera ouverte le 26 février 2014.

En raison d'éléments révélant que MM. [C] et [Y] avaient pu être informés que leur échanges téléphoniques étaient désormais connus, une enquête préliminaire a été diligentée par le PNF, le 4 mars 2014, des chefs de violation du secret professionnel et d'entrave au fonctionnement de la justice. Dans ce cadre, des réquisitions ont été

prises pour obtenir les « fadets » de plusieurs avocats. L'enquête a été clôturée le 4 décembre 2019 sans avoir permis d'identifier les informateurs supposés des mis en cause.

Le 24 juin 2020, le magazine *Le Point* a révélé l'existence de cette enquête dite des « fadets » précisant qu'elle aurait concerné notamment M. [Z].

Le lendemain, ce dernier, dénonçant des méthodes inacceptables, a fait savoir qu'il allait déposer plainte contre X des chefs de violation de l'intimité de la vie privée, violation du secret des correspondances et abus d'autorité, ce dont le quotidien *Le Parisien* se faisait l'écho quelques jours plus tard.

Le 1^{er} juillet 2020, Mme [I], garde des sceaux, ministre de la justice, a déclaré avoir saisi l'Inspection générale de la justice (IGJ) d'une inspection sur le fonctionnement de cette enquête.

Peu après sa nomination comme garde des sceaux, ministre de la justice, le 6 juillet 2020, M. [Z] a annoncé sa décision de retirer sa plainte, laquelle a été classée sans suite le 8 octobre 2020.

Le rapport commandé par Mme [I] a été déposé le 15 septembre 2020.

Le 18 septembre 2020, un communiqué du ministère de la justice a annoncé une nouvelle saisine de l'IGJ, visant trois magistrats du PNF nommément cités en raison de manquements au devoir de diligence, de rigueur professionnelle et de loyauté.

Dans les jours suivants, ces faits ont été l'objet de plusieurs signalements et plaintes :

Le 28 septembre 2020, un signalement a été adressé à la commission des requêtes de la Cour de justice de la République (la commission des requêtes) par M. [J] [K], un élu local, évoquant des soupçons de prise illégale d'intérêts commis par M. [Z], garde des sceaux, ministre de la justice.

Le 8 octobre 2020, l'association Anticor a porté plainte auprès de la commission des requêtes contre M. [U] [Z], garde des sceaux, ministre de la justice, du chef de ce même délit.

Le même jour, M. [L] [M], député du Nord a adressé un signalement pour les mêmes faits au procureur général près la Cour de cassation. Un second signalement, dans des termes similaires, lui a été adressé, le 14 octobre 2020, par le syndicat Unité Magistrats SNM FO.

Le 28 octobre suivant, le procureur général près la Cour de cassation a saisi, pour avis, la commission des requêtes de ces deux signalements.

Enfin, le 16 décembre 2020, le Syndicat de la Magistrature (SM) et l'Union Syndicale des Magistrats (USM) ont porté plainte auprès de la commission des requêtes contre M. [Z] pour prise illégale d'intérêts, avec copie au procureur général près la Cour de cassation et ont dénoncé, au delà de l'affaire dite « des fadets », déjà exposée, des

faits distincts concernant un autre magistrat, M. [N], juge d'instruction à [Localité 1], de septembre 2016 à août 2019, lequel avait eu à connaître de dossiers sensibles mettant en cause notamment un homme d'affaires russe alors défendu par M. [Z], ou des personnes proches des autorités [Localité 1]. Il s'était exprimé, après la fin de son détachement dans [Localité 1], dans une émission télévisée pour donner son avis sur le fonctionnement de la justice à [Localité 1], provoquant, d'une part, un dépôt de plainte pour violation du secret professionnel et manquements déontologiques de la part de l'ancien directeur de la police judiciaire [Localité 1], assisté par M. [Z], d'autre part, le 31 juillet 2020, la saisine de l'IGJ, par la directrice du cabinet du garde des sceaux, aux fins d'une enquête pré-disciplinaire concernant ce magistrat.

Le 21 décembre 2020, le procureur général près la Cour de cassation a saisi, pour avis complémentaire, la commission des requêtes de ces nouveaux faits.

Le 8 janvier 2021, la commission des requêtes a décidé, d'une part, de joindre l'ensemble des plaintes, signalements et demandes d'avis et de déclarer irrecevables le signalement de M. [K] et la « plainte » de M. [M], d'autre part, de transmettre les plaintes de l'association Anticor, du SM et de l'USM au procureur général près la Cour de justice de la République aux fins de saisine de la commission d'instruction. Elle a également décidé de rendre un avis favorable aux demandes du procureur général relatives à la saisine de la commission d'instruction pour instruire du chef de prise illégale d'intérêt contre M. [Z].

Le 13 janvier 2021, l'avocat général délégué a pris un réquisitoire aux fins d'informer sur les faits, tels que retenus dans la décision de la commission des requêtes, à l'égard de M. [Z] du même chef.

Par lettre recommandée avec AR, en date du 22 juin 2021, la commission d'instruction a informé M. [Z] qu'elle envisageait sa mise en examen en raison des faits faisant objet de l'information judiciaire suivie devant la commission d'instruction à la suite des plaintes déposées par deux syndicats de magistrats et l'association Anticor.

Le 16 juillet 2021, la commission d'instruction, à l'issue de l'interrogatoire de première comparution, a notifié l'intéressé qu'il était mis en examen du chef de prises illégales d'intérêts pour les faits portés à sa connaissance.

Le 20 juillet 2021, M. [Z] a déposé auprès de la commission d'instruction une demande d'audition en qualité de témoin de M. [E] [F], procureur général près la Cour de justice de la République.

Au soutien de cette demande, il est écrit qu'il ressort d'éléments du dossier que M. [F] est intervenu dans le processus ayant conduit à l'ouverture de l'enquête de l'IGJ contre les magistrats du parquet national financier, par le biais d'un échange téléphonique avec la directrice de cabinet du garde des sceaux, Mme [P] [A], ce qu'un témoin, également membre du cabinet, a confirmé. Dès lors, M. [F] doit, lui-même, être entendu en qualité de témoin afin de permettre à la défense de la personne mise en examen de lui poser des questions.

Le 22 juillet 2021, M. [E] [F], président de la formation du Conseil supérieur de la Magistrature (CSM) compétente à l'égard des magistrats du parquet, a écrit un courrier aux membres de la commission d'instruction pour confirmer la réalité de cet échange téléphonique intervenu avec Mme [A], à la demande de celle-ci, aux termes duquel il l'avait informée qu'au vu du contenu du rapport de contrôle de fonctionnement qui n'articulait aucun manquement disciplinaire imputable à tel ou tel magistrat, le CSM ne pouvait être saisi en l'état et que toute poursuite disciplinaire passait nécessairement par une enquête administrative, précisant s'être « borné », en sa qualité de président de la formation parquet du CSM, à informer son interlocutrice, à sa demande, des « règles de saisine qui obligent à ne saisir le CSM que de faits articulés contre un magistrat et pouvant être qualifiés de fautes disciplinaires. »

Le 10 août 2021, l'avocat général délégué a conclu au rejet de la demande.

Par décision du 17 août 2021 intitulée « ordonnance », au visa des articles 18 et 22 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 et des articles 81, 82-1 et 82-2 du code de procédure pénale, la commission d'instruction a décidé, d'une part, que les auditions concomitantes de Mme [A], MM. [B] et [O], témoins, en présence de M. le procureur général près la Cour de cassation, pris en sa qualité de représentant du ministère public près de la Cour de justice de la République, étaient utiles à la manifestation de la vérité et qu'elle auraient lieu le 15 septembre 2021 à partir de 9 heures, en présence des avocats de M. [U] [Z], d'autre part, qu'il ne lui appartenait pas d'entendre le procureur général près la cour de cassation en qualité de simple témoin.

Cette décision a été notifiée aux parties le jour même.

Par déclaration au greffe de la Cour de justice de la République (CJR), du 26 août 2021, M. [Q], avocat de la personne mise en examen a relevé appel de cette décision.

Le 8 septembre 2021, l'avocat général délégué a conclu à la recevabilité de l'appel et au rejet de la demande d'audition sollicitée.

Les avocats de M. [Z] ont déposé des observations dans lesquelles ils soutiennent que les ordonnances rendues par la commission d'instruction relèvent de l'article 18 de la loi organique du 23 novembre 1993 et que, dès lors, leur appel, formé dans le délai légal, est recevable.

Sur le fond, ils font valoir que M. [F] doit être interrogé en qualité de témoin comme toutes les autres personnes qui sont intervenues en amont du processus décisionnel objet de l'instruction et sollicitent l'infirmité de l'ordonnance rendue.

Par arrêt du 16 septembre 2021, la commission d'instruction a déclaré l'appel de l'ordonnance recevable et confirmé l'ordonnance attaquée.

Par déclaration au greffe de la CJR en date du 21 septembre 2021, M. [R], avocat au barreau de Paris, a formé un pourvoi contre cet arrêt.

Par requête du même jour, M. [R], avocat de M. [Z], a sollicité l'examen immédiat du pourvoi dès lors, d'une part, que ce pourvoi interroge sur la composition de la juridiction qui a rendu la décision attaquée, d'autre part, que la nature de la demande d'audition en qualité de témoin de M. [F] comme le motif opposé par la commission d'instruction pour refuser d'y faire droit touche à une règle d'ordre public.

Par ordonnance du 30 septembre 2021, le président de chambre faisant fonction de Premier président a, dans l'intérêt de l'ordre public et celui d'une bonne administration de la justice, prescrit l'examen immédiat du pourvoi.

La SCP Spinosi s'est constitué en demande et a déposé un mémoire ampliatif le 25 octobre 2021.

Pourvoi et mémoire paraissent recevables en la forme.

2. ANALYSE SUCCINCTE DES MOYENS

Le mémoire fait valoir trois moyens :

2.1. **Le premier moyen**, en deux branches, conteste la régularité de l'arrêt rendu par la commission d'instruction qui, saisie par voie d'appel, a confirmé, en violation des articles 18, 22 et 24 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 et des articles 81, 82-1, 186-1 et 593 du code de procédure, **sa propre ordonnance entachée d'excès de pouvoir** et, par surcroît, **en statuant dans la même composition**, en méconnaissance du principe d'impartialité, violé l'article 6 de la Convention EDH ;

2.2. **Le deuxième moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir commis un excès de pouvoir négatif**, en confirmant une ordonnance qui ne s'était pas prononcée, ni dans ses motifs ni dans son dispositif, sur la demande d'acte qui lui était soumise, mais avait prononcé un tout autre acte, en violation des articles 18 et 22 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 et des articles 81, 82-1, 187 et 593 du code de procédure pénale ;

2.3. **Le troisième moyen** justifie le refus d'audition du procureur général près la Cour de cassation en qualité de témoin, **par des motifs non pertinents**, notamment le fait qu'il assure la fonction de procureur général dans cette procédure, et qu'il s'est expliqué sur ce qu'il a vu et entendu dans un simple courrier, en violation du droit à interroger ou à faire interroger des témoins prévu par l'article 6, § 3, d) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme ou Convention EDH).

3. DISCUSSION

3.1 Propos liminaire

Les moyens soulevés par le mémoire ampliatif, en ce qu'ils reprochent à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé l'ordonnance de la commission d'instruction du 17 août 2021, présupposent que l'appel interjeté contre cette première décision était recevable et que la commission d'instruction pouvait statuer au fond.

Or l'existence même de cette voie de recours contre les décisions de caractère juridictionnel rendues par la commission d'instruction, qui n'est pas évoquée explicitement par les dispositions de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993, pose question. Celle-ci n'a jamais été tranchée par la jurisprudence.

Au demeurant, les développements du mémoire ampliatif reproduits ci-après amènent à se poser la question de l'exercice des voies de recours :

« Il ressort de ces textes [les articles 18, 22 et 24 ¹ de la loi organique] que la commission d'instruction, organe collégial, prend ses décisions de caractère juridictionnel sous forme d'arrêts.

Il n'est pas ici question de reprocher à la commission d'instruction d'avoir exercé des fonctions d'instruction dans la même procédure, mais d'être intervenue, sur le contentieux lié à la demande d'acte formulée par la défense, à la fois en première instance et en appel.

Aucune disposition de la loi organique du 23 novembre 1993 ne lui imposait de statuer deux fois selon une telle configuration. Bien au contraire ainsi qu'il a été vu dans le cadre de la première branche : la commission d'instruction ne tenait de la loi aucun pouvoir pour rendre une ordonnance ».

1

« Dans la mesure où il n'y est pas dérogé par le présent chapitre, 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.

Ces pouvoirs sont exercés, jusqu'à la réunion de la commission d'instruction, par le président de cette commission » (article 18 de la loi organique).

« Les décisions de caractère juridictionnel sont rendues par la commission d'instruction après réquisitions du procureur général » (article 22 de la loi organique).

« Dans les conditions et formes déterminées par le titre Ier du livre III du code de procédure pénale, 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 » (article 24 de la loi organique).

Selon l'ouvrage La cassation en matière pénale de MM. Jacques et Louis Boré, un moyen d'ordre public et de pur droit peut être relevé d'office, ce qui est le cas des voies de recours :

« 112.106 Voies de recours. Le caractère d'ordre public est encore reconnu aux formes, délais et effets des voies de recours, notamment au délai de l'appel principal, à l'effet limité de l'appel incident du parquet en matière criminelle, au double degré de juridiction, à l'effet dévolutif de l'appel, à l'évocation et à l'effet suspensif des voies de recours quant à l'action publique »

Dans un arrêt rendu le 20 décembre 1988, la chambre criminelle de la Cour de cassation a en effet jugé que « *les formes, modalités et délai de l'appel sont d'ordre public et les nullités qui sanctionnent leur inobservation peuvent être proposées pour la première fois devant la Cour de Cassation ou être suppléées d'office* » ([Crim., 20 décembre 1988, pourvoi n° 87-80.881, Bull. crim. 1988 n° 436](#)). Cette position a été confirmée dans plusieurs arrêts, notamment dans un arrêt du 25 février 1991 ([Crim., 25 février 1991, pourvoi n° 90-81.497, Bull. crim. 1991, n° 91](#)).

3.2. Sur le moyen susceptible d'être relevé d'office de l'irrecevabilité de l'appel formé contre la décision du 17 août 2021

3.2.1 La commission d'instruction de la Cour de justice de la République

Les éléments qui suivent sont extraits d'un article de M. Le Gall (JurisClasseur Procédure pénale *App. Art. 231 à 566 Fasc. 20 : Cour de justice de la République*). Les mentions en caractère gras sont du rapporteur.

« [...] »

B. - Commission d'instruction

1° Organisation

50. – Création – Les articles 68-1 et 68-2 de la Constitution ne prévoyaient pas de procédure d'instruction devant la Cour de justice de la République. C'est la loi organique du 23 novembre 1993 qui a créé la commission d'instruction et défini, en son article 11, sa composition et, en ses articles 18 à 25, la procédure applicable devant elle.

51. – Composition – La commission d'instruction de la Cour de justice de la République, juridiction d'instruction collégiale, est composée exclusivement de magistrats du siège de la Cour de cassation. L'article 11 de la loi organique précise que ces magistrats doivent être hors hiérarchie, ce qui exclut les conseillers référendaires et les auditeurs. **Le nombre des membres de la commission d'instruction est fixé à trois titulaires et trois suppléants (L. org., art. 11, al. 1er).**

52. – Désignation des membres – Les membres de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République sont, comme les magistrats de la Cour de cassation appelés à siéger à la commission des requêtes ou à la formation de jugement, désignés par l'ensemble des magistrats du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation, c'est-à-dire par un collège formé du premier président, des présidents de chambre et des conseillers, à l'exclusion des magistrats du Parquet, des conseillers référendaires et des auditeurs.

53. – Membres suppléants – Il résulte des dispositions de l'article 6 de la loi organique, auquel renvoie le troisième alinéa de l'article 11, qu'à chaque membre titulaire est affecté un suppléant. En cas d'empêchement temporaire d'un titulaire, il est remplacé par son suppléant. En cas de cessation définitive des fonctions d'un titulaire au cours de son mandat, son suppléant devient titulaire pour la durée du mandat restant à courir. Si ce membre suppléant, devenu titulaire, cesse lui-même définitivement ses fonctions ou est empêché temporairement, il est remplacé, pour la durée du mandat restant à courir, par un autre magistrat du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation, désigné selon les formes prévues à l'article 11.

54. – Président – Le président de la commission d'instruction est l'un des membres titulaires. Il est élu à cette fonction dans les mêmes formes que ceux-ci (V. supra n° 52). Un premier vote du collège désigne donc les trois titulaires et leurs suppléants et il est procédé à un second vote pour élire, parmi les trois titulaires, celui qui sera désigné comme président de la commission d'instruction. En cas d'empêchement temporaire ou définitif du président, il est remplacé par son suppléant dans les conditions prévues à l'article 6 de la loi organique, applicable aux membres de la de la commission d'instruction en vertu de l'article 11 de ladite loi. L'article 6 ne prévoyant aucune disposition spécifique pour le remplacement du président, le problème se pose de savoir si le suppléant ainsi appelé à siéger devient alors président de la commission d'instruction ou si c'est le magistrat titulaire le plus ancien qui doit occuper cette fonction, dans les conditions prévues par les dispositions générales du Code de l'organisation judiciaire, comme c'est le cas pour la commission des requêtes (V. supra n° 33) (V. Doc. Sénat 1993-1994, n° 34). La difficulté réside dans le fait que, si pour la commission des requêtes il n'y a qu'un seul suppléant qui est appelé à remplacer indifféremment les trois titulaires, parmi lesquels, pour la Cour de cassation, le président, il n'en va pas de même pour la commission d'instruction où chaque titulaire, dont le président, a son propre suppléant. On peut penser que ce particularisme doit conduire à écarter, en la matière, les règles du Code de l'organisation judiciaire pour faire prévaloir celle fixée par l'article 6 de la loi organique. Néanmoins, le problème ne s'étant jamais posé dans la pratique, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion, à ce jour, de trancher cette difficulté procédurale.

55. – Durée du mandat – La durée du mandat des membres de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République est de trois ans (L. org., art. 11, 1er al.). Les magistrats admis à l'honorariat en cours de mandat continuent à siéger jusqu'à l'expiration de celui-ci (L. org., art. 35).

56. – Récusations – “Tout membre de la commission d'instruction peut être récusé pour l'une des causes prévues par le Code de procédure pénale en matière correctionnelle”(L. org., art. 4, 1er al.). Ces causes de récusation sont énumérées à l'article 668 du Code de procédure pénale. Au nombre de neuf, elles peuvent être regroupées en quatre rubriques : parenté ou alliance entre le magistrat ou son conjoint et l'une des parties, communauté ou contradiction d'intérêts, connaissance antérieure de la cause et manifestation de partialité (V. pour de plus amples explications infra Art. 668 à 674-2, fasc. comm.). Le droit de récusation peut être exercé par toute partie à l'instance (CPP, art. 669), c'est-à-dire, en l'occurrence, par un membre du Gouvernement mis en examen et par le Ministère public. La procédure de récusation n'est pas celle qu'organisent spécialement, pour les magistrats de la Cour de

cassation saisis en matière pénale, les articles 674-1 et 674-2 du Code de procédure pénale. Le troisième alinéa de l'article 4 de la loi organique dispose en effet que "le premier président de la Cour de cassation statue sur la récusation des membres de la commission d'instruction dans les formes prévues en matière correctionnelle". C'est donc la procédure déterminée par les articles 669 à 674 du Code de procédure pénale qui doit être observée. Le rôle imparti par ces articles au premier président de la cour d'appel échoit au premier président de la Cour de cassation, exactement comme dans le cas où, en matière ordinaire, la récusation est dirigée contre le premier président d'une cour d'appel (CPP, art. 672). Le premier président de la Cour de cassation, à qui la requête doit être adressée, statue, après avis du procureur général, par une ordonnance qui n'est susceptible d'aucune voie de recours. Sauf dans le cas où les circonstances motivant la récusation surviendraient ou ne parviendraient à la connaissance du demandeur qu'en cours d'instance, la requête en récusation doit, à peine d'irrecevabilité, être présentée dès la première comparution de la personne mise en examen. L'article 674 du Code de procédure pénale, qui permet à un magistrat de se récuser d'office avec l'autorisation du premier président (en l'occurrence de la Cour de cassation) paraît applicable à la Cour de justice de la République (V. Doc. AN 1993, n° 504).

2° Fonctionnement

57. – Saisine de la commission d'instruction – La commission d'instruction est saisie par le réquisitoire du procureur général près la Cour de cassation, lequel est lui-même tenu d'ouvrir l'information contre le ou les membres du Gouvernement désignés dans la décision ou l'avis conforme de la commission des requêtes, et pour les faits à raison desquels elle a estimé qu'il y avait lieu de poursuivre (L. org., art. 16 et 19). Le réquisitoire est donc nécessairement pris contre personne dénommée (L. org., art. 19, 1er al.), laquelle ne peut être qu'un membre du Gouvernement. L'étendue de la saisine de la commission d'instruction est strictement délimitée par les termes du réquisitoire, lui-même reflet de la décision de la commission des requêtes (V. supra n° 49). En vertu de l'article 19 de la loi organique du 23 novembre 1993, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République n'est saisie que des faits visés dans le réquisitoire du procureur général. Excède les limites de sa saisine et viole ce texte la commission d'instruction qui ordonne le renvoi d'un ministre devant la Cour de justice de la République, notamment pour avoir commis le délit de complicité de diffamation publique envers les plaignants en déclarant à un journaliste "qu'il considère même qu'il y a eu de la part des professeurs une complicité active...", propos publiés p. 27 du numéro daté du 9 octobre 1997 du journal La Provence, alors que ni ce membre de phrase ni l'article dans lequel il était inséré n'étaient visés dans le réquisitoire du procureur général (Cass. ass. plén., 23 déc. 1999, cité supra n° 22). Sur la découverte de faits nouveaux non compris dans la saisine, voir infra n° 70. Sur la modification des qualifications, voir infra n° 69. [...]

59. – Application des règles du Code de procédure pénale – Aux termes du premier alinéa de l'article 18 de la loi organique du 23 novembre 1993, "dans la mesure où il n'y est pas dérogé par les dispositions qui suivent, 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". **Juridiction collégiale ne comportant qu'un unique degré, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République cumule les attributions d'un juge d'instruction et celles d'une chambre de l'instruction. La procédure applicable est, sauf dérogations prévues par l'article 18 précité, celle qui est définie au Titre III du Livre I du Code de procédure pénale en sa rédaction applicable à la date de l'information.**[...]

62. – Procédure collégiale – Juridiction composée de trois membres, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République doit procéder collégalement. L'article 18

(alors art. 17) du projet de loi organique préparé par le Gouvernement comportait un second alinéa permettant à la commission d'instruction de "commettre l'un de ses membres qui a compétence pour prescrire, sur tout le territoire de la République, tous les actes d'instruction nécessaires dans les formes et conditions précisées par le Chapitre 1er du Titre III du Livre I du Code de procédure pénale". Malgré l'opposition du Gouvernement, cet alinéa a été supprimé sur amendement de l'Assemblée nationale "pour qu'il soit bien clair que la commission doit toujours agir collégalement"(JOAN CR 6 oct. 1993, p. 3962 ; Doc. AN 1993, n° 550). Le vote de cet amendement, obtenu après un vif débat, paraît condamner la pratique des "commissions individuelles" auxquelles, dans le silence de l'ordonnance du 2 janvier 1959, la commission d'instruction de la Haute Cour se cru autorisée à recourir en commettant l'un de ses membres pour procéder à certains actes d'instruction. Néanmoins, malgré la suppression de cet alinéa, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République fait un usage régulier des "commissions individuelles" en déléguant à l'un de ses membres des missions particulières comme celle de procéder à l'audition d'un témoin n'ayant pas la qualité de membre du Gouvernement. Cette délégation paraît possible en raison d'une interprétation a contrario de l'article 21 de la loi organique qui n'exige la présence des trois membres de la commission que lorsqu'est entendu un membre du Gouvernement (V. infra n° 63 et 64).

63. – Auditions de témoins – La commission d'instruction procède soit collégalement soit par l'un de ses membres à des auditions de témoins, lesquels sont entendus, comme en droit commun, après prestation de serment, sans l'assistance d'un avocat et sans avoir accès au dossier. À l'occasion de ces auditions, elle s'est, toutefois, retrouvée confrontée à la difficulté procédurale déjà signalée ci-dessus (V. supra n° 27) lorsque les personnes entendues sont poursuivies pour les mêmes faits, comme coauteurs ou complices, devant la juridiction de droit commun. Pour éviter que ces personnes ne soient amenées, en raison de leur serment, à témoigner contre elles, la commission a décidé de les entendre sans serment, en présence de leur avocat, lequel peut prendre connaissance du dossier préalablement à l'audition. Toutefois, il a été décidé que l'avocat ne pourrait se voir délivrer une copie des pièces de la procédure. Ainsi, ces personnes bénéficient, en fait, du statut de "témoin assisté".

64. – Auditions des membres du Gouvernement – L'article 21 de la loi organique prévoit que les auditions et interrogatoires des membres du Gouvernement, ainsi que les confrontations auxquelles ils participent, sont effectués par la commission d'instruction. Cette disposition implique que les auditions et interrogatoires en cause doivent se dérouler devant la commission dans sa formation collégiale. Cette obligation s'applique non seulement aux interrogatoires et confrontations des membres du Gouvernement mis en examen, mais aussi aux auditions des ministres et secrétaires d'État entendus en qualité de témoins.[...]

67. – Décisions juridictionnelles – **Indépendamment de l'arrêt qui met fin à l'information en prononçant le non-lieu ou en ordonnant le renvoi des personnes mises en examen devant la Cour de justice de la République, siégeant en formation de jugement, la commission d'instruction qui cumule les compétences du juge d'instruction et de la chambre de l'instruction, est appelée à rendre, au cours de l'information d'autres décisions à caractère juridictionnel. Ce sont, selon la formule bien connue, toutes celles qui tranchent une contestation sur un intérêt litigieux. On peut citer comme entrant dans cette classe les décisions statuant sur la détention provisoire ou le contrôle judiciaire, sur la régularité d'un acte d'instruction, sur une demande de mesure d'instruction et, d'une manière générale, sur tout incident contentieux. Selon l'article 22 de la loi organique, les décisions ayant un caractère juridictionnel sont rendues par la commission d'instruction – statuant bien entendu dans sa formation collégiale – après réquisitions du procureur général. Cette disposition fait application à la Cour de justice de la République du principe général, exprimé dans l'article 592 du**

Code de procédure pénale, selon lequel sont nulles les décisions qui ont été rendues sans que le Ministère public ait été entendu.[...]

72. – Pourvoi en cassation – L'article 24 de la loi organique pose le principe selon lequel les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans les conditions et formes déterminées par le Titre I du Livre III du Code de procédure pénale, sous réserve que ce pourvoi est porté devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Il s'ensuit que les règles de droit commun régissant le pourvoi en cassation sont applicables aux pourvois formés contre les arrêts de la commission d'instruction. Toutefois, l'article 24 déroge à la répartition des attributions à l'intérieur de la Cour de cassation en décidant que ces pourvois sont portés, non pas devant la chambre criminelle, mais devant l'assemblée plénière, laquelle est présidée par le premier président et comprend, en outre, les présidents et les doyens des six chambres de la Cour ainsi qu'un conseiller de chaque chambre. Contrairement à l'article 33 de la loi organique, qui impartit à l'assemblée plénière un délai de trois mois pour statuer sur le pourvoi formé contre un arrêt de la formation de jugement de la Cour de justice de la République, l'article 24 de la loi ne formule pas une telle exigence en ce qui concerne les pourvois contre les arrêts de la commission d'instruction. Elle n'en doit pas moins statuer dans le même délai lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi contre une décision statuant sur la détention provisoire, ceci en application de l'article 567-2 du Code de procédure pénale. Sont susceptibles de pourvoi les arrêts de la commission d'instruction disant n'y avoir lieu à suivre ou renvoyant le membre du Gouvernement poursuivi devant la commission de jugement. Par arrêt du 23 décembre 1999 (Cass. ass. plén., 23 déc. 1999, cité supra n° 22) l'assemblée plénière de la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi formé par un membre du Gouvernement contre un arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République le renvoyant devant ladite cour, a reçu le pourvoi et rendu un arrêt de cassation partielle sans renvoi de la décision entreprise. **Quant aux arrêts qui, rendus en cours d'information, ne statuent pas sur le fond, ils sont susceptibles de pourvoi dans les mêmes conditions que ceux des chambres de l'instruction.** Les pourvois formés contre les arrêts rendus en matière de détention provisoire (CPP, art. 567-2) ou de contrôle judiciaire sont immédiatement recevables. Ceux qui sont formés contre d'autres arrêts avant dire droit sont examinés dans les conditions prévues aux articles 570 et 571 du Code de procédure pénale, le premier président de la Cour de cassation remplissant le rôle dévolu par ces textes au président de la chambre criminelle. Quand l'assemblée plénière estime le pourvoi mal fondé, elle rend un arrêt de rejet. L'arrêt attaqué de la commission d'instruction devient alors définitif et sort son plein et entier effet. Dans le cas contraire, l'assemblée plénière prononce un arrêt de cassation. Celle-ci peut être totale ou partielle. La cassation partielle peut être prononcée sans renvoi, par voie de retranchement, lorsqu'elle n'implique pas qu'il soit statué à nouveau sur le fond (V. par exemple, Cass. ass. plén., 23 déc. 1999, cité supra n° 22). Dans les autres cas, la cassation est prononcée avec renvoi. En ce cas, comme il n'existe qu'une Cour de justice de la République, l'affaire est renvoyée devant la même commission d'instruction mais celle-ci est alors composée des membres titulaires ou suppléants autres que ceux qui ont rendu l'arrêt annulé (L. org., art. 25). Comme la cassation est prononcée par l'assemblée plénière, le second alinéa de l'article 25 de la loi organique précise que "les dispositions du second alinéa de l'article L. 131-4 du Code de l'organisation judiciaire sont applicables". Aux termes de ce texte (devenu l'article L. 431-4 du même code), "lorsque le renvoi est ordonné par l'assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci". Il s'ensuit que la commission d'instruction, lorsque l'affaire revient devant elle autrement composée, se voit interdire de rendre, sur la question qui a motivé la cassation, une décision qui ne respecterait pas le droit tel qu'il a été dit par la Cour de cassation. Jusqu'à ce jour, aucune cassation avec renvoi d'un arrêt de la commission d'instruction n'est intervenue. »

3.2.2 Les travaux parlementaires

La loi organique a été précédée de débats accessibles principalement dans le compte rendu de séance du 6 octobre 1993 à l'Assemblée nationale et dans le rapport fait au nom de la Commission des lois pour le Sénat.

3.2.2.1 Travaux parlementaires à l'Assemblée nationale

Le compte rendu de la séance du 6 octobre 1993 fait apparaître plusieurs interventions permettant de rechercher la volonté réelle du législateur lors de l'élaboration de loi organique.

Plusieurs passages pertinents de ces débats concernent la question du pourvoi en cassation et, en creux, la question de la possibilité d'un appel contre les décisions de la commission d'instruction.

Ainsi, le rapporteur, André Fanton a fait les observations suivantes :

*« Au président de la commission et à quelques-uns d'entre nous qui vous avaient interrogé sur le pourvoi en cassation, vous avez répondu, le 7 juillet : « **Il pourrait être envisagé de limiter le pourvoi aux seules décisions de la commission d'instruction.** (. . .). Je crois donc qu'il y a là une synthèse tout à fait possible .*

Monsieur le garde des sceaux, sans aller jusqu'à dire que votre propos est pour nous parole d'évangile, nous l'avons trouvé suffisamment important pour en tenir compte. A la lecture de votre texte, nous avons pensé que vous aviez oublié cette déclaration qui, certes, a été suivie d'une autre faite au Sénat. Puisque votre texte mentionne la possibilité du pourvoi en cassation, je voudrais en quelques mots expliquer la position de la commission des lois.

*Nous avons retenu, monsieur le garde des sceaux, votre suggestion du mois de juillet. **Nous avons fait en sorte que le pourvoi en cassation soit toujours possible à tous les échelons, sauf naturellement, celui de la commission des requêtes dont je rappelle que les décisions sont sans appel, sans pourvoi, parce que ce ne sont pas des décisions juridictionnelles. Ainsi, tous les actes de la commission d'instruction seraient susceptibles de pourvoi en cassation.** Nous avons même ajouté qu'à la fin de l'instruction l'accusé qui doit être traduit devant la Cour de justice de la République, pourra faire valoir toutes les nullités qu'il aura pu trouver dans la procédure, de façon qu'on « purge » complètement cette dernière de tout ce qui pourrait éventuellement l'interrompre, l'arrêter ou la retarder.*

Si nous sommes allés jusque-là, c'est pour une raison très simple. Les décisions de la commission d'instruction sont prises par les trois magistrats qui y siègent. Par conséquent, ce ne sont pas des décisions de caractère populaire au sens le plus large

du terme, mais des décisions de caractère juridique contre lesquelles, je le répète, suivant votre conseil, monsieur le garde des sceaux, nous avons retenu la possibilité des pourvois en cassation [...]. »

M. [PA] [PB], ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice, a pour sa part fait valoir que :

*« La judiciarisation de la Cour de justice de la République a pour effet de permettre à n'importe quel citoyen de porter plainte contre un ministre. Ces derniers se voient appliquer le droit commun pénal. Cette banalisation a pour conséquence de leur offrir toutes les garanties données au citoyen, **et notamment le recours en cassation contre les arrêts de la Cour de justice de la République.***

En effet, le recours en cassation remplit une double fonction : il permet d'assurer le respect du principe de légalité criminelle ainsi que le respect de l'égalité de tous les citoyens devant la loi.

Le pourvoi en cassation est une voie de recours qui a pour objet de faire annuler par la Cour de cassation les jugements ou arrêts rendus en violation de la règle de droit. C'est un recours destiné à censurer une erreur de droit. Le respect de la loi en matière pénale est fondamental. Les décisions de la Cour de justice n'échappent pas à cette nécessité. En effet, l'article 68-1 nouveau de la Constitution dispose que « la Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits... » Par application de ce principe, rappelé par le préambule de la Constitution, il est essentiel de contenir les juridictions de répression dans les limites de leurs pouvoirs.

Deuxièmement, le respect du principe d'égalité devant la loi pénale. L'exacte application de la loi pénale et l'uniformité de son interprétation sont la condition du respect d'un autre principe de valeur constitutionnelle : l'égalité de tous les citoyens devant la loi, fussent-ils ministres.

Cette égalité ne serait plus assurée si la loi pénale devait être appliquée ou interprétée de façon différente selon que l'on est jugé par la Cour de justice ou par une Cour d'appel dont la décision peut être censurée.

On ne saurait en outre méconnaître les risques de contrariété de décision entre la Cour de justice et les juridictions de droit commun. »

M. Jean-Jacques Hyst a expliqué, au cours des débats, que plusieurs difficultés existaient concernant le projet en cours de discussion et particulièrement concernant le pourvoi en cassation :

« Je ne méconnais pas les difficultés qu'il y a à mettre en oeuvre un recours en cassation pour la Cour de justice de la République. Nous l'avons souligné lors des débats et nous avons d'ailleurs pensé que le recours en révision pouvait être une solution. Cela dit, il fallait tout de même trouver une instance... On retrouve alors à peu près les mêmes critiques.

On a fait valoir deux argumentations. Toutes deux ont leur mérite.

La première, plus politique, est celle-ci : l'opinion publique ne risque-t-elle pas de penser que les parlementaires font tout pour éviter que les hommes politiques ne rendent compte de leur crimes et délits commis dans l'exercice de leur fonctions ?

La seconde crainte est moins apparente : le pouvoir judiciaire ne risque-t-il pas de remettre en cause des décisions prises par une instance dans laquelle il est, certes, largement impliqué à tous les échelons, mais au sein de laquelle nous avons voulu instaurer un équilibre entre des magistrats professionnels de la Cour de cassation et des parlementaires.

Assurer un équilibre, car il s'agit certes de crimes et délits commis dans l'exercice de fonctions mais de crimes et de délits commis par les ministres. En somme, puisque nous avons trouvé un équilibre. Ne serait-il pas dangereux de le remettre en cause en prévoyant un recours à la Cour de cassation ?

Je crois que ces arguments méritent attention, mais il y en a d'autres d'où il ressort que le point de vue juridique rejoint parfois le sens politique. C'est d'une juridiction exceptionnelle qu'il s'agit, mais nous avons cherché à faire en sorte que, à tous les stades, le débat soit le plus proche possible du débat judiciaire et du procès en matière pénale. C'est le cas au niveau de l'instruction, au niveau du jugement. Or il y a un principe général qui ne souffre aucune exception dans notre droit : c'est la possibilité d'un recours. »

Enfin, M. Jean-Pierre Michel a souligné :

« S'agissant des voies de recours, là aussi, je suis plutôt favorable à l'absence de pourvoi en cassation pour trois raisons - j'irai très vite, puisque tout a été dit. D'abord, une raison pratique. Le texte même prévoit une juridiction unique qui n'est là que pour juger une fois ; on le voit bien d'ailleurs d'après le nombre de magistrats élus : il n'y en a pas plus, il n'y a pas une composition en plusieurs chambres. Donc on ne voit pas très bien quelle pourrait être la juridiction de renvoi, sinon exactement la même, à l'identité de chaque juge près, ce qui, convenez-en, présente quand même un certain nombre d'inconvénients ».

3.2.2.2 Travaux parlementaires au Sénat

Le rapport fait au nom de la Commission des lois pour le Sénat souligne que la commission d'instruction peut rendre, comme toute juridiction de droit commun, des « décisions de caractère juridictionnel ou des décisions de simple administration judiciaire » (page 32), le recours n'étant ouvert que contre les premières.

Les sénateurs paraissent ainsi concevoir les actes de la commission comme relevant exclusivement de l'une ou de l'autre de ces catégories. **Ainsi, à défaut de pouvoir être qualifié de « simple administration judiciaire », un acte de la commission**

d’instruction semble devoir être qualifié de juridictionnel et ouvrir, ce faisant, la voie d’un pourvoi en cassation.

Le rapport du Sénat fait par ailleurs apparaître que les règles de droit commun sont applicables à la commission d’instruction de la CJR sous plusieurs exceptions. Au titre de ces exceptions, sont notamment visées dans ce rapport :

« Les arrêts de la commission d’instruction » qui « peuvent faire l’objet d’un pourvoi en cassation, formé devant l’assemblée plénière de la Cour de cassation, alors que les actes du juge d’instruction sont en principe portés uniquement en appel devant la chambre d’accusation » (page 29)

Les sénateurs semblent ainsi assimiler les arrêts de la commission d’instruction aux « actes du juge d’instruction » de droit commun, ceux-ci comprenant à la fois des actes susceptibles de requête en nullité et des actes susceptibles d’appel.

Ils relèvent cependant qu’alors que les décisions d’instruction de droit commun sont portés « en appel » devant la chambre d’accusation (désormais chambre de l’instruction), les arrêts de la commission d’instruction peuvent faire l’objet d’un pourvoi en cassation.

Il semble donc que le pourvoi en cassation ait été pensé comme la voie de recours contre les décisions de la commission d’instruction.

Par ailleurs, le rapport du Sénat permet de penser que ce recours a été conçu comme un recours exclusif de toute autre voie.

En effet, le rapport rappelle les propos de M. André Fanton, rapporteur du projet de loi organique au nom de la commission des lois de l’Assemblée nationale, qui avait indiqué que le projet avait « 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 » (page 33 du rapport).

Il se déduit de ces termes que l’introduction d’un pourvoi en cassation est conçue comme la création d’une voie de recours qui, contrairement aux règles applicables à la Haute Cour de justice, n’existait jusqu’alors pas, ce qui paraît exclure que la volonté du constituant ait été, par référence au droit commun, d’ouvrir par ailleurs la voie classique de l’appel.

Le rapport fait aussi apparaître que la question d’une voie de recours contre les décisions de la CJR a précisément été l’un des points de discussion entre l’Assemblée nationale et le Sénat :

« En effet, le Sénat était, à l'inverse, particulièrement attaché à l'ouverture d'un pourvoi en cassation, cependant que le principe de ce pourvoi était même l'un des éléments de base de l'accord entre les deux Assemblées » (page 34 du rapport).

Il conviendra de s'interroger sur la possibilité que le législateur ait entendu ouvrir, contre les décisions de la commission, la voie de l'appel tout en enserrant le recours créé dans un périmètre strict quant à son objet (les décisions juridictionnelles) et quant à ses modalités (pourvoi en cassation).

3.2.3. L'ordonnance du 17 août 2021

Cette décision a été rendue en la forme et dans les termes suivants :

« Nous, Mme Janine Draï, président de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, Mme Catherine Schneider et M. Bruno Lavielle, membres titulaires »

Vu la procédure d'information ouverte contre M. [U] [Z] du chef de prises illégales d'intérêts [...],

Vu les articles 18 et 22 de la loi organique n°93-1252 du 23 novembre 1993, 81, 82-1 et 82-2 du code de procédure pénale,

Vu la demande d'acte déposée le 20 juillet 2021 [...],

Vu notre ordonnance de soit communiqué du 23 juillet 2021 à Monsieur le Procureur général près la Cour de cassation, ministère public près la Cour de justice de la République, aux fins de réquisitions,

Vu les réquisitions de Monsieur le Procureur général près la Cour de cassation, ministère public près la Cour de justice de la République en date du 10 août 2021,

Vu le courriel du greffe de la commission d'instruction en date du 13 août 2021 la décision du 17 août 2021. communiquant lesdites réquisitions aux conseils de M.[Z],[...]

[Après avoir rappelé les déclarations faites devant la commission d'instruction par Mme [P] [A] et M. [PC] [B] puis évoqué le contenu du courrier adressé à ladite commission par M. le Procureur général, ès-qualité de président de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet, elle a ainsi motivé sa décision :]

[Après avoir rappelé les déclarations faites devant la commission d'instruction par Mme [P] [A] et M. [PC] [B] puis évoqué le contenu du courrier adressé à ladite commission par M. le Procureur général, ès-qualité de président de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet, elle a ainsi motivé sa décision :]

« Afin de satisfaire pleinement la manifestation de la vérité, au regard des éléments ci-dessus rapportés, il apparaît nécessaire de procéder à la confrontation des protagonistes supposés des faits ci-dessus énoncés, ainsi que de M. [O], en présence de M. le Procureur général près la Cour de cassation.

Le procureur général près la Cour de cassation président, en application de l'article 65 de la Constitution du 4 octobre 1958, la formation compétente du CSM à l'égard des magistrats du parquet notamment en matière disciplinaire et exerçant, en application de l'article 8 de la loi organique susvisée, le ministère public près la Cour de justice de la République, il n'appartient ni à la commission d'instruction ni aux parties de dénier ces qualités et de l'entendre à titre de simple témoin, et ce d'autant que Mme la directrice de cabinet dit l'avoir consulté en raison de ces qualités professionnelles.

Il sera fait droit à la demande des avocats de pouvoir assister audit acte.

PAR CES MOTIFS

Les auditions concomitantes de Mme [A], MM. [B] et [O], témoins, en présence de M. le Procureur général près la Cour de cassation, pris en sa qualité de représentant du ministère public près de la Cour de justice de la République, utiles à la manifestation de la vérité, auront lieu le 15 septembre 2021 à partir de 9 heures, en présence des avocats de M. [U] [Z]. »

Elle a été notifiée aux parties le jour même. Le courrier du greffe porte la mention suivante :

« *Veillez trouver en pièce jointe la copie de l'ordonnance en date du 17 août 2021.* »

3.2.4. L'arrêt du 16 septembre 2021

Par déclaration au greffe de la CJR, en date du 21 août 2021, la décision a été frappée d'appel par le demandeur. Les parties ont été convoquées à l'audience du 14 septembre 2021.

Le 13 septembre 2021, l'avocat général délégué a, sur la recevabilité de l'appel, requis dans les termes suivants :

« Aux termes de l'article 24 de la loi organique susvisée, « 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 ». La loi organique ne prévoit pas expressément la possibilité d'un appel.

Toutefois, dans la mesure où l'article 24 de la loi organique ne vise que les arrêts de la commission d'instruction et où l'article 18 de cette même loi prévoit que « 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 », il apparaît que l'ordonnance rendue est bien susceptible d'appel. »

Les débats ont eu lieu en chambre du conseil, en présence de MM. [Q] et [PE], avocats de M. [Z].

Ni dans leurs écritures ni lors de l'audience, ceux-ci n'ont développé d'arguments relatifs à la régularité de l'ordonnance ou à la composition de la commission d'instruction statuant sur l'appel du demandeur. Au contraire, ils ont soutenu dans leur mémoire déposé le 13 décembre 2021 que l'ordonnance ainsi rendue relevait de l'article 18 de la loi organique et que l'appel ayant été interjeté dans le délai légal était recevable.

La commission d'instruction, composée des trois membres titulaires, a statué par un arrêt du 16 septembre 2021 déclarant l'appel recevable et confirmé l'ordonnance attaquée.

La motivation de la commission d'instruction sur la recevabilité de l'appel est ainsi rédigée :

« L'article 18 de la loi organique précitée dispose que, dans la mesure où il n'y est pas dérogé (...), 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.

L'article 101 du code de procédure pénale dispose que le juge d'instruction fait citer devant lui toutes les personnes dont la déposition lui paraît utile.

Les ordonnances susceptibles de faire grief au mis en examen, comme celle qui est attaquée, peuvent être l'objet d'un appel dans le délai de droit commun de 10 jours prévu par les articles 185 et 186 du code de procédure pénale.

L'appel de l'ordonnance en date du 17 août 2021 notifiée le même jour, ayant été formé par la défense de M. [Z] le 26 août 2021, soit dans le délai de dix jours suivant la notification intervenue, doit être déclaré recevable. »

3.2.5 Eléments de réflexion

Selon l'article 18 de la loi organique, sauf dérogation figurant au chapitre II du Titre II de la loi (articles 18 à 25), 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.

L'article 20 énonce :

« Si l'instruction révèle des faits nouveaux distincts de ceux ayant donné lieu à la saisine de la commission d'instruction, celle-ci ordonne communication du dossier au procureur général pour que ce magistrat prenne ses réquisitions. »

L'article 22 prévoit que les décisions de caractère juridictionnel sont rendues par la commission d'instruction après réquisitions du procureur général.

L'article 23 dispose que : *« Aussitôt que l'information lui paraît terminée, la commission d'instruction communique le dossier au procureur général pour que ce magistrat prenne ses réquisitions. Les membres du Gouvernement mis en examen et leurs avocats en sont avisés. Ils disposent d'un délai de vingt jours à compter de cet avis pour demander à la commission de statuer sur d'éventuelles nullités. »*

Selon l'article 24, enfin, 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.

L'article 22 conduit ainsi à tracer une ligne de partage entre des décisions de caractère juridictionnel et des décisions qui ne présentent pas un tel caractère.

La commission d'instruction rend des arrêts mais prend aussi des décisions qui, par référence au droit commun de la procédure pénale – particulièrement la procédure d'instruction – ne sont pas susceptibles de voie de recours, car ne présentant précisément pas de caractère juridictionnel. Ainsi, l'article 21 de loi vise où la commission « ordonne » la communication du dossier au procureur général afin qu'il prenne des réquisitions.

Cette décision, dénommée « ordonnance de soit-communicé » en droit commun de la procédure pénale (mais aussi « arrêt de soit-communicé » dans le dossier objet du pourvoi n° 1783620, déjà cité) n'est pas susceptible d'appel (en ce sens : Crim., 21 décembre 1970, pourvoi n° 70-92.417, Bull. crim. 1970, n° 346).

Or, selon l'article 24, les arrêts de la commission d'instruction sont susceptibles de pourvoi.

Dans la présente procédure, la commission d'instruction, étant saisie d'une demande d'acte complémentaire, a procédé selon la procédure prévue aux articles 82-1 et 82-2 du CPP aux termes desquels un juge d'instruction, régulièrement saisi

d'une demande d'audition d'un témoin en présence de l'avocat du demandeur doit, s'il n'entend pas y faire droit, rendre une ordonnance dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande. Cette ordonnance est, alors, susceptible d'appel devant la chambre de l'instruction en application de l'article 186-1 du CPP, **étant observé qu'alors, c'est au président de la chambre de l'instruction qu'il appartient de décider par une ordonnance non susceptible de recours (*sauf excès de pouvoir*) s'il y a lieu ou non de saisir la chambre de l'instruction de cet appel.**

Le recours a cette procédure est-il compatible avec les dispositions dérogatoires de la loi organique ?

La décision du 17 août 2021, dont le caractère juridictionnel ne paraît pas contestable, a été prise au visa, notamment, des articles 18 et 22 de la loi organique et des articles 81, 82-1 et 82-2 du code de procédure pénale, par la commission d'instruction, composée de ses trois membres titulaires, en réponse à une demande d'acte. S'agit-il d'une ordonnance ou d'un arrêt ?

La dénomination de la décision en cause suffit-elle à définir sa nature ?

La chambre criminelle a rejeté la qualification d'excès de pouvoir dans l'hypothèse où un acte a été improprement qualifié, en jugeant que « *si le président de la chambre de l'instruction a improprement qualifié de confrontation la demande d'audition de témoins en présence de l'avocat du mis en examen, cette formulation ne peut suffire à caractériser un excès de pouvoir* » ([Crim., 4 octobre 2017, pourvoi n° 17-81.022, arrêt diffusé](#)).

Dans des hypothèses voisines, la chambre criminelle a estimé que la qualification impropre d'un acte ou d'une décision ne saurait suffire à entraîner cassation :

- une requête improprement déclarée irrecevable par une cour d'appel qui se prononce sur le fond : rejet du pourvoi, la chambre criminelle estimant que la cour d'appel avait par ailleurs fait une « juste application de l'article 173-1 du code de procédure pénale » ([Crim., 1^{er} mars 2017, pourvoi n° 16-86.040](#)) ;

- un jugement improprement qualifié de rendu en premier ressort par la juridiction de proximité et un appel déclaré recevable par la Cour d'appel ; la chambre criminelle souligne que la cour d'appel aurait dû « par application des dispositions d'ordre public susvisées, [...] déclarer ce recours irrecevable [...] » ([Crim., 8 septembre 2015, pourvoi n° 14-85.919](#)) ; dans le même sens : [Crim., 10 novembre 2004, pourvoi n° 04-80.564](#) ;

- un réquisitoire improprement qualifié de réquisitoire sur charges nouvelles alors qu'il est fondé sur les dispositions de l'article 80 du code de procédure pénale « Toutefois, fût-il improprement qualifié, le réquisitoire de réouverture sur charges nouvelles ne doit pas être annulé dès lors qu'il satisfait, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale. » ([Crim., 26 février 2008, pourvoi n° 07-87.865, Bull. crim. 2008, n° 51](#)) ;

- la décision du président d'une cour d'assises : « En refusant de joindre au dossier une lettre anonyme produite par la défense, le président ne fait que se conformer aux prescriptions de l'article 309 du code de procédure pénale, il n'importe que le pouvoir dont le président a usé, ait été improprement qualifié, dans le procès-verbal "pouvoir discrétionnaire" » ([Crim., 19 mars 1981, pourvoi n° 80-94.525, Bull. crim. n° 100](#)).

A titre d'exemple, dans l'affaire citée au mémoire ([Crim. 13 octobre 2017, n°1783620, déjà cité](#)), l'assemblée plénière avait été saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la commission d'instruction du 28 septembre 2016 intitulé « *arrêt de constatation partielle de prescription de l'action publique* » rendu, à la suite d'une note adressée à la commission par les avocats de M. E. B. en 2014 et relevant du domaine de l'article 82-3 du CPP.

La décision de la commission d'instruction, qualifiée d'arrêt, a été, alors, rendue aux visas suivants :

« Vu la procédure d'information ouverte des chefs, d'une part, d'abus de biens sociaux, complicité et recel, détournement de fonds publics, complicité et recel contre M. É. B., ancien Premier ministre, d'autre part, d'abus de biens sociaux, complicité et recel contre M. F. L., ancien membre du Gouvernement ;

Vu l'arrêt de soit-communicé du 12 juillet 2016 ;

Vu le réquisitoire aux fins de constatation partielle de la prescription de l'action publique du 30 août 2016 ;

Vu l'article 18 de la loi organique du 23 novembre 1993 ;

Vu les articles 8 et 203 du code de procédure pénale ; »

Le pourvoi ayant été déclaré irrecevable faute pour M. E. B. d'avoir alors la qualité de partie à la procédure, une requête, à la suite de sa mise en examen, a été déposée aux mêmes fins, ayant donné lieu à un arrêt de la commission d'instruction du 28 novembre 2017 frappé de pourvoi sur lequel il a été statué par arrêt de l'assemblée plénière du 13 mars 2020.

Le rapporteur, par ailleurs, n'a pas trouvé, dans les procédures ayant fait l'objet de pourvois, de décisions de caractère juridictionnel rendues par la commission d'instruction de la CJR qui ne soient pas des arrêts.

En l'occurrence, l'analyse de la décision du 17 août 2021 montre qu'elle a été prise **collégalement** par la commission d'instruction régulièrement composée de ses membres titulaires au visa de l'article 22 de la loi organique relatif aux « *décisions de caractère juridictionnel* », c'est-à-dire après réquisitions du procureur général, celles-ci ayant été régulièrement portées à la connaissance de la défense qui a eu la faculté de faire des observations, et statuant dans le domaine de compétence qu'elle tient de l'article 18.

L'assemblée plénière devra donc s'interroger sur la véritable nature de la décision de la commission d'instruction du 17 août 2021 et les conséquences juridiques pouvant en découler.

Au demeurant, la procédure d'appel est-elle compatible avec la structure et le fonctionnement de la commission d'instruction tels que prévus par les dispositions de la loi organique ?

Selon le Traité de procédure pénale de Frédéric Desportes et Laurence Lazerches-Cousquer (4^{ème} édition § 2082), « *le contentieux de la réformation est celui qui, dirigé contre les ordonnances rendues par le juge d'instruction permet à la chambre de l'instruction, saisie par la voie de l'appel, d'apprécier le bien-fondé de la décision du juge et, le cas échéant, de l'infirmer pour lui substituer sa propre décision.*

Indépendamment de son cadre procédural, le contentieux de la réformation se distingue de celui de l'annulation par l'ampleur du contrôle qu'il permet. Débordant le contrôle de légalité, il peut aller en certains cas jusqu'à un contrôle d'opportunité. Il en est ainsi par exemple quand il s'agit d'apprécier le bien-fondé d'un refus d'acte. »

La nature d'une voie de réformation est, donc, de faire examiner une décision critiquée par une juridiction différente, généralement d'un degré supérieur. C'est le cas dans la phase préparatoire, les décisions à caractère juridictionnel du juge d'instruction étant, sous certaines conditions, susceptibles d'appel devant la chambre de l'instruction (articles 185 à 187 du CPP).

Il est, d'ailleurs, rappelé, sur ce point, dans le mémoire ampliatif que :

- la chambre criminelle a jugé « qu'en instituant la chambre d'accusation, juridiction d'instruction du second degré et en lui attribuant la connaissance des appels des ordonnances du juge d'instruction, la loi a voulu une garantie efficace à l'administration de la Justice ; que le recours à l'examen de la chambre d'accusation serait illusoire si le même magistrat pouvait dans la même affaire remplir son office dans les deux degrés » ([Crim. 27 mars 1990, n° 90-80.204, Bull. crim. n° 134](#)).

- au visa des articles préliminaire du code de procédure pénale et 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a encore jugé « qu'il résulte de ces textes que ne peut faire partie de la chambre de l'instruction, le magistrat qui a effectué des actes d'instruction » ([Crim. 28 juin 2011, n°11-80.388](#)).

S'agissant de la Cour de justice de la République, ce sont les articles 18, 22 et 24 de la loi organique du 23 novembre 1993 qui donnent matière à réflexion.

La commission d'instruction est, rappelons-le, une juridiction uniquement composée de trois membres titulaires et de trois membres suppléants. Elle est unique et cumule les compétences du juge d'instruction et de la chambre de l'instruction ; elle est appelée à rendre, au cours de l'information diverses décisions à caractère juridictionnel, en formation collégiale, après réquisitions du procureur général, au rang desquelles

figurent les décisions statuant sur une demande de mesure d'instruction et, d'une manière générale, sur tout incident contentieux.

Par conséquent, dès lors que sont réunies au sein de la commission d'instruction des fonctions d'instruction et de contrôle de l'instruction (qu'il n'existe donc pas de commission d'instruction de première instance et de commission d'instruction d'appel), l'appel est-il même envisageable ?

La commission d'instruction, juridiction unique, peut-elle être saisie par voie d'appel des décisions rendues, même dans une autre composition, dès lors qu'elle n'est composée que de trois titulaires et trois suppléants et qu'en cas de cassation, l'article 25 prévoit que l'affaire est renvoyée devant la commission d'instruction composée par des membres titulaires ou suppléants autres que ceux qui ont rendu l'arrêt annulé, ce qui conduirait immanquablement à un blocage ?

En l'absence supposée de procédure d'appel, le seul recours du pourvoi en cassation porté devant l'assemblée plénière est-il suffisant au regard du principe du double degré de juridiction ?

La possibilité de faire examiner une affaire par une juridiction supérieure est une garantie essentielle de bonne justice instituée par le législateur. Ce droit en matière pénale est énoncé à la fois par l'article 14.5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et par l'article 2.1. du protocole n° 7 additionnel à la Convention EDH.

La portée de ce principe est toutefois limitée : l'institution d'un recours n'est exigé qu'à l'encontre des décisions ayant pour objet d'examiner la déclaration de culpabilité et la condamnation. Apparaissent donc exclues les décisions provisoires ou préparatoires rendues au stade de l'instruction et portant par exemple sur les demandes d'investigations (extraits du Traité de procédure pénale de Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, ed. Economica, § 349 et suivants).

En conséquence de l'ensemble de ces éléments, il est envisagé de relever d'office le moyen d'ordre public et de pur droit pris de l'irrecevabilité de l'appel interjeté à l'encontre d'une décision de la commission d'instruction de la CJR, en violation des articles 18, 22 et 24 de la loi organique du 23 novembre 1993.

Le présent avis est susceptible de faire l'objet d'observations de la part des avocats constitués dans ce dossier, dans le délai de 8 jours à compter de la mise en ligne du présent rapport.

Quelles pourraient être, alors, les conséquences de l'éventuelle irrecevabilité de l'appel de la décision juridictionnelle du 17 août 2021 ?

L'irrecevabilité de l'appel interjeté pourrait rejaillir sur la recevabilité du pourvoi formé contre l'arrêt rendu. En toute hypothèse, la question des conséquences sur le délai d'exercice de la voie de recours se pose lorsque la décision attaquée a induit en erreur,

par sa mauvaise qualification, celui qui comptait la contester, alors que le délai normal d'exercice de la voie de recours est, lorsqu'il le constate, déjà expiré.

Il existe plusieurs arrêts de la chambre criminelle relatifs à l'exercice impropre de voies de recours. Dans cette hypothèse, et lorsque l'usage de la mauvaise voie de recours est consécutif à une erreur de qualification de la décision attaquée commise par son auteur, la chambre criminelle semble avoir adopté des positions variables.

Ainsi, elle **a déclaré le pourvoi irrecevable** notamment dans les arrêts suivants :

- [Crim., 29 mai 1996, pourvoi n° 95-83.546, Bull. crim. 1996, n° 218](#) :

« Attendu que, pour déclarer irrecevable l'appel d' A. P., l'arrêt attaqué constate "qu'aux termes de l'article 546 du Code de procédure pénale, en sa rédaction issue de la loi du 1er février 1994 et applicable à toute voie de recours exercée après sa promulgation, comme le retient l'article 112-3 du Code pénal, l'appel contre les jugements rendus par les tribunaux de police n'est possible que lorsque l'amende encourue est celle prévue pour les contraventions de 5ème classe, lorsqu'a été prononcée la peine prévue par l'article 131-16 du Code pénal, ou lorsque la peine prononcée est supérieure au maximum de l'amende encourue pour les contraventions de deuxième classe" et que l'examen tant des textes réprimant les faits, soit les articles R. 44, alinéa 4, R. 266-15 et R. 232 du Code de la route, que celui de la sanction prononcée démontre que le prévenu ne se trouve pas dans l'un des cas où l'appel est possible ;

Attendu qu'en cet état, la cour d'appel a fait l'exacte application de la loi et qu'il n'importe que le jugement ait été improprement qualifié en premier ressort ;

Mais attendu que l'erreur ainsi commise par le premier juge ne saurait cependant avoir pour effet de préjudicier au demandeur ;

Qu'en conséquence, dès lors qu'il a été induit en erreur par la qualification impropre du jugement de police, sur la voie de recours applicable, il échet de dire que le délai de pourvoi contre cette décision ne commencera à courir que du jour de la notification du présent arrêt ;

Par ces motifs, DÉCLARE le pourvoi IRRECEVABLE ;

DIT que le délai de pourvoi à l'encontre du jugement du tribunal de Police du Blanc, en date du 14 avril 1994, ne commencera à courir qu'à compter de la date de notification du présent arrêt »

- [Crim., 14 mars 1991, pourvoi n° 90-86.416, Bull. crim. 1991 N° 129](#) : même configuration que le précédent arrêt ;

n'a pas déclaré le pourvoi irrecevable notamment dans les arrêts suivants :

- [Crim., 21 janvier 1998, pourvoi n° 96-86.562, Bull. crim. 1998, n° 30](#) :

« Attendu qu'aux termes de l'article 747-2 du Code de procédure pénale, la décision statuant sur une requête en conversion d'une peine d'emprisonnement sans sursis de 6 mois au plus en une peine d'emprisonnement avec sursis et obligation d'effectuer un travail d'intérêt général est seulement susceptible d'un pourvoi en cassation ;

Attendu que, par jugement rendu "en premier ressort" le 24 mai 1996, le tribunal correctionnel de Saint-Malo a rejeté la demande de conversion présentée par [PF] [PG] ; que, saisi de l'appel de celui-ci, les juges du second degré ont, par l'arrêt attaqué, confirmé le jugement entrepris ;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'appel interjeté par [PF] [PG] était irrecevable, la cour d'appel a méconnu les dispositions de l'article susvisé ; Que, cependant, en raison des mentions du jugement de nature à induire en erreur la partie concernée, l'appel a eu pour effet de différer jusqu'à la signification de la décision de la Cour de Cassation l'ouverture du délai de pourvoi en cassation ;

Par ces motifs, et sans avoir à examiner le moyen proposé ;

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt susvisé de la cour d'appel de Rennes, en date du 2 septembre 1996 ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ; »

- [Crim., 8 septembre 2015, pourvoi n° 14-85.919](#) :

« Vu l'article 546 susvisé ;
Attendu qu'il résulte de ce texte que la faculté d'appeler contre un jugement de police n'appartient au prévenu et au procureur de la République, notamment, que lorsque la peine d'amende prononcée est supérieure au maximum de l'amende encourue pour les contraventions de deuxième classe, soit la somme de 150 euros ;

Attendu que, poursuivie devant la juridiction de proximité compétente pour usage d'un téléphone tenu en main par le conducteur d'un véhicule en circulation, Mme L., épouse V. a été condamnée à 135 euros d'amende ; qu'elle a interjeté appel de ce jugement, improprement qualifié de rendu en premier ressort ;

Mais attendu que la cour d'appel qui, par application des dispositions d'ordre public susvisées, aurait dû déclarer ce recours irrecevable, s'est abstenue de le faire et l'a examiné au fond ; que la cassation est, dès lors, encourue ;
Et attendu que l'erreur commise par le premier juge ne saurait avoir pour effet de préjudicier à la prévenue ; qu'en conséquence, la demanderesse ayant été, par la qualification impropre du jugement de police, induite en erreur sur la voie de recours applicable, il y a lieu de dire que le délai de pourvoi contre cette décision ne commencera à courir que du jour de la notification du présent arrêt ».

Dans toutes ces affaires, que le pourvoi ait ou non été déclaré irrecevable, la chambre criminelle a estimé que « *le délai de pourvoi [...], ne commence à courir que de la date de notification de l'arrêt de la chambre criminelle* ».

Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de 2015 susvisé, la cour d'appel avait déclaré recevable l'appel qui était, en réalité, impossible. La chambre criminelle a

souligné que « la cour d'appel qui, par application des dispositions d'ordre public susvisées, aurait dû déclarer ce recours irrecevable, s'est abstenue de le faire et l'a examiné au fond ». Elle estime donc « [...] que l'erreur commise par le premier juge ne saurait avoir pour effet de préjudicier à la prévenue ; qu'en conséquence, la demanderesse ayant été, par la qualification impropre du jugement de police, induite en erreur sur la voie de recours applicable, il y a lieu de dire que le délai de pourvoi contre cette décision ne commencera à courir que du jour de la notification du présent arrêt ».

Cette solution, dans la même configuration procédurale (décision initiale improprement qualifiée – appel déclaré malgré tout recevable – pourvoi contre l'arrêt d'appel) avait déjà été retenues dans les arrêts de 1987 et de 1998 susvisés.

Dans l'hypothèse où l'assemblée plénière retiendrait que la décision du 17 août 2021 est un arrêt par application des dispositions dérogatoires de la loi organique (articles 18, 22 et 24), ne pouvant faire l'objet que d'un pourvoi en cassation, seul recours prévu, quelles seraient les conséquences d'une cassation, nécessairement sans renvoi, le demandeur se retrouvant, dès lors, dans la situation juridique antérieure à son appel ?

Le délai pour exercer cette voie de recours est désormais expiré.

Le seul fait que la commission d'instruction ait intitulé cette décision juridictionnelle « ordonnance » a-t-il privé le demandeur de l'exercice effectif d'une voie de recours, dès lors que, qu'il s'agisse d'un arrêt improprement nommé, susceptible d'être entaché d'un excès de pouvoir, le demandeur disposait, dans les deux cas, de la possibilité de former un pourvoi en cassation pour en contester la régularité, ce qu'il n'a pas fait ?

En fonction de la réponse, il pourrait être envisagé, soit de constater qu'il n'a pas été formé de pourvoi contre la décision du 17 août 2021, alors qu'au regard des critiques dirigées contre elle un recours pour excès de pouvoir lui était ouvert par le biais d'un pourvoi, soit de dire, si l'on considère que l'appelant a été induit en erreur sur la voie de recours à utiliser, que le délai de pourvoi court, à nouveau, à compter de la notification de l'arrêt de l'assemblée plénière à intervenir.

L'assemblée plénière devra, le cas échéant, se déterminer sur ce point.

Sur les moyens proposés le mémoire ampliatif :

3.3. Sur Le premier moyen

3.3.1. Sur la première branche

3.3.1.1. L'argumentation du demandeur

Il est soutenu que l'arrêt attaqué, rendu par la commission d'instruction encourt la censure, d'une part, parce qu'il a confirmé une « ordonnance » entachée d'un excès de pouvoir en ce qu'elle a été rendue sans aucun fondement juridique, la commission d'instruction ne pouvant rendre que des arrêts.

Le mémoire cite deux décisions aux termes desquelles il appartient à la chambre de l'instruction (la première concerne une chambre d'accusation) de relever les excès de pouvoir commis par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention ([Crim., 24 mars 1992, n°9280100](#) ; [Crim., 13 octobre 2004, n°04-84.922](#)).

Le demandeur fait valoir que, par l'effet combiné des articles 18, 22 et 24 de la loi organique, la commission d'instruction ne peut rendre que des arrêts. Il n'est pas prévu qu'elle puisse rendre une ordonnance, celle-ci correspondant à une décision prise par un seul magistrat. Il cite, à cet égard, un arrêt de l'assemblée plénière ([Crim. 13 octobre 2017, n° 17-83.620](#)).

3.3.1.2. Eléments de réflexion

La décision rendue le 17 août 2021 est-elle une ordonnance entachée d'excès de pouvoir ?

La formation qui a statué avait-elle le pouvoir de se prononcer sur la demande d'acte ou, se faisant, a-t-elle empiété sur les pouvoirs d'une autre autorité, excédé les limites de ses pouvoirs ou s'est-elle abstenue de les exercer ?

La notion d'excès de pouvoir :

Dans leur ouvrage La cassation en matière pénale, MM. Jacques et Louis Boré rappellent :

« En matière pénale comme en matière civile, la notion d'excès de pouvoir est assez difficile à cerner, car les arrêts de la Chambre criminelle ne la définissent jamais et indiquent simplement que le juge dont la décision est cassée a excédé ou outrepassé ses pouvoirs, méconnu les limites de son pouvoir, ou entrepris sur les pouvoirs d'une autre autorité. D'abord prise dans une acception très large, la notion d'excès de pouvoir a englobé celle d'incompétence, dont elle ne s'est nettement séparée qu'à partir de 1892.

Dans un sens étroit, qui est le plus usuel, l'excès de pouvoir est la transgression par le juge, compétent pour connaître du litige, d'une règle d'ordre public par laquelle la loi a circonscrit son autorité.

L'excès de pouvoir peut être positif ou négatif. Il est positif lorsque le juge dépasse le cercle de ses attributions, négatif lorsque celui-ci refuse de se reconnaître un pouvoir que la loi lui confère. Ainsi constitue un excès de pouvoir négatif le fait pour le juge répressif d'omettre de vérifier la légalité d'un règlement administratif sanctionné pénalement, dans le cadre de l'exception d'illégalité ou le fait de refuser de statuer pénalement, par une application trop

extensive du principe de la séparation des pouvoirs, sur le délit commis par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions.

L'omission de statuer et le déni de justice constituent également des formes d'excès de pouvoir négatif (v. ss n^{os} 92.101 s.).

L'excès de pouvoir se rencontre principalement dans deux séries de cas : 1° lorsque le juge empiète sur les pouvoirs d'une autre autorité ; 2° lorsqu'il transgresse les limites du litige ».

Dans le Jurisclasseur (Art. 591 à 600 - Fasc. 10 : *POURVOI EN CASSATION*, 1er juillet 1998, Maj au 15 février 2019), M. Olivier de Bouillane de Lacoste a tenté de circonscrire l'excès de pouvoir en distinguant les limitations de pouvoirs d'ordre général de celles liées aux fonctions particulière d'un magistrat.

Ainsi, les limitations d'ordre général sont les suivantes :

- l'interdiction de statuer par voie réglementaire
- l'interdiction de créer des incriminations ou des peines
- l'interdiction d'interpréter les traités internationaux
- l'interdiction d'apprécier la constitutionnalité des lois
- la limitation du pouvoir du juge judiciaire sur l'acte administratif
- l'interdiction de méconnaître la chose jugée

Au titre des limitations imposées en raison des fonctions, l'auteur indique qu'il s'agit de cas où le juge ordonne une mesure ou prend une décision qui ne se trouve pas dans les pouvoirs que la loi lui confère. Il cite, à cet égard, plusieurs hypothèses notamment :

- l'hypothèse du président de la chambre de l'instruction qui, se fondant sur l'article 173 du code de procédure pénale rend une ordonnance déclarant irrecevable la requête d'un mis en examen en annulation de pièces de la procédure, déposée la veille de l'examen de la requête d'un tiers aux fins d'annulation, au motif que le mis en examen aurait dû procéder par mémoire et faire état, le jour de l'audience, des moyens de nullité qu'il était en mesure de connaître : [Crim., 18 juin 2014, pourvoi n° 14-81.422, Bull. crim. 2014, n° 155](#) ;

- le cas de la chambre d'accusation qui donne au juge d'instruction qu'elle désigne une injonction relative à la conduite de l'information : [Crim., 25 juin 1996, pourvoi n° 96-81.239 Bull. crim 1996, n° 272](#) ;

- la décision de la chambre d'accusation qui, sans se réserver le contentieux de la détention, ordonne la prolongation de cette dernière : [Crim., 1er avril 1992, pourvoi n° 92-81.033, Bull. crim 1992, n° 136](#) ;

- l'arrêt d'une chambre d'accusation qui, saisie d'un contentieux en matière de détention provisoire, se prononce sur le bien-fondé de la poursuite : [Crim., 1er juin 1994, pourvoi n° 94-81.280, Bull. crim 1994, n° 221](#).

La dénomination de la décision en cause suffit-elle à définir sa nature ?

Il est renvoyé sur ce point aux développements du rapport figurant au point 3.2.5.

La décision du 17 août 2021 est-elle, en la forme et sur le fond, une « décision de caractère juridictionnel » donc un arrêt ? En outre respecte t-elle les droits de la défense ?

Sur cette dernière question, l'éclairage de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est intéressante.

Aux termes de l'article 6, § 1, de la Convention EDH, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

L'article 6, § 3, de la Convention EDH dispose :

« Tout accusé a droit notamment à :

- a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
- b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer ;
un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;
- d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
- e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée ».

Les droits de la défense s'appliquent non seulement au stade de jugement mais également avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur observation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès ([CEDH, 24 novembre 1993, Imbrioscia c. Suisse, § 36](#)).

Quelque soit le stade de la procédure les droits de la défense doivent être ouverts dès lors qu'une personne se trouve « accusée » au sens de l'article 6 de la Convention EDH.

Ils comprennent, notamment, le droit de se défendre soi-même, y compris lorsque la personne concernée est assistée d'un avocat et le droit de comparaître personnellement. Toutefois, lors de la phase préparatoire du procès, ce principe connaît des altérations. Le juge d'instruction, notamment, ne tient pas d'audience avant de rendre ses décisions juridictionnelles ; devant la chambre de l'instruction, la comparution personnelle de la personne mise en examen n'est de droit qu'en matière de contentieux de la détention provisoire. Dans les autres cas, elle est laissée à la

discrétion de la chambre. Il semble que cette restriction ne heurte pas l'article 6 dès lors que, si l'on considère le procès de manière globale, l'exigence de comparution personnelle ne se trouve pas supprimée puisque la personne concernée aura la possibilité de comparaître devant la juridiction de jugement appelée à statuer sur le bien-fondé de l'accusation (extraits du Traité de procédure pénale de F. Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, § 469 et suivants).

En effet, pour déterminer si les règles fixées par l'article 6 de la Convention EDH ont été méconnues, la Cour opère un contrôle concret, dans chaque situation lui étant soumise, pour déterminer si l'inobservation relevée est de nature à compromettre gravement le caractère équitable de la procédure. En outre, pour cette appréciation, elle prend "*en compte la procédure litigieuse dans son ensemble*". ([CEDH, 12 mars 2003, Öcalan c. Turquie, req. n° 46221/99, §140](#) ; [CEDH, 11 juillet 2000 Dikme c. Turquie, § 109 et s.](#) ; [CEDH, Murray c. Royaume-Uni, req. n° 14310/88, § 62](#) ; [CEDH, 24 novembre 1993, Imbrioscia c. Suisse, § 38](#)).

S'agissant du caractère contradictoire de la procédure, composante du droit au procès équitable, si celui-ci ne figure pas expressément dans le texte de l'article 6 de la Convention EDH, la Cour européenne en affirme la nécessité en retenant qu'il « *implique la faculté pour les parties à un procès pénal ou civil de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge [...] en vue d'influencer sa décision et de les discuter* » ([CEDH, 23 juin 1993, Ruiz-Matéos c/ Espagne, req. n° 12952/87, § 61 et s.](#) et [CEDH, 20 février, 1996, Vermeulen c/ Belgique, req. n° 19075/91, § 33](#)).

Dans notre espèce, la décision du 17 août 2021 a été prise collégalement par la commission d'instruction régulièrement composée de ses membres titulaires au visa de l'article 22 de la loi organique relatif aux « *décisions de caractère juridictionnel* », c'est à dire après réquisitions du procureur général, celles-ci ayant été régulièrement portées à la connaissance de la défense qui a eu la faculté de faire des observations, et statuant dans le domaine de compétence qu'elle tient de l'article 18.

L'assemblée plénière devra donc s'interroger sur l'excès de pouvoir allégué.

3.3.2. Sur la seconde branche

3.3.2.1. L'argumentation du demandeur

Il est soutenu qu'en statuant sur l'appel de l'ordonnance dans la même composition, la commission d'instruction a méconnu le principe d'impartialité, violant l'article 6 de la Convention EDH.

Il est rappelé dans le mémoire que la chambre criminelle a ainsi jugé « qu'en instituant la chambre d'accusation, juridiction d'instruction du second degré et en lui attribuant la connaissance des appels des ordonnances du juge d'instruction, la loi a voulu une garantie efficace à l'administration de la Justice ; que le recours à l'examen de la

chambre d'accusation serait illusoire si le même magistrat pouvait dans la même affaire remplir son office dans les deux degrés » ([Crim. 27 mars 1990, n° 90- 80.204, Bull. crim., n° 134](#)).

Au visa des articles préliminaire du code de procédure pénale et 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a encore jugé « qu'il résulte de ces textes que ne peut faire partie de la chambre de l'instruction, le magistrat qui a effectué des actes d'instruction » ([Crim., 28 juin 2011, n°11-80.388](#)).

3.3.2.2. La jurisprudence

Ce moyen n'avait pas été soulevé devant la commission d'instruction statuant sur l'appel dirigé contre l'ordonnance précitée.

A. L'impartialité fonctionnelle du magistrat

M. Le conseiller Christian Guéry dans son rapport sur le pourvoi n° 19-86.609 a écrit :

« La chambre criminelle de la Cour de cassation a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de statuer sur la question de l'impartialité fonctionnelle du magistrat, notamment au regard du contentieux de la détention provisoire.

Elle a ainsi jugé qu'aucune disposition légale n'interdit à un magistrat de la chambre correctionnelle d'une cour d'appel, ayant siégé dans une composition qui a prononcé sur la culpabilité d'un prévenu et ordonné son maintien en détention, de faire partie de la composition appelée à statuer ultérieurement sur une demande de mise en liberté. Cette solution est également applicable lorsqu'il s'agit de décerner un titre de détention à la suite d'une violation du contrôle judiciaire (Crim., 12 juin 1997, pourvoi n° 97-81.946.)

S'agissant de magistrats qui avaient antérieurement composé la chambre de l'instruction ayant confirmé la détention provisoire de l'intéressé avant de siéger à la chambre correctionnelle, elle a jugé que « *le grief de partialité des juges, formulé au moyen, et dont le bien-fondé ne saurait être établi par cette seule circonstance, demeure à l'état d'allégation ; qu'en effet, le simple fait qu'un juge ait pris, avant le procès, une décision relative à la détention provisoire ne peut, en soi, suffire à justifier que soit contestée son impartialité* » (Crim., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-85.225).

Il en résulte que l'énoncé des considérations de droit et de fait motivant la détention ne préjuge donc pas de la culpabilité de la personne poursuivie (Crim., 23 janvier 1996, pourvoi n° 95-84.934, Bull. crim. 1996, n° 35 ; Crim., 19 février 1998, pourvoi n° 96-83.423, Bull. crim. 1998, n° 74 ; Crim., 2 février 2000, pourvoi n° 98-87.352, Bull. crim. 2000, n° 55).

Dans le cas où un texte spécial existe, la chambre criminelle veille au respect formel des prohibitions imposées par les dispositions du code de procédure pénale. En dehors de ces hypothèses, l'impartialité du juge ne sera remise en cause que lorsque celui-ci, au cours de sa précédente fonction, aura rendu une décision nécessitant une appréciation des éléments de la culpabilité. » [...]

Quant à l'aspect conventionnel de cette question, il faisait observer après avoir rappelé plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ([CEDH, 16 décembre](#)

[1992, requête n° 12981/87, affaire Sainte-Marie c. France](#) ; [CEDH, 24 février 1993, requête n° 14396/88, affaire Fey c. Autriche](#) ; [CEDH, 22 février 1996, requête n° 17358/90, affaire Bulut c. Autriche](#) ; [CEDH, 24 août 1993, requête n° 13924/88, affaire Nortier c. Pays-Bas, § 33](#)) :

« Il résulte donc de l'ensemble de ces décisions que selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'impartialité du juge ne peut être mise en doute, dans sa dimension fonctionnelle, dès lors qu'il ne s'est pas antérieurement prononcé sur le fond du dossier et sur la culpabilité du requérant. Tant que le magistrat concerné n'a pas eu à apprécier les éléments produits relatifs à l'infraction et qu'il n'a pas eu à donner son opinion sur le fond de l'affaire, son impartialité n'est pas contestable. La Cour exige que les doutes quant à l'impartialité du juge soient objectivement justifiés. Si un juge a déjà eu connaissance du dossier, sans en aborder le fond ni préjuger de la nature de la décision à l'égard du prévenu/accusé, son impartialité ne peut être discutée. Afin de mettre en cause l'impartialité objective et fonctionnelle du juge, il faudra donc prouver qu'il a, par le passé, déjà eu l'occasion de se construire une opinion sur la culpabilité du requérant, via les éléments fournis aux débats. »

S'agissant du contentieux spécifique de l'annulation par la commission d'instruction des actes de l'information qu'elle a elle-même conduite, l'assemblée plénière a jugé :

« Attendu que, par l'arrêt attaqué (12 octobre 2001), la Commission d'instruction de la Cour de justice de la République a rejeté la requête de M. X... en annulation de l'information suivie contre lui des chefs d'escroquerie, fourniture de renseignements inexacts en vue d'obtenir de l'Etat un paiement ou un avantage, complicité de falsification de chèques et d'usage de chèques falsifiés, prise, d'une part, de l'irrégularité de la communication de pièces de l'information à un juge d'instruction saisi d'une autre procédure et du versement au dossier de rapports d'expertise provenant de cette procédure, d'autre part, de ce que l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993, qui donne compétence à la Commission d'instruction pour statuer sur la régularité des procédures conduites par elle-même, méconnaît le droit à un procès équitable et à un recours effectif prévu par les articles 6.1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu que le demandeur fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa requête, alors, selon le moyen, que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial ; que cette exigence doit s'apprécier objectivement ; qu'il en résulte qu'un juge ne peut statuer sur le recours en nullité formé contre ses propres actes ; que, par suite, l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993, qui donne à la Commission d'instruction de la Cour de justice de la République le pouvoir de statuer sur la régularité de la procédure conduite par elle-même, n'est pas compatible avec les prévisions de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; que son application devait d'autant plus être écartée que, en l'espèce, les membres de la Commission d'instruction qui ont mené l'information ouverte à l'encontre de M. X... sont les mêmes que ceux qui ont rejeté sa requête en nullité de la procédure ;

Mais attendu 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 ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé » ([Ass. plén., 6 juin 2003, pourvoi n° 01-87.092](#)).

Cette jurisprudence a été confirmée récemment dans le pourvoi dirigé contre l'arrêt n° 2 du 21 décembre 2017 ([Ass.plén.13 mars 2020, pourvoi n°19-86.609](#)).

B. L'impartialité du juge soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation.

L'impartialité du juge, qui a été soulevée devant les juridictions du fond (et non retenue), peut fonder une cassation. Les exemples jurisprudentiels sont assez nombreux et pour des causes diverses.

En matière d'impartialité du juge, la chambre criminelle a estimé que le prévenu n'est pas recevable à mettre en cause devant la Cour de cassation l'impartialité des magistrats de la cour d'appel, en invoquant l'article 6 de la Convention EDH, dès lors qu'il n'a pas usé de la faculté qu'il avait d'en demander la récusation, par application de l'article 668 du Code de procédure pénale ([Crim., 12 mars 2014, pourvoi n° 13-81.273, Bull. crim. 2014, n° 76](#)).

Cette solution a depuis été confirmée à de multiples reprises notamment par les arrêts suivants de la chambre criminelle :

[Crim., 28 janvier 2020, pourvoi n° 19-80.091](#) : « Attendu que le demandeur, qui n'a pas usé de la faculté, offerte par l'article 668 du code de procédure pénale, de demander la récusation du président de la chambre de l'instruction, n'est pas recevable à mettre en cause l'impartialité de ce magistrat à l'occasion d'un pourvoi en cassation ».

[Crim., 7 août 2019, pourvoi n° 18-87.174](#) : « Attendu que le demandeur qui n'a pas usé de la faculté, offerte par l'article 668 du code de procédure pénale, de demander la récusation du président de la chambre de l'instruction, n'est pas recevable à mettre en cause l'impartialité de ce magistrat, à l'occasion d'un pourvoi en cassation, sauf à alléguer des circonstances qu'il n'était pas en mesure de connaître avant la clôture des débats ».

Pour d'autres exemples voir notamment :

[Crim., 13 juin 2019, pourvoi n° 18-80.291](#),
[Crim., 20 décembre 2017, pourvoi n° 17-84.301](#),
[Crim., 8 juin 2017, pourvoi n° 17-82.002](#).

C. Application à la Cour de justice de la République.

La commission d'instruction est composée de trois membres titulaires et trois membres suppléants. Il s'agit d'une juridiction collégiale ne comportant qu'un unique degré ; elle réunit par la volonté du législateur les fonctions d'instruction et de contrôle de l'instruction.

La loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993, qui fixe notamment sa composition, dispose à son article 4 que :

« Tout juge de la Cour de justice de la République, tout membre de la commission d'instruction instituée à l'article 11 peut être récusé pour l'une des causes prévues par le code de procédure pénale en matière correctionnelle.

La Cour de justice de la République statue, dès l'ouverture des débats, sur les causes de récusation des juges.

Le premier président de la Cour de cassation statue sur la récusation des membres de la commission d'instruction, dans les formes prévues en matière correctionnelle ».

Il s'agit donc des causes de récusation prévues à l'article 668 du code de procédure pénale (Pierre Olivier Caille, « *Fasc. 40 : COUR DE JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE* », Jurisclasseur Administratif, mise à jour 4 janvier 2017, 21).

Ainsi, les solutions susvisées, par lesquelles la chambre criminelle a jugé irrecevable les moyens nouveaux mettant en cause l'impartialité des juges du fond apparaissent transposables à la Cour de justice de la République.

L'article 6, alinéa 1, de la loi organique du 23 novembre 1993 dispose qu' « *en cas de récusation ou d'empêchement temporaire de l'un des juges, il est remplacé par son suppléant.* »

Les règles de fonctionnement de la CJR prévoient donc, par ailleurs, les modalités pratiques de récusation de l'un de ses membres.

L'assemblée plénière devra s'interroger sur les mérites du moyen au regard de la jurisprudence.

3.4. Le deuxième moyen

3.4.1. L'argumentation du demandeur

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'être entaché d'excès de pouvoir dès lors qu'en confirmant l'ordonnance statuant sur la demande tendant à l'audition d'un témoin, la commission d'instruction s'est bornée, aux termes de son dispositif, à ordonner la réalisation d'un autre acte. Le mémoire cite un arrêt du 25 juillet 2007.

3.4.2. Les textes applicables

Selon l'article 82-1 du code de procédure pénale :

« les parties peuvent, au cours de l'information, saisir le juge d'instruction d'une demande écrite et motivée tendant à ce qu'il soit procédé à leur audition ou à leur interrogatoire, à l'audition d'un témoin, à une confrontation ou à un transport sur les lieux, à ce qu'il soit ordonné la production par l'une d'entre elles d'une pièce utile à l'information, ou à ce qu'il soit procédé à

tous autres actes qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité. A peine de nullité, cette demande doit être formée conformément aux dispositions du dixième alinéa de l'article 81 ; elle doit porter sur des actes déterminés et, lorsqu'elle concerne une audition, préciser l'identité de la personne dont l'audition est souhaitée.

Le juge d'instruction doit, s'il n'entend pas y faire droit, rendre une ordonnance motivée au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande. Les dispositions du dernier alinéa de l'article 81 sont applicables. [...] ».

Quant à l'article 82-2, il permet à la partie demanderesse de solliciter que cet acte soit effectué en présence de son avocat.

Aux termes de l'article 18 de la loi organique, 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. Il en découle que les parties peuvent, au visa des articles 82-1 et 82-2, soumettre à la commission d'instruction une demande d'audition de témoin en présence de leurs avocats.

3.4.3. La jurisprudence

L'arrêt cité au mémoire est ainsi rédigé :

« Mais sur le moyen de cassation relevé d'office, pris de la violation des articles 81, 82-1 et 187 du code de procédure pénale :

Vu lesdits articles ;

Attendu qu'il résulte de ces textes que lorsqu'elle est directement saisie, par son président, d'une demande d'acte présentée par une partie au magistrat instructeur qui n'y a pas répondu dans le délai prévu par les articles 81, dernier alinéa, et 82-1 du code de procédure pénale, la chambre de l'instruction ne peut prononcer sur une question étrangère à l'unique objet de la requête telle que présentée au juge d'instruction ;

Attendu qu'en ordonnant, à l'occasion de l'examen d'une demande d'audition sur laquelle le juge d'instruction n'avait pas statué dans le délai légal, la jonction de l'information en cours à d'autres procédures d'instruction dont elle n'était pas saisie, la chambre de l'instruction a excédé ses pouvoirs ;

D'où il suit que la cassation est encourue ; que, n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond, elle aura lieu sans renvoi, ainsi que le permet l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ;

Par ces motifs :

CASSE et ANNULE, mais en ses seules dispositions ayant ordonné la jonction et la communication de pièces à l'avocat des parties civiles, toutes autres dispositions étant maintenues, l'arrêt susvisé de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Reims, en date du 4 juin 2007 » ([Crim., 25 juillet 2007, n°07-84.152](#)).

Dans son rapport Mme la conseillère Radenne résumait la question soumise à la chambre criminelle en ces termes :

« La chambre de l'instruction pouvait-elle, sans violer les dispositions de l'article 114 du code de procédure pénale, ordonner la jonction de l'information suivie contre personne non dénommée sur la plainte des consorts D. avec une information dans laquelle M. F. avait été mis en examen, tout en ordonnant l'audition de celui-ci en qualité de témoin ? ».

D'une manière générale, la chambre criminelle considère que les motifs pour lesquels les juridictions d'instruction rejettent une demande d'acte complémentaire, relevant d'une question de pur fait, sont souverainement appréciées par celles-ci et échappent au contrôle de la Cour de cassation :

« *Attendu, sur la seconde branche, qu'il est vainement fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir, par des motifs prétendument erronés, refusé d'ordonner les confrontations réclamées par la partie civile, dès lors que l'appréciation d'une demande d'actes d'instruction complémentaires relève d'une question de pur fait qui échappe au contrôle de la Cour de Cassation* » ([Crim., 25 mars 1997, n°96-83.118](#)).

3.4.4. Les motifs de la décision attaquée

Dans notre espèce, la commission d'instruction, après avoir rappelé la teneur du courrier du procureur général près la Cour de cassation, président de la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du parquet, les déclarations de Mme [A] et la position de M. [B], a statué en ces termes :

« Il apparaît que la comparaison des déclarations formulées par M. le président de la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du parquet et celles faites par Mme la directrice de cabinet sont concordantes sur plusieurs points :

- des échanges se sont effectivement tenus entre ces deux personnes,
- ces échanges ont eu lieu le 15 septembre 2021, soit le jour même de la réunion du CSM à l'Elysée et le lendemain, soit le 16 septembre,
- ces échanges ont porté sur les modalités de la saisine du CSM suite au rapport de l'inspection de fonctionnement de l'IGJ sur le PNF : saisine directe ou enquête administrative,

Des interrogations subsistent, d'une part sur la nature de l'intervention de M. [E] [F] ; conseil, avis, recommandation, rappel procédural et d'autre part sur le cadre institutionnel dans lequel elle s'est inscrite.

M. [E] [F] affirme être intervenu en qualité de président de la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du parquet, tandis que Mme la directrice de cabinet précise qu'elle l'a consulté parce qu'elle l'avait précédemment « particulièrement apprécié comme magistrat ».

Il résulte des éléments ci-dessus rappelés qu'une confrontation de Mme la directrice de cabinet, de M. le directeur-adjoint de cabinet et de M. [O], ancien DSJ, en présence de M. le procureur général pris en sa qualité de ministre public près la CJR, aurait pu être de nature à éclairer les échanges susvisés et à favoriser la manifestation de la vérité.

La commission d'instruction avait en effet considéré que le procureur général près la Cour de cassation, présidant en application de l'article 65 de la Constitution du 4 octobre 1958 la formation compétente du CSM à l'égard des magistrats du parquet notamment en matière disciplinaire, et exerçant, en application de l'article 8 de la loi organique susvisée, le ministère public près la Cour de justice de la République, il n'appartenait, ni à la commission d'instruction, ni aux parties, de lui dénier ces qualités et de l'entendre à titre de simple témoin, ce d'autant que Mme la directrice de cabinet déclarait l'avoir consulté en raison de ses qualités professionnelles.

Il résulte enfin des éléments ci-dessus rappelés que le seul versement au dossier du courrier en date du 22 juillet 2021, signé par M. le Procureur général es-qualités de président de la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du parquet (CJR, D959), contextualisant ses échanges avec Mme [A], paraissait a priori insuffisant à la commission d'instruction pour satisfaire pleinement la manifestation de la vérité.

Par suite, celle-ci, dans la libre appréciation que lui reconnaît la loi de réaliser toutes mesures utiles à la manifestation de la vérité avait, ainsi que le précisait l'ordonnance déferée, décidé de la tenue d'une confrontation entre les témoins Mme [P] [A], M. [PC] [B] et M. [O], en présence de M. [F], ministre public près la Cour de justice de la République, conformément aux dispositions de l'article 120 du code de procédure pénale.

C'est cet aspect de la décision qui est critiqué par les avocats du mis en examen qui considèrent que le procureur général près la Cour de cassation, ministre public près la Cour de justice de la République, ne saurait, en la présente espèce, être entendu autrement qu'à titre de simple témoin et que seul ce statut permet à la commission d'instruction et aux conseils de M. [U] [Z] « d'interroger Monsieur le Procureur général sur les faits relatés par les différents témoins et sur les faits exposés dans son courrier du 22 juillet 2021 » (Observations déposées au soutien de l'appel interjeté contre l'ordonnance de rejet de demande d'audition de Monsieur [E] [F] en qualité de témoin en date du 17 août 2021, p.2).

La commission d'instruction de la Cour de justice de la République a, comme toute juridiction d'instruction, la liberté de choisir les actes qu'elle estime utiles à la manifestation de la vérité et si l'audition d'un témoin est laissée à sa libre appréciation dans les limites fixées par les articles susvisés, le refus d'audition d'un témoin, en l'espèce de M. le Procureur général, ne saurait s'apparenter « à un privilège, sans base textuelle ».

En revanche, la confrontation envisagée donnait à Mme la directrice de cabinet et à M. le directeur-adjoint de cabinet, l'opportunité d'éclairer la commission d'instruction et de s'exprimer sur le courrier adressé par M. le président de la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du parquet et notamment sur les points laissés en suspens, particulièrement le cadre dans lequel M. le Procureur général avait été consulté.

A cet effet, la commission d'instruction avait d'une part, sollicité des enquêteurs un certain nombre de vérifications d'ordre technique, en matière de téléphonie afin de conforter ou d'infirmer les assertions des différentes personnes concernées, d'autre part, prévu d'organiser ladite confrontation sur les faits relatés par les différents témoins et exposés par le Procureur général dans son courrier du 22 juillet 2021, confrontation à laquelle ce dernier assisterait en cette qualité.

Le seul fait que des témoins affirment que le représentant du ministère public, sollicité par leurs soins aux fins de consultation, perdrait *ipso facto* sa ou ses qualités professionnelles pour endosser celle de simple témoin, apparaît dénué de tout fondement.

Mme [A] a, de son propre chef, contacté téléphoniquement M. [F] avec lequel elle a autrefois travaillé et qu'elle avait « particulièrement apprécié comme magistrat », de même que M. [O] ancien directeur des services judiciaires, pour recueillir leur avis sur la suite à donner au rapport d'inspection de fonctionnement d'une enquête conduite par le parquet national financier.

M. [F] a indiqué par écrit le contexte de cet échange, et le document qu'il a fourni n'est pas argué de faux.

La « *recommandation, ou le conseil ou le rappel procédural* » concerné, quelle que soit la qualification que retiendra à ce propos *in fine* la commission d'instruction, ne peut lier le ministre dans une prise de décision qui lui appartient en propre. Ce d'autant plus que la pratique habituelle décrite par M. [RT] [RU], directeur de cabinet de Mme [I], ancienne ministre de la justice, qui, interrogé non pas sur l'existence de contacts institutionnels réguliers entre le ministère de la justice et le Conseil supérieur de la magistrature autour des questions disciplinaires, mais sur la question de savoir si « *Mme [A] ou vous-même ou encore le directeur de cabinet adjoint ont-ils, à votre connaissance, consulté la présidente de la composition du CSM compétente pour les magistrats du siège, autrement dit, Mme [RS] [RV], Première présidente de la Cour de cassation, sur l'opportunité ou la possibilité de solliciter le Conseil, sans qu'ait été demandée au préalable à l'IGJ la réalisation d'une enquête administrative au sujet du juge [N] ?* », avait répondu : « *A ma connaissance, non. Vous me demandez si durant mes fonctions j'ai eu des contacts avec la Première présidente de la Cour de cassation ou le Procureur général de la Cour de cassation, en leur qualité de membre du CSM au sujet d'un cas particulier pour solliciter leur avis sur l'opportunité de poursuites disciplinaires. Jamais. Nous prenons nos responsabilités* ».

Par ailleurs, l'existence même de ces échanges des 15 et 16 septembre n'étant pas contestée, les analyses discordantes qu'ils peuvent susciter quant à leur nature et portée, ne sauraient justifier l'audition en qualité de témoin de Monsieur le Procureur général qui a la qualité de partie à la procédure depuis le réquisitoire introductif. De ce point de vue l'audition en qualité de témoin d'un certain nombre d'autres personnes ne peut servir d'argument à la défense, lesdites personnes n'ayant jamais eu la qualité de partie.

L'ensemble de ces observations conduisent la commission d'instruction, statuant en appel, à confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle écarte l'audition de M. [F] en qualité de témoin.

PAR CES MOTIFS,

La commission d'instruction statuant en appel, après en avoir délibéré conformément à la loi, par arrêt contradictoire, rendu en chambre du conseil.

Déclare recevable l'appel formé contre l'ordonnance du 17 août 2021.

Donne acte à la défense du fait que sa participation à l'audience de ce jour, dans laquelle le ministère public près la CJR est représenté par M. Philippe Lagauche, avocat général et non par M. [E] [F], procureur général près la Cour de cassation, ministère public près la CJR, ne vaut pas renonciation au moyen soulevé dans la requête aux fins d'annulation de la mise en examen de M. [Z] déposée au greffe le 7 septembre 2021 qui sera ultérieurement examinée.

Confirme l'ordonnance entreprise. »

L'assemblée plénière dira si la commission d'instruction a précisément répondu à la demande d'acte qui lui était soumise et si, en proposant une modalité d'exécution de l'acte sollicité, alors qu'elle peut procéder, comme elle l'a rappelé, à tous actes qu'elle juge utiles à la manifestation de la vérité, elle a excédé ses pouvoirs.

On observera qu'une telle décision n'ayant pas autorité de la chose jugée, la partie concernée peut, à tout moment, en fonction de l'évolution de la procédure solliciter à nouveau un acte qui a fait l'objet d'un rejet dès lors qu'elle estimerait que des éléments nouveaux le justifient.

Très concrètement, à l'issue de la mise en oeuvre de la confrontation proposée dans les termes de la décision attaquée, la défense se trouverait en mesure de considérer soit que l'acte proposé lui a donné satisfaction, soit dans le cas contraire, qu'une nouvelle demande motivée est indispensable, demande qu'elle pourrait toujours renouveler, en fonction de l'évolution de la procédure, à tout moment jusqu'à l'issue de procès.

3.5. Le troisième moyen

3.5.1. L'argumentation du demandeur

Il est soutenu :

- dans la première branche, que l'article 6, § 3, de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit le droit pour l'accusé d'interroger ou de faire interroger des témoins et qu'en refusant de faire droit à la demande d'audition de M. [F] comme témoin, alors qu'il est établi qu'il est intervenu dans le processus de décision d'ouverture de l'enquête administrative, la commission d'instruction a méconnu ce texte ainsi que les articles 18 et 22 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 ;

- dans la deuxième branche, que le refus doit être fondé sur des motifs pertinents et qu'en opposant la qualité d'autorité de poursuite de M. [F] pour refuser son audition, la Commission d'instruction a de nouveau méconnu les textes et principes précités ;

- dans la troisième branche, qu'en relevant la réalité des échanges allégués entre Mme [A] et M. [F] et des analyses discordantes qu'ils peuvent susciter quant à leur nature et portée, la commission d'instruction n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations ;

- dans la dernière branche, que le principe du contradictoire et le droit de faire interroger des témoins implique la mise en oeuvre d'une véritable audition contradictoire.

3.5.2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

L'article 6, § 3, d), de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que « *tout accusé a droit notamment à [...] interroger ou faire interroger les témoins à*

charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge [...] ».

Avant qu'un accusé puisse être déclaré coupable, tous les éléments à charge doivent, en principe, être produits devant lui en audience publique, et ce, en vue d'un débat contradictoire. Ainsi, l'accusé doit avoir une possibilité suffisante et adéquate de contester les témoignages à charge et d'en interroger les auteurs, soit au moment de leur déposition, soit à un stade ultérieur (voir en ce sens notamment : [CEDH, 15 décembre 2011, n^{os} 26766/05 et 22228/06, Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni \[GC\], § 118.](#)

La Cour a déjà déduit de ce texte que ne bénéficiait pas d'un procès équitable l'accusé qui n'avait jamais eu, non plus que son conseil, une occasion suffisante d'interroger un témoin ([CEDH, 19 déc. 1990, n° 11444/85, Delta c/ France](#)).

Dans un arrêt de Grande chambre, la Cour rappelle que « *premièrement, l'absence d'un témoin doit être justifiée par un motif sérieux ; deuxièmement, lorsqu'une condamnation se fonde uniquement ou dans une mesure déterminante sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats, les droits de la défense peuvent se trouver restreints d'une manière incompatible avec les garanties de l'article 6* » ([CEDH, 15 déc. 2011 Al-Khawaja et Tahery c/ RU, § 119](#)).

La Cour européenne des droits de l'homme a également indiqué, dans cet arrêt, que l'article 6, § 3, devait être interprété comme appelant un examen global de l'équité du procès, la règle de la preuve unique ou déterminante ne doit pas être appliquée de manière rigide. Ces principes ont été rappelés dans un arrêt rendu le 15 décembre 2015 ([CEDH, 15 décembre 2015, Schatschaschwili c. Allemagne \[GC\], §§ 111-131](#)).

Hervé Pelletier et Jean-Baptiste Thierry soulignent que l'article 6, § 3, d) de la Convention européenne des droits de l'homme ne signifie toutefois pas que l'accusé, au sens européen, bénéficie d'un droit illimité d'obtenir la convocation de témoins . (Jurisclasseur Procédure pénale - fasc. 30 *Tribunal correctionnel – Administration de la preuve.- Preuve testimoniale* (dernière mise à jour : novembre 2019)).

La Cour européenne a ainsi admis selon eux le refus d'audition du témoin lorsqu'il était justifié par certaines circonstances et notamment lorsque, pourtant régulièrement cité, celui-ci ne comparait pas. La Cour exige toutefois que le refus d'audition soit motivé par le tribunal auquel il est laissé le soin de juger de l'utilité d'une offre de preuve par témoins ([CEDH, 22 avr. 1992, n° 12351/86, Vidal c/ Belgique](#)).

Pour la Cour, un problème concernant l'admission comme preuves de dépositions de témoins qui n'ont pas comparu à l'audience ne se pose que si celles-ci constituaient la

preuve « unique » ou « déterminante » ou si cette déposition « revêtait un poids certain » dans la condamnation (cas où cette déposition ne revêtait pas une telle importance : [Sitnevskiy et Chaykovskiy c. Ukraine, 10 novembre 2016, § 125](#)).

Pour que la procédure soit équitable, il faut que l'importance des propos du témoin absent soit « compensée » par d'autres facteurs. Dans l'affaire ayant donné à l'arrêt du 15 décembre 2015 ([CEDH, 15 décembre 2015, Schatschaschwili c. Allemagne \[GC\], §§ 111-131](#)), la Cour a par exemple retenu certains éléments comme :

- le fait que les juridictions internes se sont penchées avec prudence sur les déclarations non vérifiées d'un témoin absent et si elles ont expliqué en détail pourquoi elles considéraient que ces déclarations étaient fiables, compte tenu aussi des autres preuves disponibles ;

- l'existence d'un enregistrement vidéo de l'interrogatoire du témoin absent au stade de l'instruction ;

- la production au procès d'éléments de preuve venant corroborer la déposition non vérifiée ;

- la possibilité pour requérant ou l'avocat de la défense d'interroger le témoin au stade de l'enquête.

3.5.3. La jurisprudence de la Cour de cassation

En droit interne, la chambre criminelle de la Cour de cassation, se fondant sur l'article 6, § 3, a estimé que « *s'il résulte de ce texte que tout prévenu a droit notamment à interroger ou faire interroger les témoins à charge avec lesquels il n'a, à aucun stade de la procédure, été confronté, le refus par les juges du second degré d'entendre un témoin n'enfreint pas, en tant que tel, les dispositions de ce texte, dès lors qu'ils justifient leur décision, en exposant les circonstances particulières qui font obstacle à la confrontation, ou sont de nature à la priver de toute force probante* » ([Crim., 13 février 2001, pourvoi n° 00-86.871](#)).

Elle a ainsi déjà censuré des juges du fond pour défaut de motivation d'un refus d'audition de témoin à charge comme à décharge. Dans ces arrêts l'audition était systématiquement sollicitée par la défense :

- [Crim., 27 juin 2001, pourvoi n° 00-87.414, Bull. crim n° 164](#) (arrêt de cassation publié)

Sommaire : « Il résulte de l'article 6.3 d, de la Convention européenne des droits de l'homme que les juges d'appel sont tenus, lorsqu'ils en sont légalement requis, d'ordonner l'audition contradictoire des

témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge Le refus des juges de faire droit à une telle demande doit être motivé ».

En l'espèce, le témoin à décharge, était cité par la défense devant la chambre des appels correctionnels. Celle-ci a rejeté la demande d'audition sans en exposer les raisons.

- [Crim., 26 octobre 2011, pourvoi n° 11-80.683, Bull. crim. 2011, n° 221](#) (arrêt de cassation publié)

Sommaire : « Si une partie ne peut se faire grief d'une insuffisance ou d'un défaut de réponse à des moyens contenus dans un écrit ne pouvant valoir conclusions régulièrement déposées, les juges sont tenus de répondre aux demandes formées par un prévenu présent à l'audience et qu'ils ont eux-mêmes constatées. Encourt la cassation un arrêt mentionnant expressément que la cour d'appel a été saisie d'une demande tendant à l'audition d'un témoin et n'y apportant aucune réponse motivée ».

En l'espèce, le témoin était cité par la défense devant la chambre des appels correctionnels qui n'avait pas répondu sur cette demande. La même solution avait déjà été retenue dans l'arrêt suivant : [Crim., 4 juin 1998, pourvoi n° 97-82.618, Bull. Crim. 1998, n° 184.](#)

- [Crim., 9 novembre 2005, pourvoi n° 04-86.127, Bull. crim 2005 n° 287](#) (arrêt de cassation publié)

Sommaire : « Les témoins cités par le prévenu doivent être entendus dans les règles prévues aux articles 435 à 457 du Code de procédure pénale, le ministère public pouvant s'y opposer si ces témoins ont déjà été entendus par le tribunal. Encourt la cassation l'arrêt dont il résulte que la cour d'appel a rejeté la demande d'audition d'un témoin cité par la défense alors que le ministère public ne s'était pas opposé à cette audition et qu'aucun témoin n'avait été entendu par le tribunal ».

Des arrêts de la chambre criminelle ont approuvé une motivation des juges du fond suite à un passer outre à l'audition de témoins. À titre d'illustration, l'arrêt suivant peut être cité : [Crim., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-82.565](#) (arrêt diffusé) : témoin défaillant et cour d'appel estimant que le témoin avait « déjà été entendu au cours de l'enquête préliminaire » et « par le juge d'instruction qui l'a confronté au demandeur » estime qu'une nouvelle audition n'est pas utile.

Devant la cour d'assises, l'article 316 du code de procédure pénale prévoit que tous les incidents contentieux sont réglés par la Cour par arrêt, « le ministère public, les parties ou leurs avocats entendus ». Lorsque le conseil de l'accusé déclare ne pas renoncer à l'audition d'un témoin la Cour doit donc statuer par arrêt. Plusieurs arrêts peuvent être retrouvés faisant apparaître que la cour d'assises a spécialement motivé sa décision de passer outre après incident contentieux. À titre d'illustration, l'arrêt suivant :

- [Crim., 20 novembre 2013, pourvoi n° 12-86.676](#) (arrêt de rejet diffusé)

En l'espèce, l'un des moyens de cassation, relatif à la violation des articles 6, § 1, et 6, § 3, d) de la Convention EDH, reprochait à la cour d'assises d'être passée outre l'audition d'un témoin cité par le ministère public qui avait fait parvenir un certificat médical.

Les parties avaient été invitées à faire connaître leurs observations concernant la défaillance de ce témoin et l'avocat de l'accusé, auteur du pourvoi, avait indiqué ne pas renoncer à son audition.

La chambre criminelle a rejeté le pourvoi soulignant que les demandeurs n'avaient articulé aucun fait ou circonstance de nature à caractériser l'importance du témoignage réclamé, et que la cour (statuant par arrêt incident), qui avait souverainement apprécié l'opportunité de passer outre, n'avait pas méconnu les dispositions légales et conventionnelles visées au moyen.

3.5.4. Une partie au procès pénal peut-elle avoir la qualité de témoin ?

Le témoin, au sens strict du terme, est la personne qui dépose au cours de l'instruction préparatoire ou devant une juridiction de jugement et n'est frappée par la loi d'aucune exclusion. Il convient de distinguer les incompatibilités (*qui rendent impossible l'audition de certaines personnes*) et les incapacités (*qui ne permettent d'entendre l'intéressé qu'à titre de renseignements*). Cet encadrement des témoignages dépend fondamentalement du système d'accusation.

Sous l'empire des dispositions de l'ancien code d'instruction criminelle, la doctrine a été abondante. Ainsi, l'incompatibilité à témoigner était définie comme l'impossibilité de cumuler deux rôles différents et incompatibles dans la même instance. Il y a incompatibilité dans tous les cas où le rôle occupé par une partie dans un procès ne peut se concilier avec celui de témoin. **C'est ainsi que seraient incompatibles les fonctions de juré, d'interprète, de greffier, de ministère public et de juge dans cette même instance.** En un mot, « *toute personne, remplissant un office près du tribunal ou de la Cour, et qui prend part à l'affaire en cette qualité, doit s'acquitter de la mission qui lui est dévolue avec une entière impartialité et d'un esprit absolument dégagé de toute impression personnelle et antérieure aux débats ; elle ne saurait donc jouer deux rôles à la fois, et participer au dénouement d'un procès dans lequel elle aurait témoigné* » (René Garraud, *Traité d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome 2, points 401 et 412).

Pour l'auteur René Garraud, l'absence d'incompatibilité légale dans le code précité ne s'explique que par le fait que « *l'incompatibilité résult(ant) de la nature même des choses* », le législateur a cru inutile de le mentionner expressément.

Cette interprétation doctrinale paraît s'appliquer aux dispositions du code de procédure pénale actuel, en l'absence de mention expresse légale d'incompatibilité.

En effet, dans le cadre de l'instruction préparatoire, l'audition du témoin est régie par les articles 101 à 113-8 du code de procédure pénale. Aux termes des dispositions de

l'article 101, toute personne dont la déposition paraît utile peut être entendue ; aucune autre information n'est renseignée par ce texte, ni par l'article 82-1 du code de procédure pénale. Ainsi, en dehors de l'article 108 dudit code - *qui précise que les enfants au-dessous de l'âge de seize ans ne prêtent pas serment* - aucune autre exclusion légale, en phase d'instruction, n'est répertoriée dans le code de procédure pénale. Pour la doctrine, le juge d'instruction dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant aux choix des témoins et, il est de principe qu'il ne faut pas étendre les prohibitions de témoigner, lesquelles font obstacle à la manifestation de la vérité, règle applicable au premier chef, à l'instruction (Christian Guéry et Pierre Chambon, Droit et pratique de l'instruction préparatoire, Dalloz action, 2018-2019, point 222.51).

Toutefois, devant les juridictions correctionnelles, certaines incompatibilités sont expressément mentionnées. Ainsi, la personne qui s'est constituée partie civile ne peut plus être entendue comme témoin (article 422 du code de procédure pénale) et l'interprète ne peut, même du consentement du prévenu ou du ministère public, être pris parmi les juges composant le tribunal, le greffier qui tient l'audience, les parties et les témoins (article 407 du code de procédure pénale).

Sous l'ancien code, la chambre criminelle de la Cour de cassation a par ailleurs jugé que :

Nul ne peut être, dans la même affaire, témoin et partie (Crim., 13 avril 1888).

Un membre de la juridiction ne peut être témoin : cela contreviendrait à l'exigence d'impartialité. Ainsi rappelé par les auteurs Merle et Vitu, l'incompatibilité s'étend aux greffiers, juges, **et membres du ministère public de la juridiction de jugement**. Cette exclusion est absolue, ces personnes ne pouvant être entendues même à titre de renseignements. Toutefois, les incompatibilités ne s'étendent pas aux officiers de police judiciaire ou à leurs subordonnés, ni au juge d'instruction, et aux membres du parquet qui ont joué un rôle dans l'enquête préliminaire ou sur infraction flagrante ou dans l'instruction préparatoire (Crim., 16 décembre 1975, n° 282).

En effet, par cet arrêt du 16 décembre 1975, la chambre criminelle a jugé qu'un membre du parquet, même s'il a engagé la poursuite, est un témoin acquis aux débats, dès lors qu'il a été cité et dénoncé aux accusés en cette qualité de témoin. Ainsi, aucune disposition légale ne le dispense de la prestation de serment.

L'arrêt précité est ainsi motivé :

(...) Vu lesdits articles,

Attendu que tout témoin cité ou notifié appartient aux débats et doit, à peine de nullité, prêter, avant de déposer, le serment prévu par l'article 331 du code de procédure pénale ; que ce témoin ne peut être entendu sans prestation de serment que s'il se trouve dans un cas d'empêchement ou d'incapacité prévu par la loi, ou si les parties ont renoncé à son audition ;

Attendu qu'il résulte du procès-verbal des débats que le procureur de la République près le Tribunal de Saint-Pierre, Jean T., cité comme témoin et dénoncé en cette qualité a été entendu à titre d'information, sans prestation de serment ;

Mais attendu que ce magistrat du Ministère public devenait un témoin acquis aux débats par l'effet de la citation et devait en cette qualité, prêter serment même si la poursuite avait été engagée ou suivie sur ses réquisitions, dès lors que le procès-verbal ne mentionne pas une cause d'incapacité ou de dispense de témoigner ;

Qu'ainsi, le moyen doit être accueilli(...) ».

Cet arrêt a été rendu au visa de l'article 331 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 6 octobre 1960, texte relatif à la production et discussion des preuves en cour d'assises.

Dans notre espèce, la commission d'instruction après avoir rappelé le contenu des témoignages de Mme [A], de M. [SA] et le contenu de l'écrit adressé par M. [F] à la commission d'instruction a considéré que :

« Par ailleurs, l'existence même de ces échanges des 15 et 16 septembre n'étant pas contestée, les analyses discordantes qu'ils peuvent susciter quant à leur nature et portée, ne sauraient justifier l'audition en qualité de témoin de Monsieur le Procureur général qui a la qualité de partie à la procédure depuis le réquisitoire introductif. De ce point de vue l'audition en qualité de témoin d'un certain nombre d'autres personnes ne peut servir d'argument à la défense, lesdites personnes n'ayant jamais eu la qualité de partie ».

Pour répondre à ce moyen, l'assemblée plénière devra rechercher si la commission d'instruction a justifié sa décision.