



AVIS ORAL DE M. DESPORTES, PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL

Arrêt n° 664 du 20 janvier 2023 – Assemblée plénière

Pourvoi n° 22-82.535

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

Mme [L] [P]

C/

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

Comme l’a indiqué votre rapporteur lors de son exposé très complet de la procédure, vous êtes aujourd’hui appelés à examiner le pourvoi formé par Mme [L] [P] contre l’arrêt par lequel, dans l’information suivie contre elle pour abstention de combattre un sinistre et mise en danger de la vie d’autrui, la commission d’instruction de la Cour de justice de la République a rejeté sa requête aux fins d’annulation d’un certain nombre d’actes de la procédure. M’affranchissant de l’ordre suivi dans le mémoire produit pour Mme [P], j’examinerai d’abord les moyens de cassation dirigés contre le rejet de sa demande d’annulation d’actes qui auraient excédé la saisine de la commission puis les moyens dirigés contre le refus d’annuler sa mise en examen et plusieurs procès-verbaux d’audition de témoins.

La discussion ouverte autour du dépassement de saisine appelle une brève observation préalable. Pas plus que les juridictions de droit commun, la commission d’instruction ne peut instruire sur des faits dont elle n’aurait pas été saisie par le réquisitoire du ministère public. En outre, elle ne peut instruire contre d’autres

personnes que les membres du Gouvernement visés dans ce réquisitoire. Cela étant, pour apprécier le mérite des deuxième et troisième moyens tirés d'un dépassement de saisine, il convient d'avoir à l'esprit la jurisprudence de la chambre criminelle qui, en la matière, s'attache à ménager une certaine souplesse aux juridictions d'instruction, par pragmatisme et pour éviter que le contrôle de l'étendue de la saisine ne devienne un contrôle de la pertinence des investigations. Il apparaît ainsi que seuls les errements manifestes sont de nature à emporter l'annulation. Sous le bénéfice de ce rappel, j'en viens à l'examen des deuxième et troisième moyens.

Le deuxième moyen est pris de la violation, par la commission d'instruction, de sa saisine dite temporelle. Dans sa requête en nullité, Mme [P] a soutenu que la commission d'instruction avait étendu son information à des faits postérieurs au 7 juillet 2020, date du réquisitoire introductif, constituant la date limite de sa saisine dans le temps. Selon la requérante, la commission aurait cherché activement des infractions qui auraient pu être commises par des membres du Gouvernement tout au long de la crise sanitaire, notamment dans la mise en œuvre de la vaccination ou du contrôle aux frontières.

D'emblée, cette forme de *hubris* prêté à la commission d'instruction apparaît fort improbable. Il résulte en effet de la procédure que la commission a demandé, en vain, au procureur général l'extension de sa saisine au-delà du 7 juillet 2020. On voit mal que, s'étant montrée ainsi consciente et respectueuse des limites temporelles de sa saisine, elle ait soudain décidé de s'en émanciper.

De fait, il n'apparaît pas que, dans sa requête en nullité, la requérante ait démontré le dépassement de saisine qu'elle invoque. Dans une information qui comptait alors quelque 9000 cotes, elle s'est bornée à citer quelques extraits de procès-verbaux d'audition qui ne suffisent certainement pas à caractériser un tel grief.

Mme [P] en a bien conscience. Dans son deuxième moyen de cassation, elle ne reproche pas à la commission d'instruction de n'avoir pas tiré les conséquences de ces éléments assez minces. Elle soutient que, dans l'arrêt attaqué, la commission aurait affirmé son droit et sa volonté d'instruire au-delà de la limite de sa saisine temporelle. A l'appui de cette critique, elle met en avant les motifs de l'arrêt attaqué selon lesquels, je cite, « *un problème sanitaire, telle qu'une pandémie, ne se limite pas à un fait précis et déterminé dans sa matérialité et sa temporalité mais concerne un événement protéiforme se déroulant dans le temps qui contraint le juge d'instruction à informer sur l'ensemble du phénomène par nature indivisible, alors même que le réquisitoire ne vise qu'une partie de celui-ci* ». Cependant, cette formule ne saurait être lue comme la proclamation d'un droit à instruire sans limite temporelle ! La commission a seulement entendu relever l'unité de la crise sanitaire et la nécessité, pour porter une appréciation éclairée sur les dispositions prises par le Gouvernement au début de celle-ci, de considérer celles mises en œuvre à des stades ultérieurs, de même d'ailleurs qu'il lui est apparu indispensable de s'éclairer en procédant à des comparaisons internationales. Contrairement à ce qui est par ailleurs soutenu par la demanderesse, à aucun moment, la commission d'instruction n'a affirmé que, dès lors qu'elle ne recourait pas à des mesures coercitives, il lui était loisible d'instruire sans limite en dehors de sa saisine. Le deuxième moyen doit donc être écarté.

La seconde critique articulée par Mme [P] au titre du dépassement de saisine est dirigée contre les motifs par lesquels la commission d'instruction a écarté sa demande d'annulation de plusieurs ordonnances aux fins d'expertise. Cette critique ne peut toutefois être prise en compte qu'en tant qu'elle porte sur une

ordonnance du 4 octobre 2021 ayant prescrit une expertise à l'égard de [S] [I], décédée le [Date de décès 1] 2020 après avoir contracté la covid-19. Les autres ordonnances ne figuraient pas au dossier à la date à laquelle la commission d'instruction a statué de sorte qu'à aucun moment, leur teneur n'a pu être débattue. S'agissant de ces ordonnances, il appartiendra à Mme [P] de renouveler, le cas échéant, sa demande d'annulation, après leur versement au dossier.

A la suite du décès de [S] [I], son compagnon a porté plainte contre Mme [P], exposant que l'insuffisance des matériels de protection mis à la disposition de la population avait favorisé la contamination de sa compagne au sein de l'EHPAD où elle était hébergée. Sur cette plainte, la commission d'instruction a été saisie par un réquisitoire supplétif du 12 juillet 2021. L'objet de l'expertise prescrite par l'ordonnance litigieuse est, en substance, de déterminer si [S] [I] a souffert d'une pathologie liée à la covid-19 et si son décès peut être imputé à cette maladie ou s'il est dû à une autre cause, tels des actes médicaux, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale.

A l'appui de son grief tiré d'un dépassement de saisine, Mme [P] a soutenu qu'une telle mission d'expertise était dépourvue de la moindre pertinence au regard des faits reprochés sous les qualifications de mise en danger d'autrui et d'abstention de combattre un sinistre dès lors que ces infractions sont constituées indépendamment de toute atteinte effectivement causée à la personne. Elle a en outre relevé que la question de la conformité aux règles de l'art des actes médicaux effectués ne pouvait concerner que le personnel médical à l'origine de ces actes. La commission d'instruction a répondu de manière succincte en estimant, je cite, *“que le caractère lacunaire de certaines plaintes (...) nécessitait à l'évidence des investigations, ne serait-ce que sur l'existence d'une contamination par le SARS-CoV2”*.

Devant vous, Mme [P] soutient en substance que l'expertise ordonnée était hors saisine dès lors qu'elle ne pouvait tendre qu'à caractériser le délit d'homicide involontaire dont la commission d'instruction n'est pas saisie.

Il est certain que les termes du réquisitoire supplétif par lequel le procureur général a saisi la commission d'instruction du cas de [S] [I] n'autorise pas la commission à instruire sur des faits d'homicide involontaire. Ce délit suppose l'appréhension de faits distincts de ceux désignés dans le réquisitoire qui ne vise que de possibles insuffisances dans la gestion de la crise sanitaire, sous la seule qualification d'abstention de combattre un sinistre. Cela étant, il ne suffit pas de constater que l'expertise ordonnée tend à préciser les causes du décès de [S] [I], pour conclure qu'elle s'inscrirait exclusivement dans la recherche de faits susceptibles de caractériser le délit d'homicide involontaire.

Dans son principe, la mesure d'expertise s'imposait. Le réquisitoire introductif et les cinq réquisitoires supplétifs qui l'ont suivi, dont celui du 12 juillet 2021 faisant suite à la plainte du compagnon de [S] [I], visent tous exactement les mêmes faits. La délivrance de ces réquisitoires n'a donc pas eu pour objet d'étendre l'information à des faits nouveaux, mais seulement de prendre en compte de nouveaux plaignants. Dans ces conditions, sauf à tenir pour indifférente la plainte ayant déterminé sa saisine, il était naturel, pour ne pas dire nécessaire, que la commission d'instruction s'attache à déterminer la réalité de la contamination subie par [S] [I] et ses conséquences.

Par ailleurs, cette mission d'expertise ne peut être considérée comme étant sans lien avec les infractions, objet de l'information. Pour être constitués, les délits d'abstention de combattre un sinistre et de mise en danger d'autrui supposent, pour le premier, que le sinistre ait été *“de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes”* et, pour

le second, que le comportement dangereux ait exposé autrui à un “*risque immédiat de mort ou de blessures* » graves. L’expertise litigieuse, qui tend à déterminer dans quelle mesure [S] [I] a été exposée au risque ou au danger ainsi que les conséquences à son égard d’une telle exposition, est donc “*en relation avec la recherche de la preuve des faits poursuivis*” pour reprendre une formule de la chambre criminelle. Elle peut être de nature à conforter ou au contraire à écarter la qualification de mise en danger à l’égard de l’intéressée.

En confiant aux experts la mission d’examiner si les médecins avaient procédé selon les règles de l’art, la commission d’instruction a seulement souhaité déterminer si le décès ne trouvait pas sa cause dans des circonstances étrangères à la contamination par le virus. Elle ne pouvait s’interdire cette vérification au motif que celle-ci était susceptible de mettre au jour une possible responsabilité médicale. Certes, on peut toujours discuter, avec la requérante, la pertinence de tel aspect de la mission mais le défaut de pertinence ne suffit pas à caractériser un excès de saisine. Je vous propose donc d’écarter également le troisième moyen.

J’en viens au premier moyen de cassation par lequel, Mme [P] critique le refus d’annuler sa mise en examen du chef du délit de mise en danger délibéré d’autrui prévu à l’article 223-1 du code pénal.

Cet article punit d’un an d’emprisonnement et de 15 000 euros d’amende le fait d’exposer autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures graves, je cite, « *par la violation manifestement délibérée d’une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* ».

Mme [P] soutient qu’aucune des dispositions législatives ou réglementaires qu’il lui est reproché d’avoir méconnu ne comporte l’énoncé d’une obligation particulière de prudence ou de sécurité.

Le délit de mise en danger délibérée d’autrui – ou, plus précisément, de risques causés à autrui - est une jeune infraction puisqu’il a été introduit lors de la réforme du code pénal entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994 et donc il y a un peu moins de trente ans. La volonté affichée du législateur a été de renforcer la lutte contre ce qu’il a qualifié de « *délinquance homicide de masse* », constituée par les accidents de la circulation et les accidents du travail. L’idée était d’assurer, dans ces domaines, une répression sévère des comportements dangereux *en amont* de la survenance du dommage. Cependant, les parlementaires ont eu conscience des possibles dérives répressives auxquelles pourrait donner lieu une telle infraction qui a été jugée « *d’application périlleuse* » par le rapporteur du texte au Sénat. De fait, réprimer une faute, non en raison des conséquences dommageables qu’elle a produites, mais en raison de celles qu’elle aurait pu produire, constituait une révolution aux conséquences incertaines. Il n’est pas étonnant, dans ces conditions, que les dispositions de l’article 223-1 aient été parmi les plus discutées et qu’elles se présentent comme très exigeantes. En l’absence de résultat dommageable, la faute constitue le centre de gravité du délit. Selon les termes de l’article 223-1, elle doit consister en « *la violation manifestement délibérée d’une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* ». La faute ainsi définie reste une faute non intentionnelle dans la mesure où il n’est pas exigé que l’auteur ait voulu causer un résultat dommageable. Mais il s’agit d’une faute non intentionnelle d’une exceptionnelle gravité manifestant un mépris de la norme de conduite en même temps qu’une forme d’indifférence à l’égard de la vie d’autrui. Cette faute se distingue à plusieurs égards de la faute non intentionnelle qu’on pourrait dire ordinaire définie à l’article 121-3 du code pénal par le triptyque que forment la

négligence, l'imprudence et la violation d'une obligation de prudence ou de sécurité. Cette dernière variante de la faute ordinaire a constitué la base à partir de laquelle a été conçue la faute dite de mise en danger délibérée. Pour la définition de celle-ci, le législateur a ajouté deux conditions. D'abord, il a exigé que la violation de la loi ou du règlement soit *manifestement délibérée*. Ensuite, il a prévu que la violation devrait porter, non pas sur une quelconque obligation de prudence ou de sécurité, mais sur une obligation *particulière* de cette sorte. La portée de cette seconde précision est au cœur du débat.

Mme [P] soutient qu'aucun des textes que la commission d'instruction lui reproche d'avoir méconnus ne contiendrait l'énoncé d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité.

En règle générale, lorsque l'élément constitutif d'une infraction est insuffisamment caractérisé au stade de la mise en examen, il y a rarement lieu à annulation. Comme le prévoit l'article 80-1 du CPP, pour qu'une mise en examen soit justifiée, il faut et il suffit qu'il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblables que la personne concernée ait pu participer à la commission des infractions. Mais une telle approche est exclue lorsque, dans une information suivie du chef de mise en danger d'autrui, il s'agit de vérifier l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. Une telle obligation n'est pas un élément constitutif de l'infraction dont les investigations auraient pour objet de vérifier l'existence. C'est une *condition préalable* appelant une vérification *abstraite et immédiate*. C'est le fondement légal de l'incrimination qui est ici en cause. En l'absence d'un tel fondement, aucune poursuite n'est possible et, a fortiori, aucune mise en examen.

Il s'agit donc de savoir si les textes cités par la commission d'instruction pour fonder la mise en examen du chef de mise en danger d'autrui comportent l'énoncé d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité. Mais avant de procéder à leur analyse, il est indispensable de délimiter les contours d'une telle obligation.

Conformément à l'intention du législateur, la chambre criminelle interprète de manière restrictive les dispositions de l'article 223-1 du code pénal afin d'éviter les débordements de la répression. Elle a ainsi une conception étroite de la notion d'obligation particulière de prudence ou de sécurité. Par un arrêt du 13 novembre 2019, consacrant une interprétation retenue par la doctrine et les juridictions du fond, elle a énoncé que présentaient un caractère particulier les obligations de prudence ou de sécurité, je cite, « *objectives, immédiatement perceptibles et clairement applicables sans faculté d'appréciation personnelle du sujet* ». L'obligation particulière est donc celle qui ne laisse aucun libre-choix à l'agent dont le devoir, dès lors qu'il se trouve dans les circonstances clairement déterminées par la loi ou le règlement, est d'exécuter l'injonction d'accomplir ou de ne pas accomplir les actions précisément définies. Pour reprendre une formule proposée par le professeur Puech dès le lendemain de la réforme du code pénal, l'obligation particulière est celle qui impose "*un modèle de conduite circonstanciée*".

Il est facile d'expliquer cette conception étroite de l'obligation particulière. Ce qui justifie la répression malgré l'absence d'atteinte à la personne, c'est que l'intéressé a adopté un comportement qui était désigné comme dangereux par la loi ou le règlement.

La jurisprudence illustre parfaitement cette conception étroite de l'obligation particulière. Je ne vous infligerai pas l'énumération des dizaines d'arrêts par lesquels la chambre criminelle a reconnu l'existence d'une telle obligation. Dans la quasi-totalité des cas,

celle-ci procédait de dispositions de nature technique prévues par un texte réglementaire imposant ou proscrivant certaines actions ou certains procédés, produits ou dispositifs précisément désignés. Sans surprise, et conformément aux prévisions du législateur, dans un grand nombre d'arrêts, c'est dans le champ de la sécurité routière et de la sécurité du travail que de telles dispositions ont été relevées. Si l'obligation particulière devait avoir un emblème, ce serait sans doute un panneau de limitation de vitesse ! Cependant, des obligations particulières de prudence ou de sécurité ont également été identifiées dans bien d'autres réglementations, comme celles relatives à la chasse, à la sécurité du transport, aérien ou maritime, à la sécurité nucléaire ou encore bien sûr, à la santé publique. En cette matière, les cas dans lesquels une telle obligation a été retenue sont très éloignés de celui qui vous est soumis. Les prescriptions méconnues précisaient les conditions de réalisation de certains actes, de mise sur le marché de certains médicaments ou dispositifs, de traitement de certaines denrées ou déchets etc.

Plus éclairants encore sont les arrêts par lesquels la chambre criminelle a exclu l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité.

Sans prétendre à l'exhaustivité, elle a statué en ce sens à propos des dispositions législatives du code du travail qui imposent à l'employeur, je cite, « *de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* », alors même que ces dispositions sont suivies d'autres qui donnent un cadre général aux obligations de l'employeur en la matière. La même solution a été retenue récemment par la chambre criminelle à propos de l'obligation faite à l'employeur d'assurer l'information et la formation des travailleurs en matière de sécurité. S'agissant des décideurs publics, la chambre criminelle a refusé de voir dans l'article L. 2212-1 CGCT relatif à la police municipale une obligation de prudence ou de sécurité qui serait mise à la charge des maires. Elle en a jugé ainsi à propos du 3° de cet article qui dispose que cette police comprend, je cite, "*le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes (...)*". Et elle a statué dans le même sens à propos du 5° qui rattache à la police municipale, je cite, "*le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toute nature, tels que (...) les maladies épidémiques ou contagieuses (...)* » et « *de pourvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours* ». Dans l'affaire considérée, sous la qualification de mise en danger d'autrui, il était reproché au maire de Paris de s'être abstenu de prendre les mesures nécessaires pour pallier les effets de la pollution atmosphérique sur la santé publique.

Il résulte ainsi très clairement de cet ensemble d'arrêts que ne constitue pas une obligation particulière la mission confiée à un professionnel ou une autorité de prendre, dans tel ou tel domaine, des mesures de prudence ou de sécurité. Dès lors que le professionnel ou l'autorité dispose d'une marge d'appréciation sur la manière d'aboutir au résultat attendu, l'obligation ne peut être qualifiée de particulière.

A la lumière de cette revue de jurisprudence, il me semble, sans trop d'hésitation, qu'aucun des deux textes notifiés à Mme [P] lors de sa mise en examen ne peut être considéré comme lui imposant une obligation particulière de prudence ou de sécurité au sens et pour l'application de l'article 223-1 du code pénal.

Le premier de ces textes est le décret du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre des solidarités et de la santé. En substance, ce décret confie au ministre la mission d'assurer la protection de la santé publique par la mise en œuvre des règles prévues à

cet effet. Il semble difficile de voir dans l'énoncé d'une mission aussi générale une obligation particulière de prudence ou de sécurité.

Le second texte notifié à Mme [P] lors de sa mise en examen est l'article L. 1110-1 du code de la santé publique. Il apparaît plus général encore. Il s'agit d'un de ces textes programmatiques, faiblement normatifs, qui introduisent souvent des dispositions régissant tel ou tel champ du droit. En l'occurrence, l'article L. 1110-1 proclame le droit fondamental à la protection de la santé et assigne à l'ensemble des acteurs du système de santé la mission d'assurer la meilleure sécurité sanitaire possible. La réalisation d'un tel objectif peut impliquer l'édition d'obligations particulières de prudence ou de sécurité mais l'objectif lui-même ne s'analyse certainement pas en une telle obligation.

Il reste à examiner les textes qui n'ont pas été notifiés à Mme [P] lors de sa mise en examen mais que la commission d'instruction cite dans l'arrêt attaqué comme pouvant contenir une obligation particulière de prudence ou de sécurité susceptible d'avoir été méconnue par elle.

Je serai bref sur les articles L. 1141-1 et L. 1141-2-8 du code de la défense. Le premier ne fait qu'énoncer un principe de répartition en disposant que chaque ministre est responsable de la préparation et de l'exécution des mesures de défense et de sécurité nationale incombant au département dont il a la charge. La mission spécifique du ministre chargé de la santé n'est pas même évoquée. Elle l'est en revanche à l'article L. 1141-2-8 qui dispose qu'il est responsable de l'organisation et de la préparation du système de santé et des moyens sanitaires nécessaires à la connaissance des menaces sanitaires graves, à leur prévention, à la protection de la population contre ces dernières ainsi que la prise en charge des victimes. Là encore, on ne peut que constater que le texte ne précise pas les moyens que le ministre serait tenu de mettre en œuvre pour atteindre l'objectif qui lui est fixé. La marge d'appréciation dont il dispose est incompatible avec l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité.

Par ailleurs, la commission d'instruction a cité l'article L. 1413-4 du CSP qui dispose qu'« *à la demande du ministre chargé de la santé, l'agence [nationale de santé publique] procède à l'acquisition, la fabrication, l'importation, le stockage, le transport, la distribution et l'exportation des produits et services nécessaires à la protection de la population face aux menaces sanitaires graves* ». On observera d'emblée que ce texte n'a pas pour objet de définir les missions du ministre chargé de la santé mais celles de l'Agence nationale de santé publique qui s'est substituée en 2016 à plusieurs agences dont l'Etablissement de préparation et de réponse aux urgences sanitaires. On peut admettre cependant que le texte contient, en filigrane, l'obligation pour le ministre de veiller à ce que l'agence assure la disponibilité des produits et services nécessaires à la lutte contre les menaces sanitaires graves et qu'indirectement, il fait donc peser sur le ministre une obligation de prudence ou de sécurité. Pour autant, pas plus que dans les cas précédents, cette obligation ne peut être qualifiée de particulière. En confiant au ministre le soin de déterminer les produits et services nécessaires, l'article L. 1413-4 ne lui impose pas des obligations « *objectives immédiatement perceptibles et clairement applicables, sans faculté d'appréciation personnelle* » pour reprendre la formule de l'arrêt de la chambre criminelle du 13 novembre 2019. Contrairement à d'autres dispositions du code de la santé publique, comme celles, réglementaires, relatives au stock de sécurité des médicaments, le texte ne définit ni les produits devant être stockés ni leur quantité. C'est au ministre qu'il revient d'opérer les arbitrages nécessaires en prenant en compte de nombreux paramètres, eux-mêmes évolutifs, telles que les données de la médecine, la nature et l'intensité de la menace, les

contraintes pesant sur le système de santé ou encore les capacités de fabrication des produits nécessaires et les circuits d'approvisionnement.

Enfin, j'en viens à l'article L. 3131-1 du code de la santé publique, également cité par la commission, par lequel s'achèvera cette analyse. Il n'appelle pas une appréciation différente de celle qui vient d'être portée sur le texte précédent. Aux termes de cet article, dans sa rédaction applicable à la date des faits reprochés : « *En cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population. C'est sur le fondement de ce texte qu'avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2020 qui a créé le cadre juridique de l'état d'urgence sanitaire, les mesures nécessitées par une menace sanitaire grave, quelle qu'en fût l'intensité, étaient prises par le ministre de la santé, sans préjudice de l'exercice, par le Premier ministre, de l'exercice de son pouvoir de police générale. Tel a d'ailleurs été le cas au début de la crise sanitaire. Mais, là encore, vous ne pourrez que constater que, pas plus que les précédents, l'article L. 3131-1 n'impose au ministre de prendre des mesures précisément déterminées. Bien au contraire, en indiquant que les mesures doivent être proportionnées aux risques courus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu, le texte met en évidence la marge d'appréciation dont il dispose. On ne voit pas d'ailleurs comment il pourrait en être autrement. C'est le propre des mesures de police que de devoir être adaptées aux circonstances. Cette marge d'appréciation se traduit d'ailleurs dans la rédaction du texte qui confère au ministre le pouvoir de prendre les mesures qu'il juge nécessaire mais ne lui en fait pas obligation.*

Au terme de l'analyse, il apparaît donc qu'aucun des textes cités par l'arrêt attaqué n'énonce une obligation particulière de prudence ou de sécurité qu'il pourrait être reproché à Mme [P] d'avoir méconnue.

A vrai dire, ce constat n'est pas très surprenant. Conformément à l'article 20 de la Constitution, le ministre de la santé participe, au sein du Gouvernement, à la détermination et à la conduite de la politique de la Nation. Dans l'exercice de ses fonctions, il est appelé à contribuer à l'élaboration des normes sanitaires ainsi qu'à la définition et la mise en œuvre des politiques de santé publique. Créateur de la norme, il jouit nécessairement d'un pouvoir d'appréciation qui est de l'essence même de ses fonctions. On conçoit difficilement que le ministre dont on attend qu'il impulse, oriente, encadre ou innove soit enserré dans un réseau "d'obligations particulières" de prudence ou de sécurité qui lui dicteraient sa conduite, même si, bien sûr, l'on ne peut exclure que, ponctuellement, de telles obligations puissent s'imposer à lui.

Ce sont en réalité les normes à l'élaboration desquelles le ministre contribue qui, assez banalement, comportent des obligations de cette sorte. L'abondante réglementation suscitée par la crise sanitaire en est l'illustration. Mais ce n'est évidemment pas la violation d'une de ces normes qui est reprochée à Mme [P]. Ce sont des erreurs ou des défaillances dans la définition d'une politique de santé publique résultant, notamment, de l'absence de prise en compte de certains avis d'institutions ou d'experts.

Pour terminer sur ce point, il me semble nécessaire de souligner que la circonstance que les ministres soient peu exposés, dans l'exercice de leurs fonctions, à méconnaître une obligation particulière de prudence ou de sécurité ne peut être regardé comme une

forme de privilège. Elle n'est que la conséquence de la spécificité des fonctions ministérielles. Selon la formule fameuse de Pierre Mendès-France, "gouverner c'est choisir" et le choix suppose la liberté. Cette liberté n'est pas synonyme d'immunité. Elle va de pair avec la responsabilité qui lui est attachée. **Dire qu'il n'y a pas d'obligation particulière de prudence ou de sécurité qui s'imposait à un ministre, ce n'est pas dire qu'aucune faute ne peut lui être imputée. C'est dire que sa faute ne peut consister en la violation d'une obligation de cette sorte.** Si l'action ou l'abstention fautive du ministre est la cause certaine, quoiqu'indirecte, d'atteintes à la vie ou à l'intégrité de la personne, la responsabilité pénale de celui-ci pourra se trouver exposée sans qu'il soit nécessaire de démontrer la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité. En ce cas, une faute caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, du code pénal pourra engager sa responsabilité pénale. La faute consistera alors souvent d'ailleurs à ne pas avoir édicté, pour l'exercice de telle activité ou l'utilisation de tel produit, certaines obligations particulières de prudence ou de sécurité.

Sans qu'il soit besoin d'examiner la troisième branche du moyen qui conteste le caractère manifestement délibéré de la violation, la cassation est encourue sur la deuxième. Elle pourra avoir lieu sans renvoi dès lors que, conformément à l'article 174-1 du CPP, elle a pour seule conséquence que Mme [P] devra être "*considérée comme témoin assisté à compter de son interrogatoire de première comparution et pour l'ensemble de ses interrogatoires ultérieurs, jusqu'à l'issue de l'information*".

J'en viens enfin au quatrième moyen tiré de ce que la commission d'instruction aurait refusé à tort d'annuler les procès-verbaux d'audition de Mme [N], Mme [V] et Mme [J], qui toutes trois exerçaient alors des fonctions ministérielles ainsi que le procès-verbal d'audition de M. [M] qui était alors Premier ministre.

Il est constant que ces auditions sont irrégulières comme ayant été conduites par un ou deux membres de la commission d'instruction alors que l'article 21 de la loi organique du 23 novembre 1993 impose à la commission de procéder en formation collégiale que ce soit pour l'interrogatoire de la personne poursuivie ou, ce qui correspond au présent cas de figure, pour l'audition comme témoins de membres du Gouvernement en exercice.

Pour refuser néanmoins d'annuler les quatre auditions litigieuses, la commission d'instruction, faisant application des articles 171 et 802 du CPP, a retenu que l'irrégularité ne faisait pas grief en l'absence d'atteinte portée à un droit propre de Mme [P]. Cette appréciation est critiquée par la demanderesse.

Dans des arrêts du 7 septembre 2021 précisant la méthodologie à suivre pour l'examen des demandes d'annulation d'actes de la procédure, la chambre criminelle a précisé, d'une part, que le prononcé de la nullité n'est pas subordonné à la démonstration d'un grief lorsque la règle méconnue est d'ordre public et, d'autre part, que sont d'ordre public les règles « *qui touchent à la bonne administration de la justice* ».

Toute la question est donc de savoir si les dispositions méconnues sont d'intérêt privé, comme le sous-entend la commission, ou si elles touchent à la bonne administration de la justice.

La commission d'instruction a relevé que la règle méconnue n'avait porté atteinte à aucun droit propre de Mme [P] mais elle n'a pas précisé le droit propre ou, si l'on préfère, l'intérêt privé que l'exigence de collégialité aurait pour objet de protéger. Il ne

peut s'agir des droits de la défense dont ne bénéficient pas les simples témoins, étant au surplus observé, de façon plus générale, que le Conseil constitutionnel a jugé que *les modalités de composition des formations de jugement sont sans effet sur l'obligation de respecter les droits de la défense.*

Il semble bien en réalité que l'exigence de collégialité, présentée comme une garantie essentielle par les parlementaires lors de la discussion des dispositions de l'article 21 de la loi organique, doive être regardée comme instituée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. La chambre criminelle juge avec constance que les règles qui régissent l'organisation et la composition des juridictions sont d'ordre public et échappent, comme telles, aux prévisions de l'article 802 du code de procédure pénale et donc à la nécessité de démontrer que leur violation a causé un grief. Cette solution, retenue lorsqu'est en cause la composition de formations juridictionnelles s'impose également à mon sens lorsque, comme en l'espèce, il s'agit de déterminer les modalités d'exécution d'actes d'investigation par l'autorité judiciaire.

Certes, procéder à une audition, ce n'est pas juger, mais en l'espèce, la collégialité me paraît trouver sa justification dans la volonté d'assurer les garanties d'une justice éclairée, impartiale et indépendante s'agissant d'actes accomplis à l'égard de représentants du pouvoir exécutif. La collégialité apparaît donc avant tout, pour les auditions et interrogatoires des ministres, comme une garantie de bonne justice. C'est précisément la justification qui lui est donnée par la doctrine lorsqu'elle est prévue pour le prononcé de décisions juridictionnelles et c'est précisément ce qui en fait une règle d'ordre public. Si, comme je vous le propose, vous retenez cette solution, vous accueillerez également le quatrième moyen.

En conséquence, je conclus à la cassation de l'arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République du 15 avril 2022, mais en ses seules dispositions ayant refusé d'annuler la mise en examen de Mme [P] et les procès-verbaux d'audition de Mme [N], Mme [V], Mme [L] [J] et M. [M].

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