

Recueil Dalloz 2006 p. 617

Jurisprudence de procédure pénale

Jean Pradel, Professeur émérite de l'Université de Poitiers

L'essentiel

Si l'activité législative pénale a été plus modeste en 2005 qu'en 2004, la jurisprudence a continué à être relativement fournie, même, s'il semble qu'aucune décision révolutionnaire n'ait été rendue. On retiendra les points suivants.

Les juges n'hésitent pas à condamner l'Etat à des dommages-intérêts en cas de dysfonctionnement de la police judiciaire : la faute lourde est entendue largement et, même en cas de dommages causés par l'usage d'une arme à feu, une faute simple suffit.

La récusation d'un membre de la Cour de cassation est endiguée de manière opposée à ce que décide la jurisprudence fondée sur le nouveau code de procédure civile.

La Chambre criminelle continue de veiller au respect de la règle selon laquelle le préjudice doit découler directement de l'infraction pour que l'action civile soit recevable.

Quant à la théorie du déroulement de l'instance pénale, il se confirme que l'exception préjudiciable de l'article 6-1 du code de procédure pénale est très strictement entendue et que le témoin assisté n'est pas une partie. Les pouvoirs propres de l'officier de police judiciaire concernant la mise en garde à vue sont clairement affirmés. L'arrêt d'une chambre d'instruction rendu sans que le mis en examen n'ait eu la parole en dernier est susceptible de pourvoi en cassation. Le principe *non bis in idem* continue de donner lieu à des applications intéressantes.

## I - Les éléments du procès pénal

### A - Les dysfonctionnements de la police judiciaire et la responsabilité de l'Etat

On sait que le contentieux de ces dysfonctionnements est de la compétence du juge judiciaire (CE, 11 mai 1951, *Baud*, S. 1952, III, p. 13, concl. Delvolvé, note R. Drago). Mais devant ce juge, qu'est-ce que le demandeur en dommages-intérêts doit démontrer ? Doit-il prouver la faute d'un membre de la police judiciaire et dans l'affirmative cette faute doit-elle être lourde ou peut-elle n'être que simple ? Deux arrêts récents peuvent être rappelés, à cet égard, correspondant à deux situations différentes.

#### 1 - Passivité de la police judiciaire

Le premier a été rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 25 janvier 2005. Un ménage de commerçant avait été victime de treize cambriolages entre septembre 1987 et mars 1999 alors que leur magasin était relié par un système d'alarme au commissariat de police voisin. La Cour de cassation considère que les interventions des policiers ont toujours été tardives et totalement inefficaces, que leur action n'a jamais été sérieusement relayée par les autres services de police et de gendarmerie et que, en considération de l'ensemble des comportements dénoncés par les demandeurs il y a bien eu faute lourde commise par les services de police judiciaire, engageant la responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'article L. 781-1, alinéa 1er, première phrase, du code de l'organisation

judiciaire (**Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, n° 02-16.572**, Bull. civ. I, n° 42 ; D. 2005, IR p. 389). C'était reconnaître la responsabilité de l'Etat du fait du mauvais fonctionnement du service de la justice, l'article précité indiquant que « *l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice* ». L'arrêt appelle deux remarques.

D'abord, le service de la justice est entendu largement. Il s'agit non seulement de l'activité des magistrats judiciaires, mais aussi de celle de la police judiciaire (V. déjà, en ce sens, Cass. 1re civ., 9 mars 1999, Bull. civ. I, n° 84 ; D. 2000, Jur. p. 398, note H. Matsopoulou ; JCP 1999, II, 10069, rapp. P. Sargos ; Procédures 1999, n° 213, obs. J. Buisson).

Ensuite et surtout, il apparaît que l'inefficacité de la police judiciaire constitue une faute lourde, condition de la mise en oeuvre de la responsabilité de l'Etat, l'article L. 781-1, alinéa 1er, seconde phrase, décidant que « *cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice* ». Mais comme le législateur n'a pas défini la faute lourde, le juge judiciaire s'est mis à l'entendre de façon de plus en plus large, dans l'intérêt des victimes. Cette faute consistait initialement en une faute commise sous l'influence « *d'une erreur qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'aurait pas été autorisé à commettre* » (Cass. 1re civ., 10 mai 1995, Bull. civ. I, n° 202 ; D. 1995, IR p. 143 ). Certains arrêts identifiaient la faute lourde à l'intention de nuire ou à l'acte « *révélant un comportement anormalement déficient* » (CA Paris, 1er avr. 1994, D. 1994, IR p. 125 ). Le principe restait ainsi l'irresponsabilité de l'Etat et les victimes n'étaient donc pas protégées. C'est pourquoi aujourd'hui la jurisprudence voit dans la faute lourde « *toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi* » (Cass. ass. plén., 23 févr. 2001, Bull. civ., n° 5 ; D. 2001, Jur. p. 1752, note C. Debbasch ; AJDA 2001, p. 788, note S. Petit ; JCP 2001, II, 10583, note J.-J. Menuret). La référence à un « *fait* » ou à une « *série de faits* » traduit d'abord une objectivation de la notion (G. Kerbaol, *La responsabilité personnelle des magistrats de l'ordre judiciaire*, thèse dactyl., Montpellier, 2003, p. 200). La faute lourde n'est plus analysée à travers le comportement de l'agent. Mais elle correspond désormais « *soit à un manquement caractérisé à une obligation essentielle de la fonction de juger, soit à un comportement imputable à cette dernière et se traduisant par un résultat désastreux pour la victime* » (J.-J. Menuret, préc., p. 1630, 1re col.). En d'autres termes, dès lors qu'un service de l'Etat n'a pas fonctionné correctement, du moins pour ce qui est étranger à la fonction juridictionnelle, il y a faute lourde (V. par ex., TGI Paris, 11 juill. 2001, D. 2001, IR p. 2806 ; JCP 2001, I, 362, n° 5, obs. L. Cadiet, interception irrégulière des communications téléphoniques d'un avocat par un juge d'instruction ; CA Paris, 12 mai 2003, Gaz. Pal., 12-13 sept. 2003, p. 17, inculpation d'une personne sur l'unique indice des déclarations initiales d'une autre). On ajoutera que la faute lourde résulte souvent d'une accumulation de faits qui, pris isolément, ne seraient pas constitutifs d'une telle faute : groupés, ces faits constituent une faute lourde du service.

## 2 - Coup de feu mortel tiré par un gendarme

On évoquera un arrêt de la Chambre criminelle du 14 juin 2005. Un gendarme motocycliste poursuit un automobiliste cherchant à échapper à un contrôle. Faisant usage de son arme il le blesse mortellement (**Cass. crim., 14 juin 2005, n° 04-82.208**, Bull. crim., n° 177 ; D. 2005, IR p. 2040). Renvoyé devant le tribunal correctionnel pour homicide involontaire, il est relaxé et les parties civiles déboutées. La relaxe deviendra définitive. Mais la procédure se poursuivra sur le terrain civil et sur la base de l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire. La Chambre criminelle, par l'arrêt indiqué, déclarera que l'Etat doit réparer les dommages subis par la personne visée par l'opération de police judiciaire et résultant de l'usage d'une arme à feu qui comporte des risques exceptionnels, sans qu'il soit nécessaire que cette faute soit une faute lourde. L'espèce est très proche d'une précédente (Cass. 2e civ., 24 nov. 1965, Bull. civ. II, n° 925, à ceci près que, même en l'absence de légitime défense, le gendarme peut tirer, après sommation, pour s'assurer de la personne de l'intéressé, en application de l'art. 174 du Décr. du 20 mai 1963). Un autre arrêt, rendu dans des circonstances différentes, précisait, à titre incident, que si le dommage résultait de l'usage d'une arme à feu comportant des risques exceptionnels, une faute simple suffit pour engager

l'Etat (Cass. 2e civ., 13 nov. 1968, Bull. civ. II, n° 266).

Une distinction est ainsi faite. Si le dommage résulte de l'usage d'une arme à feu, l'Etat est responsable dès qu'il y a faute simple du policier à cause des risques très graves résultant d'un tel usage (en droit administratif, l'Etat est responsable même pour risque, CE, 24 juin 1949, *Lecomte*, S. 1949, 3, p. 61, concl. Barbet). Au contraire pour les dommages résultant d'autres causes, les juges judiciaires doivent rechercher si la faute est lourde ou grave, à défaut de quoi la réparation est exclue. On rappellera que la jurisprudence administrative distingue entre le tiers (ou passant) où l'Etat est responsable sur le fondement du risque et la personne concernée par l'opération de police où l'Etat est responsable pour faute simple (G. Dupuis, M.-J. Guédon et P. Chrétien, *Droit administratif*, 9e éd., Armand Colin, 2004, p. 572 s.).

## B - L'exclusion de certains magistrats d'une affaire

Le code de procédure pénale a prévu divers cas où un magistrat du siège peut être récusé (art. 668 c. pr. pén.). Deux arrêts récents apportent des lumières sur des situations nouvelles. En outre la question de la séparation des fonctions judiciaires continue de donner lieu à des applications.

### 1 - Récusation et requête en révision

Dans un premier arrêt, la Chambre criminelle a répondu à la question de savoir si le même conseiller à la Chambre criminelle peut être désigné deux fois de suite comme rapporteur à l'occasion d'une requête en révision (**Cass. crim., 15 févr. 2005, n° 05-80.732**, Bull. crim., n° 59 ; D. 2005, IR p. 856). Un individu lourdement condamné avait déposé une première requête en décembre 2003, puis une seconde en septembre 2004. Le même magistrat ayant été désigné les deux fois, le demandeur en révision sollicita sa récusation en se fondant sur l'article 668-5 du code de procédure pénale qui permet de récuser un juge qui a déjà connu du « *procès comme magistrat* ». Et pour faire bonne mesure, mais sans intérêt juridique, il invoquait aussi l'article 351-5 du nouveau code de procédure civile rédigé en termes voisins. La Chambre criminelle rejette la demande en récusation en invoquant sèchement « *qu'aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce qu'un même magistrat puisse faire partie de la commission appelée à connaître de requêtes successives tendant à la révision d'une même condamnation* ».

Il est vrai que *stricto sensu*, aucun texte ne fait obstacle au cumul dans le cas présent. Mais d'abord, la récusation peut concerner aussi bien un magistrat de la Cour de cassation qu'un magistrat du fond (art. 674-1 c. pr. pén.). Et surtout, il apparaît bien, que le conseiller à la Chambre criminelle avait déjà connu du procès : en effet le terme de « *procès* » inclut nécessairement des éléments de fait et donc relatifs à la culpabilité alors que le législateur a manifestement voulu qu'un juge ayant déjà connu de l'affaire, et pouvant donc avoir un préjugé, ne puisse connaître du dossier une seconde fois (sur l'idée de fait et d'acte dans le procès, v° *Procès* par D. Salas, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, p. 1242, 1re col.). Il est à craindre que le conseiller, en l'espèce, reprenne largement dans son second rapport ce qu'il avait écrit dans le premier. Son impartialité au sens de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme est donc sujette à caution.

### 2 - Récusation et pourvoi en cassation

Il en va autrement dans le cas ayant fait l'objet de l'arrêt de la Chambre criminelle du 22 novembre 2005. A l'occasion de pourvois successifs concernant une même procédure, les mêmes conseillers avaient siégé. La demande en récusation formée par le demandeur au second pourvoi fut rejetée par la Chambre criminelle qui invoqua pour l'essentiel « *la spécificité du rôle de la Cour de cassation et la nature du contrôle qu'elle exerce sur la légalité des décisions ainsi que sur son contrôle juridique de l'appréciation des faits par les juges du fond* » (**Cass. crim., 22 nov. 2005, n° 05-86.631**, D. 2006, IR p. 14). Ces trois raisons procèdent, en réalité, de la même idée. Le juge de cassation est juge du droit et, aux yeux de

celui-ci, le droit ne peut faire l'objet d'une appréciation liée à un quelconque préjugé. La Cour de cassation raisonne comme si la solution juridique à une question présente un certain automatisme, contrairement à la décision sur la culpabilité. Il n'y a donc aucun risque à voir les mêmes conseillers de la Cour de cassation siéger dans les instances successives d'une même affaire dès lors qu'il ne s'agit de trancher que des questions de droit. C'est le fait, et donc la culpabilité, qui, liés à d'éventuels préjugés, impliquent l'apparition de nouveaux juges à chaque nouveau stade de la procédure.

Même si les cas de récusation pourraient, à la rigueur, être étendus - comme le fait la jurisprudence civile sur la base de l'article 6 de la Convention européenne sur le procès équitable (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 avr. 1998, Bull. civ. I, n° 155 ; D. 1998, IR p. 131 ; RTD civ. 1998, p. 744, obs. R. Perrot ) - la théorie de la récusation doit comporter des limites.

### 3 - Séparation des fonctions judiciaires

Si les décisions sur la séparation des fonctions sont très nombreuses de façon générale, il est des secteurs de cette question qui en sont assez pauvres. C'est le cas de la séparation entre autorités de poursuite et autorités chargées de l'instruction. En voici une illustration donnée par la Chambre criminelle dans un arrêt du 24 mai 2005.

Un juge d'instruction rend une ordonnance admettant la recevabilité d'une plainte avec constitution de partie civile. Le parquet fait appel. A l'audience de la chambre de l'instruction, le siège du ministère public est tenu par un substitut général qui sera ensuite nommé président de cette chambre et statuera sur l'appel par la partie civile de l'ordonnance de non-lieu rendue dans l'information suivie sur la plainte. En somme, le même magistrat aura été tour à tour substitut et magistrat du siège dans la même affaire (**Cass. crim., 24 mai 2005, n° 04-86.432**, Bull. crim., n° 152 ; D. 2005, IR p. 1656 ; AJ Pénal 2005, p. 290, obs. C. S. Enderlin ; Rev. science crim. 2005, p. 935, obs. J.-F. Renucci ).

Dans son arrêt du 24 mai 2005, la Chambre criminelle invoque l'article 6, § 1, de la Convention européenne qui confère à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial et en tire les conséquences : « *ne peut participer au jugement d'une affaire un magistrat qui en a connu en qualité de représentant du ministère public* ». Le terme de « *jugement* » n'est peut-être pas très heureux puisque l'ancien substitut général était devenu président de la chambre de l'instruction et que celle-ci ne juge pas au sens strict. Mais il importe peu : le principe séparatiste est clairement, et sans surprise, réaffirmé. Car cette formule avait déjà été utilisée deux fois dans des affaires assez proches où un parquetier était devenu juge (Cass. crim., 26 avr. 1990, Bull. crim., n° 162 ; D. 1990, Somm. p. 379, et nos obs. ; Rev. science crim. 1991, p. 119, obs. A. Braunschweig ; 5 déc. 2001, Bull. crim., n° 253 ; Rev. science crim. 2003, p. 122, obs. A. Giudicelli, affaires où le parquetier était devenu conseiller à la chambre des appels correctionnels). De façon générale d'ailleurs, notre procédure pénale tient de manière stricte au respect du principe séparatiste : les décisions sont innombrables, concernant notamment la séparation entre autorités d'instruction et autorités de jugement tout comme entre autorités de poursuite et autorités de jugement (J. Pradel, *Procédure pénale*, 12<sup>e</sup> éd., Cujas, 2004, n° 13 à n° 18).

Cette séparation entre poursuite et instruction se retrouve également dans la jurisprudence européenne dans des affaires proches de la nôtre (CEDH, 1<sup>er</sup> oct. 1982, *Piersack c/ Belgique*, série A, n° 53, parquetier devenu président de la cour d'assises ; 26 oct. 1984, *de Cubber c/ Belgique*, série A, n° 86 et 124 B, juge d'instruction devenu juge au fond). Les juges de Strasbourg ont hésité entre deux appréciations de l'impartialité : celle subjective visant à déterminer ce que le magistrat pensait en l'espèce dans son for intérieur et celle objective visant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure tout doute sur son impartialité (aff. *Piersack*, préc., § 30 ; *adde*, J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2002, n° 131 ; J. Pradel et G. Corstens, *Droit pénal européen*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2002, n° 348).

Dans l'espèce soumise à la Chambre criminelle, c'est évidemment l'impartialité objective qui est retenue. La Haute juridiction ne s'attache pas à l'attitude personnelle du magistrat - la

preuve d'une éventuelle partialité serait malaisée - mais aux apparences : le seul fait d'avoir, comme parquetier, soutenu un point de vue, peut faire craindre au justiciable, objectivement, un défaut d'impartialité de ce magistrat devenu juge au gré d'un avancement.

### C - L'action civile

Un garçon âgé de 16 ans se donne la mort au moyen d'un pistolet provenant d'un vol et qu'il s'était procuré auprès d'une amie, éventuelle receleuse. Le parquet requiert l'ouverture de deux instructions, l'une pour homicide involontaire et l'autre pour acquisition, détention, cession et recel d'une arme (**Cass. crim., 25 oct. 2005, n° 04-85.280**, D. 2005, IR p. 2967). Dans la seconde procédure, l'amie sera mise en examen et la mère de l'adolescent se constituera partie civile. Mais le juge d'instruction rejettera la constitution, tout comme la chambre de l'instruction au motif qu'il n'y a pas de relation directe entre le préjudice résultant pour la mère du suicide de son fils et les délits poursuivis, en précisant exactement que les circonstances dans lesquelles l'amie du défunt est entrée en possession du pistolet, légales ou non, sont sans lien direct avec la remise de l'arme et les suites. La Chambre criminelle rejettera le pourvoi formé par la partie civile : le préjudice résultant du suicide ne découle pas directement des infractions poursuivies.

Il est vrai que l'article 2 du code de procédure pénale, invoqué par la Chambre criminelle dispose que « *l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du **dommage directement causé par l'infraction*** ». L'exigence d'un dommage personnel et direct est un filtre servant à accueillir strictement l'action civile devant le juge pénal : la victime n'est pas le personnage principal au prétoire pénal et elle n'est que tolérée en ce lieu de justice.

La loi ne définit pas le concept de préjudice direct et la jurisprudence se réfugie dans des formules qui n'apportent rien de plus en parlant d'un « *dommage prenant directement sa source dans le délit poursuivi* » (Cass. crim., 22 janv. 1953, D. 1953, Jur. p. 110, rapp. M. Patin ; 14 janv. 1991, Bull. crim., n° 22) ou d'un « *préjudice résultant directement de l'infraction* » (Cass. crim., 24 janv. 1978, Bull. crim., n° 28 ; Rev. sociétés 1979, p. 136, obs. B. Bouloc ; 24 févr. 2004, Bull. crim., n° 50 ; RTD com. 2004, p. 628, obs. B. Bouloc ). A partir de là, on trouve deux sortes d'arrêts. Les uns accueillent la partie civile en affirmant l'existence d'un lien direct entre délit et préjudice et par exemple le dommage est direct s'il résulte de commentaires tendant à exercer des pressions sur la décision des juges (Cass. crim., 2 oct. 1985, Bull. crim., n° 291). D'autres rejettent la partie civile : ainsi, n'est pas direct le dommage découlant pour la compagnie d'assurances de l'obligation de payer une indemnité à son assuré victime d'un délit puisque le versement se fonde sur l'exécution d'une obligation contractuelle préexistante (Cass. crim., 1er mars 1973, JCP 1974, II, 17615, note G. Viney ; 7 juin 1988, Bull. crim., n° 253 ; Rev. science crim. 1989, p. 504, obs. G. Levasseur). Tout cela est évident. Mais il y a des cas où l'hésitation est permise et où la jurisprudence n'est pas à l'abri de la critique. Ainsi en est-il de l'action civile exercée par les actionnaires en cas d'abus de biens sociaux commis par le dirigeant : cette action est rejetée par la jurisprudence (Cass. crim., 13 déc. 2000, Bull. crim., n° 373 ; Rev. sociétés 2001, p. 394, obs. B. Bouloc ; RTD com. 2001, p. 532, obs. B. Bouloc ; 18 sept. 2002, Bull. Joly 2003, p. 63, obs. J. Barbiéri) alors pourtant que le délit paraît nuire directement au patrimoine de l'actionnaire.

On peut considérer que selon l'article 2 du code de procédure pénale, le préjudice est réparable si dans l'ensemble infraction/préjudice, le second terme n'existe que si le premier est apparu. Nous sommes donc en pleine causalité, comme dans le cas de l'article 121-3, alinéa 4, du code de procédure pénale pour les infractions d'imprudence. Toutefois, second caractère essentiel, la causalité doit être directe : il faut non seulement un lien de causalité entre délit et préjudice, mais aussi un lien direct, alors que dans le cas de l'article 121-3, alinéa 4, le lien peut être direct ou indirect. La notion de préjudice direct au sens de l'article 2 implique donc l'immédiateté du préjudice par rapport au délit, une véritable continuité entre l'un et l'autre, une indissociabilité, l'insuffisance que le délit soit seulement la cause lointaine du préjudice, différente d'une cause immédiate. Ainsi est assuré le caractère restrictif de l'action civile devant le juge pénal.

On comprend, dès lors, que dans l'espèce jugée le 25 octobre 2005, les délits relatifs aux armes et le recel ne sont pas à l'origine du suicide de l'adolescent. Rien ne permettait à la détentrice de l'arme d'imaginer que le jeune homme allait s'en servir pour se supprimer et, l'aurait-elle imaginé, que manquait encore le lien entre les délits retenus et le résultat dommageable. L'action civile est, de droit étroit et, à cet égard, l'exigence d'un préjudice direct est un instrument bien meilleur que celui qu'avait découvert, un temps, la jurisprudence, la funeste notion d'infractions d'intérêt général.

## II - Le déroulement du procès pénal

### A - L'enquête et la poursuite

#### 1 - Pouvoir propre des officiers de police judiciaire pour décider une mise en garde à vue en flagrance

Un individu en état de forte imprégnation alcoolique avait tenu des propos outrageants envers des policiers. Ceux-ci procèdent à son arrestation et le conduisent au commissariat où il est aussitôt placé en garde à vue. Puis, à l'occasion d'une poursuite pour outrage à personne dépositaire de l'autorité publique, il soulève la nullité de la garde à vue et la chambre des appels correctionnels (CA Poitiers, 18 juin 2004) le suit en énonçant que « *la garde à vue ne répondait pas aux nécessités de l'enquête et que l'audition de la personne aurait dû être réalisée après convocation au commissariat* ».

Une telle motivation ne peut, au mieux, qu'étonner le lecteur. D'abord, car un délit commis en état d'imprégnation alcoolique, et déjà assez grave, appelle dans l'intérêt de la paix publique une réaction policière immédiate. Ensuite, et surtout, car la décision de placement en garde à vue est un pouvoir propre des officiers de police judiciaire. C'est ce qu'à heureusement reconnu la Chambre criminelle (**Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 04-84.876**, Bull. crim., n° 3 ; D. 2005, Jur. p. 761, note J.-L. Lennon ; AJ Pénal 2005, p. 160, obs. J. Leblois-Happe ; V. dans le même sens, 27 sept. 2005, Bull. crim., n° 237). Saisie sur pourvoi du procureur général, elle a cassé l'arrêt poitevin en rappelant que la décision de placement en garde à vue « *résulte d'une faculté que l'officier de police judiciaire tient de la loi* ». Cette formule se fonde sur une lecture littérale de l'article 63, alinéa 1er, du code de procédure pénale et sur le bon sens : c'est en effet l'officier de police judiciaire seul, qui se trouve directement confronté à la situation délictueuse et qui est donc le mieux placé pour savoir ce qu'il convient de faire et, notamment, s'il convient d'arrêter sur-le-champ la personne. C'est la première fois que la Chambre criminelle le dit aussi nettement.

Bien sûr, un contrôle de la mesure incombe aux magistrats. Ce contrôle est rendu possible par l'obligation, pour l'officier, d'avertir le parquet dès le début de la garde à vue (Cass. crim., 10 mai 2001, Bull. crim., n° 119, nullité de la garde à vue sauf circonstances exceptionnelles ; Cass. 2e civ., 19 févr. 2004, Bull. civ. II, n° 70 ; D. 2004, IR p. 677 ; AJ Pénal 2004, p. 160, obs. A. Pitoun ; Dr. pén. 2004, Comm. n° 56, obs. A. Maron). Et le magistrat pourra évidemment ordonner la remise immédiate de la personne si la mesure n'était pas nécessaire ni proportionnée. Ces deux exigences sont en effet rappelées par la Chambre criminelle (27 janv. 1987, Bull. crim., n° 41) et par les juges européens (CEDH, 16 déc. 1992, *Nimietz c/ Allemagne*, D. 1993, Somm. p. 386, obs. J.-F. Renucci ; RTDH 1993, p. 467 ; *adde*, S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 2e éd. Litec, 2002, n° 529-1). Mais, répétons-le, seul l'officier de police judiciaire a compétence pour décider la garde à vue d'une personne « *dès lors qu'existent des raisons plausibles* » de soupçonner la commission d'une infraction (art. 63, al. 1er, c. pr. pén.).

Ces règles valent aussi en matière d'enquête préliminaire, à ceci près que la garde à vue ne peut intervenir que si la personne se présente sans contrainte au poste de police (Cass. crim., 13 nov. 1996, Bull. crim., n° 401 ; D. 1997, IR p. 13 ; Justices 1999, p. 188, obs. D. Rebut). Alors que l'article 63 sur l'enquête de flagrance indique que l'officier de police judiciaire peut « *placer* » le suspect en garde à vue, l'article 77 sur l'enquête préliminaire précise que ce fonctionnaire peut « *garder à sa disposition* » la personne c'est-à-dire la retenir après qu'elle ait bien voulu venir au poste de police.

## 2 - Obligations des officiers de police judiciaire au cours de l'enquête préliminaire Voici deux arrêts apparemment en sens contraire.

Le premier est relatif à la portée de l'article 75-2 du code de procédure pénale (L. n° 2000-516 du 15 juin 2000, D. 2000, Lég. p. 253) selon lequel l'officier de police judiciaire « *avise le procureur de la République dès qu'une personne à l'encontre de laquelle existent des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction est identifiée* ». On admettra que ce texte crée une obligation à la charge de l'enquêteur, que l'information du parquet doit intervenir dans le meilleur délai et que le législateur a entendu « *améliorer le contrôle de l'autorité judiciaire sur le déroulement d'investigations dont la durée peut être de nature à porter atteinte aux libertés individuelles* » (Circ. CRIM 00-13 F1 du 4 déc. 2000, n° 1-1-3). Mais l'abstention de l'enquêteur est-elle sanctionnée de la nullité de la procédure ? Le texte est muet et dans son arrêt du 23 août 2005 la Chambre criminelle le rappelle et en profite pour exclure la nullité de la procédure (**Cass. crim., 23 août 2005, n° 03-87.719**, Bull. crim., n° 209). Cette jurisprudence n'étonnera pas. La formalité est d'autant moins substantielle que l'article 105 du code de procédure pénale - qui oblige dans le cadre d'une instruction les policiers à avertir le juge d'instruction dès qu'existent à l'encontre des personnes qu'ils entendent des « *indices graves et concordants* » de culpabilité - ne s'applique pas à l'enquête selon une jurisprudence très ferme (Cass. crim., 20 avr. 1986, Bull. crim., n° 247), règle d'ailleurs encore rappelée par l'arrêt du 23 août 2005. Doit-on ajouter que si de tels indices apparaissent, l'officier de police judiciaire risque fort de « *garder à sa disposition* » la personne suspecte en la mettant en garde à vue, l'avertissement au procureur étant alors obligatoire et, cela à peine de nullité, selon une jurisprudence également très ferme (Cass. crim., 10 mai 2001, *supra* II-A-1, pour la procédure de flagrance, mais extensible à l'enquête préliminaire). Bref, la disposition de l'article 75-2 présente peu d'intérêt et elle ira en rejoindre beaucoup d'autres dans le cimetière des textes inutiles.

Toute différente est la décision de la Chambre criminelle relative à l'article 77-1-1 du code de procédure pénale (**Cass. crim., 6 déc. 2005, n° 05-85.076**, D. 2006, IR p. 180). Selon ce texte, la remise par un tiers de documents intéressant l'enquête, y compris ceux issus d'un système informatique, intervient sur réquisition du procureur ou à la demande de l'officier de police judiciaire après autorisation de ce magistrat. En l'espèce, des enquêteurs avaient adressé des réquisitions à des opérateurs téléphoniques aux fins d'identification de numéros de téléphone utilisés par un individu suspecté de trafic de drogue. Cassant l'arrêt d'appel (CA Toulouse, ch. instr., 13 juill. 2005), la Chambre criminelle considère que « *l'article 77-1-1 est édicté dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et que sa méconnaissance est constitutive d'une nullité à laquelle les dispositions de l'article 802 du code de procédure pénale sont étrangères* » (V. déjà, dans le même sens, Cass. crim., 1er sept. 2005, Bull. crim., n° 211 ; D. 2005, IR p. 2549 ; AJ Pénal 2005, p. 419 ). Même si l'hésitation était possible, on comprend l'attitude de la Cour de cassation car l'article 77-1-1 permet une intrusion dans la vie privée, cette valeur constitutionnellement protégée : dans sa décision du 13 mars 2003 (décis. n° 2003-467 DC, JO 9 mars, p. 4789 ; D. 2004, Somm. p. 1273, obs. S. Nicot ; Rev. science crim. 2003, p. 614 et p. 616 , obs. V. Bück), le Conseil constitutionnel précise que le traitement automatisé des données nominatives par les services de police judiciaire doit être strictement réglementé et notamment contrôlé par le procureur de la République. Dès lors, il importe peu que l'article 77-1-1 n'ait pas prévu la nullité d'une remise de documents opérée sans la demande ou l'accord du parquet. Au vrai, la violation de cet article est une nullité substantielle d'ordre public.

## 3 - L'exception préjudicielle de l'article 6-1 du code de procédure pénale

Un individu mis en examen use de deux moyens pour faire annuler sa garde à vue et les actes subséquents. Le premier, fort banal, se traduit par une requête en nullité de son placement en garde à vue fondée sur une notification tardive de ses droits. La chambre de l'instruction (CA Aix-en-Provence, 14 févr. 2002) rejette cette requête et le pourvoi formé par l'intéressé n'est pas encore traité à ce jour. Beaucoup plus original est le second moyen, consistant en une constitution de partie civile pour faux en écriture publique par dépositaire de l'autorité publique, en l'espèce de l'enquêteur qui, dans le procès-verbal de notification de sa garde à

vue, aurait frauduleusement altéré la vérité quant à l'heure et au lieu de son établissement. La chambre de l'instruction d'Aix, dans son arrêt du 23 février 2005, rendu sur renvoi après cassation, déclare la constitution irrecevable et la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé par l'intéressé (**Cass. crim., 7 déc. 2005, n° 05-81.483**, D. 2006, IR p. 252). La solution est fondée sur l'article 6-1 du code de procédure pénale - pourtant non cité expressément dans le corps de l'arrêt - selon lequel « *lorsqu'un crime ou un délit prétendument commis à l'occasion d'une poursuite judiciaire impliquerait la violation d'une disposition de procédure pénale, l'action publique ne peut être exercée que si le caractère illégal de la poursuite ou de l'acte accompli à cette occasion a été constaté par une décision de la juridiction répressive saisie [...]* ». En clair, l'action publique - et aussi peut-on ajouter la constitution de partie civile par voie d'action (qui met en mouvement l'action publique) - ne pouvaient être en l'espèce exercées, faute d'une décision ayant constaté le caractère illégal de la poursuite, pour cause d'un faux commis par l'officier de police judiciaire. Qu'en penser ?

On observera d'abord que les applications de l'article 6-1 sont très rares et que la poursuite est, en général, rejetée. Tel fut le cas d'une constitution de partie civile pour viol, dénonçant une expertise médicale demandée par un juge d'instruction, le caractère légal des actes accomplis par l'expert étant définitivement établi (Cass. crim., 29 janv. 1997, Bull. crim., n° 39 ; Rev. science crim. 1997, p. 664, obs. J.-P. Dintilhac ; V. aussi, à propos de la violation du secret de l'instruction, 21 avr. 1998, Bull. crim., n° 139). Avec l'arrêt du 7 décembre 2005, le champ d'application de l'article 6-1 s'étend pour la première fois au délit de faux.

Il faut noter aussi que la recevabilité de la poursuite suppose un fait : 1° qui est infractionnel ; 2° qui implique la violation d'une règle de procédure pénale comme la violation de domicile lors d'une perquisition irrégulière et non d'une règle de droit pénal (Cass. crim., 16 oct. 2001, Bull. crim., n° 207 ; D. 2002, IR p. 251 , prétendues violences causées par un gendarme ; 27 sept. 2005, Bull. crim., n° 235 ; D. 2005, IR p. 2697 , délit de subornation de témoin) ; 3° et enfin qui a donné lieu à une décision pénale définitive constatant le caractère illégal de la poursuite.

Cette dernière condition se fonde sur la nécessité de protéger les magistrats et les officiers de police judiciaire contre les plaintes dilatoires leur imputant la commission d'infractions lors des procédures qu'ils ont diligentées (R. Merle et A. Vitu, *Procédure pénale*, Cujas, 2001, p. 405, n° 338). Il faut aussi éviter des contrariétés de décisions entre celles rendues sur la requête en nullité et celles rendues sur la constitution de partie civile. Pour ces deux raisons la Chambre criminelle ne pouvait que déclarer irrecevable la constitution de partie civile, d'autant plus qu'elle était tenue par l'article 6-1 dont le sens est très clair. En outre, la Chambre criminelle avait déjà jugé que l'article 6-1 n'est pas incompatible avec la Convention européenne puisque subsiste, pour le demandeur, un recours civil (Cass. crim., 14 févr. 2001, Bull. crim., n° 42 ; D. 2001, IR p. 1141 ).

Il n'en reste pas moins que pour le mis en examen, cette solution ne lui permet pas de faire rapporter la preuve de la faute du policier.

#### 4 - La poursuite et le principe *non bis in idem*

*a - Un classement sans suite à l'étranger fait-il obstacle à une poursuite exercée en France pour délit causé à l'étranger au préjudice de Français ?*

Un Allemand, suspecté d'avoir recélé en Allemagne des objets d'art provenant d'un vol commis au préjudice de ressortissants Français, fait l'objet d'un classement sans suite, pour charges insuffisantes, par le ministère public du Bade-Wurtemberg, en application de l'article 170, alinéa 2, du code de procédure pénale allemand. Il est cependant poursuivi en France pour recel, en application de l'article 113-7 du code pénal qui consacre l'application de la loi française (et donc du juge français) en cas d'infraction commise hors du territoire national quand la victime est de nationalité française (principe de la personnalité passive). A l'audience, le prévenu invoque l'exception de la chose jugée en alléguant qu'il a déjà été poursuivi et jugé définitivement, pour les mêmes faits, en Allemagne, le classement sans suite dont il a été l'objet valant, à ses yeux, poursuite et jugement. Les juges d'appel le suivent (CA

Agen, ch. appels corr., 16 sept. 2004). Mais la Chambre criminelle, saisie par les parties civiles, rend un arrêt selon lequel le classement sans suite n'a pas la valeur d'un jugement définitif (**Cass. crim., 6 déc. 2005, n° 04-86.378**, D. 2006, IR p. 249). D'où l'on déduira nécessairement que la poursuite en France est possible.

Trois textes très proches les uns des autres et visant tous des infractions commises à l'étranger doivent être rappelés, les deux premiers ayant figuré au visa de l'arrêt du 6 décembre 2005. C'est d'abord l'article 113-9 du code de procédure pénale selon lequel « aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite ». C'est ensuite l'article 54 de la Convention de Schengen du 19 juin 1990 qui décide « qu'une personne qui a été définitivement jugée par une partie contractante, ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre partie contractante, à condition que, en cas de condamnation la sanction ait été subie ou soit en cours d'exécution [...] ». C'est enfin l'article 692 du code de procédure pénale qui reprend exactement l'article 113-9 du même code. En somme, la décision définitive prononcée à l'étranger exclut, pour l'avenir, toute poursuite en France s'il s'agit des mêmes faits. Il y a chose jugée et application du principe *non bis in idem*.

La question est donc de savoir si une décision de classement sans suite peut être considéré comme un jugement définitif ?

L'affirmative avait été soutenue par les magistrats agenais, ce qui avait pour effet d'arrêter la poursuite. A l'appui de cette thèse, on peut d'abord invoquer un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 11 février 2003 (aff. jtes C-187/01 et C-385/01, *Gözütok et Brügger*, D. 2003, Jur. p. 1458, note F. Julien-Laferrrière ; Rev. science crim. 2003, p. 618, obs. F. Massias ). Saisie de deux questions préjudicielles portant sur l'interprétation de l'article 54 de la Convention de Schengen, la juridiction européenne juge que cette disposition s'applique aussi à des procédures d'extinction de l'action publique diligentées par le ministère public sans intervention d'un juge et, notamment, à des classements sans suite après versement, par le prévenu à l'Etat, d'une certaine somme d'argent à la demande du parquet. En outre, et malgré les différences entre les législations, chaque Etat doit faire confiance aux autres. Le classement sans suite allemand doit donc être reconnu comme un jugement définitif en France, d'autant plus que ce classement a été le point ultime d'une longue enquête menée par les autorités allemandes, ainsi que le prévoit le code de procédure pénale allemand.

A vrai dire cependant, on ne doit pas taire l'idée que le classement sans suite n'éteint pas l'action publique, que ce soit en Allemagne ou en France ou ailleurs. Sur la base d'éléments nouveaux, l'enquête peut être reprise et d'ailleurs à nouveau classée sans suite (E. Schlüchter, *Procédure pénale allemande*, 3e éd., Euwi-Verlag, Thüningersheim, Frankfurt-Maine, traduction E. Mathias, 2002, p. 157). On ne peut donc pas dire que le classement est une mesure définitive. En outre, il est difficile de soutenir qu'il est une décision, cet acte devant émaner d'une juridiction. Ainsi, le classement par le parquet ne saurait être une décision définitive. Elle est en vérité une mesure administrative, sans aucune force obligatoire. La Chambre criminelle est donc dans le vrai et la poursuite en France peut prospérer.

Il existe cependant une hypothèse où le classement sans suite opposé par le parquet d'un Etat peut avoir un effet dans le droit d'un autre. Elle concerne le droit extraditionnel. Si les autorités compétentes de la partie requise ont décidé de ne pas engager de poursuites, elles peuvent refuser d'accueillir une demande d'extradition (Conv. européenne d'extradition de 1997, art. 9) ou de déférer à un mandat d'arrêt européen (art. 695-24 c. pr. pén.). Mais nous sommes alors sur un terrain différent.

*b - Des faits identiques peuvent-ils, après relaxe du tribunal correctionnel, être repris sous une autre qualification également correctionnelle ?*

Un individu est relaxé du chef de harcèlement sexuel. Après quoi, par citation directe de la partie civile du chef d'agression aggravée, la même juridiction prononce une nouvelle relaxe. Sur appel de la partie civile, la chambre des appels correctionnels condamne l'individu pour agressions sexuelles aggravées. Sur pourvoi du prévenu, la Chambre criminelle casse l'arrêt de condamnation en invoquant l'article 4-1 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne, selon lequel : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif [...]* », et l'article 6, alinéa 1er, du code de procédure pénale qui voit dans la chose jugée une cause d'extinction de l'action publique (*non bis in idem*). Très précisément, la Chambre criminelle décide que « *selon les textes, l'action publique s'éteint par la chose jugée, qu'un même fait ne peut donner lieu contre le même prévenu à deux actions pénales distinctes* » (Cass. crim., 19 janv. 2005, n° 04-81.686, Bull. crim., n° 25 ; AJ Pénal 2005, p. 196, obs. C. Porteron ; Rev. science crim. 2005, p. 934, obs. J.-F. Renucci ).

La chose jugée, faut-il le rappeler, suppose une triple identité d'objet, de parties et de cause, selon l'article 1351 du code civil sur l'autorité de la chose jugée en matière civile que la jurisprudence pénale étend au contentieux pénal.

En l'espèce, l'identité d'objet (l'objet est ce qui est demandé, l'application d'une peine) et l'identité des parties (la partie poursuivante et le prévenu poursuivi) sont remplies. En est-il de même de la cause, qui est le fait délictueux ? Si les faits ne sont pas les mêmes ou pas totalement les mêmes, une seconde poursuite est possible (Cass. crim., 2 avr. 1990, Bull. crim., n° 141 ; D. 1990, Somm. p. 375, et nos obs. , cassation partielle). Mais s'ils sont exactement les mêmes, une seconde poursuite est radicalement exclue, fût-ce sous une qualification différente. C'est ce que rappelle l'arrêt du 19 janvier 2005. Cet arrêt invoque deux textes généraux car il n'existe pas, en droit français de texte propre pour les délits comme il en existe un en matière criminelle, le fameux article 368 du code de procédure pénale, selon lequel « *aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits même sous une qualification différente* ». On s'est parfois demandé si cet article était propre à la matière criminelle ou s'il pouvait être étendu à la matière correctionnelle. L'arrêt du 19 janvier 2005 ne répond pas directement à la question, mais donne une réponse affirmative en usant des deux textes généraux précités. La règle *non bis in idem* est donc générale et cette affirmation est très raisonnable.

Il en va évidemment de même en droit européen, la question s'était posée dans le cas voisin de deux poursuites dont l'une est pénale et l'autre pas. L'auteur d'un homicide par imprudence commis en état d'ébriété ne peut être puni deux fois par deux juridictions différentes, une fois par le juge pénal pour homicide involontaire et une autre fois par l'autorité administrative pour alcool au volant (CEDH, 23 oct. 1995, *Gradinger c/ Autriche*, Rev. science crim. 1996, p. 479 et p. 487 , obs. R. Koering-Joulin ; RFDA 1997, p. 1, obs. F. Moderne ). Et pourtant, en droit français, des cumuls de sanctions sont possibles, la France ayant fait des réserves en marge du Protocole précité (Cass. crim., 20 juin 1996, Bull. crim., n° 268 ; D. 1997, Jur. p. 249, note G. Tixier et T. Lamulle ; Rev. science crim. 1997, p. 372, obs. B. Bouloc , cumul possible de sanctions pénales et fiscales), même si notre droit use de divers procédés pour limiter ces cumuls (E. Fortis, obs. sous Cass. crim., 7 sept. 2004, Rev. science crim. 2005, p. 69 ; et aussi, sur cet arrêt, D. 2004, IR p. 2691 ).

## B - L'instruction et le jugement

### 1 - Le témoin assisté n'est pas une partie

Dans son statut primitif, dû à une loi du 15 juin 2000, le témoin assisté avait certes des droits de partie. Il pouvait bénéficier de l'assistance d'un avocat et réclamer une confrontation avec celui qui le mettait en cause (art. 113-3 c. pr. pén.). En cas d'appel contre une ordonnance de non-lieu, il pouvait faire valoir ses observations devant la chambre de l'instruction (art. 197-1 c. pr. pén. ; Cass. crim., 14 nov. 2002, Bull. crim., n° 205 ; D. 2003, IR p. 106 ). Mais là s'arrêtait la liste de ses prérogatives. Le témoin assisté, cette sorte de partie croupion au mieux, n'entrait pas dans le club fermé des parties à la procédure. Un arrêt a d'ailleurs précisé que « *le témoin assisté ne pouvait se prévaloir de sa qualité de partie* » (Cass. crim., 13 févr.

2002, n° 01-83.529, inédit).

Cet acquis subsiste tel quel même si l'évolution postérieure a renforcé légèrement les prérogatives de ce curieux personnage. Ainsi avec la loi du 9 mars 2004, il peut se voir notifier par le juge d'instruction - mais seulement si celui-ci en décide ainsi - les conclusions des expertises qui le concernent et il peut, en conséquence logique, solliciter une contre-expertise ou un complément d'expertise (art. 167, al. 5, c. pr. pén.). Et surtout, il peut désormais soulever des nullités (art. 113-3, al. 2, c. pr. pén.). C'est dans le sillage de cette nouvelle prérogative que la Cour de cassation déclare recevable le pourvoi en cassation qu'il forme contre l'arrêt statuant sur une demande d'annulation (**Cass. crim., 21 juin 2005, n° 05-81.491**, D. 2005, IR p. 2104). La solution est logique et la Chambre criminelle précise même que le droit de soulever des nullités « implique » la recevabilité du pourvoi. Mais l'arrêt rappelle aussi, de façon incidente, que le témoin assisté n'est pas partie à la procédure.

Même si, à l'avenir, on ne peut exclure que le témoin assisté « *grappille* » encore quelques droits supplémentaires, il restera privé du statut de partie. Et il faut bien qu'il en soit ainsi car si ce personnage avait tous les droits du mis en examen, on ne comprendrait plus la dualité de personnages impliqués dans un procès, le témoin assisté et le mis en examen. Un alignement du premier sur le second signifierait la mort du premier. Mais serait-ce un recul du droit ?

2 - Les débats sur l'action en dommage-intérêts de l'article 91 du code de procédure pénale peuvent, malgré les termes de la loi, se dérouler en public

Alors que les débats, dans le cas de l'action en dommage-intérêts fondée sur l'article 91 du code de procédure pénale « *ont lieu en chambre du conseil* » (art. 91, al. 2, *in fine*), les magistrats avaient, dans une affaire, siégé en public. La Chambre criminelle se garde de sanctionner cette irrégularité, tout en la reconnaissant (**Cass. crim., 15 févr. 2005, n° 04-85.038**, Bull. crim., n° 55). Elle considère que l'irrégularité « *ne doit cependant pas entraîner l'annulation dès lors qu'il n'est pas établi, ni même allégué, qu'elle ait porté atteinte aux droits du demandeur* ».

Sans le dire expressément, la décision se fonde sur l'article 802 du code de procédure pénale qui entend que la nullité ne soit prononcée que si l'irrégularité « *a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ». Effectivement, en l'espèce, on ne voit pas en quoi la publicité des débats aurait pu nuire aux personnes poursuivies au titre de l'article 91. La solution n'est pas nouvelle, même si elle est appliquée pour la première fois à la procédure de l'article 91 (Cass. crim., 8 févr. 1990, Bull. crim., n° 69 ; D. 1990, Somm. p. 224, et nos obs. ; Rev. science crim. 1990, p. 806, A. Braunschweig, pour l'examen d'une demande de mise en liberté présentée devant la chambre d'accusation).

D'où l'on peut déduire que la question de la non-publicité des débats, dans le cadre de la procédure de l'article 91, n'est pas d'ordre public car s'il en était ainsi, la nullité de la procédure serait automatique, même en l'absence de grief (Cass. crim., 13 mai 1996, Bull. crim., n° 199, pour l'organisation judiciaire ; 22 mai 1996, *ibid.*, n° 22 ; D. 1996, IR p. 205, pour la compétence). Il n'en irait autrement que dans des cas particuliers : ainsi la règle de la publicité restreinte devant les juridictions pour mineurs (art. 14, al. 2, Ord. 2 févr. 1945) est une condition essentielle à la validité des débats (Cass. crim., 13 févr. 1946, Bull. crim., n° 53).

En revanche, la décision est toujours rendue en audience publique. La règle a été affirmée notamment à propos de la procédure de l'article 91 (Cass. crim., 22 avr. 1972, Bull. crim., n° 146 ; 21 juill. 1977, Bull. crim., n° 268 ; D. 1977, IR p. 423, obs. M. Puech).

3 - Si devant la chambre de l'instruction, la personne mise en examen n'a pas la parole en dernier, l'arrêt de celle-ci est-il susceptible de pourvoi en cassation ?

Dans une procédure soumise à la chambre de l'instruction, la partie civile avait eu la parole en dernier, l'avocat du mis en examen ayant au préalable présenté des observations sommaires.

Ce fait est-il de nature à permettre à ce dernier de contester la régularité de l'arrêt devant la Cour de cassation ?

Oui répond celle-ci. Dans un arrêt du 7 juillet 2005, la Chambre criminelle rappelle que si « *selon l'article 574 du code de procédure pénale, le pourvoi formé par le prévenu contre l'arrêt de la chambre de l'instruction le renvoyant devant le tribunal correctionnel est en principe irrecevable, c'est à la condition que la décision satisfasse, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale* » (Cass. crim., 7 juill. 2005, n° 05-80.914, Bull. crim., n° 202 ; Rev. science crim. 2005, p. 869, obs. D.-N. Commaret ). En l'espèce, le fait que le mis en examen n'ait pu s'exprimer en dernier faisait que ces « *conditions essentielles* » n'avaient pas été respectées. Qu'en penser ?

D'un côté, la loi en ce qui concerne la procédure suivie devant la chambre de l'instruction ne dit pas expressément que le mis en examen doit avoir la parole en dernier. L'article 199, alinéa 2, du code de procédure pénale se borne à décider « *qu'après le rapport du conseiller, le procureur général et les avocats des parties qui en ont fait la demande présentent des observations sommaires* ». Et l'article 574 du même code indique que « *l'arrêt de la chambre de l'instruction portant renvoi du prévenu devant le tribunal correctionnel ou de police ne peut être attaqué devant la Cour de cassation que lorsqu'il statue, d'office ou sur déclinatoire des parties, sur la compétence ou qu'il présente des dispositions définitives que le tribunal saisi de la prévention n'a pas le pouvoir de modifier* ». De ce texte, il résulte que le pourvoi contre les arrêts est de droit étroit : il n'est possible que dans deux cas et, parmi ceux-ci, ne figure pas le fait que le mis en examen n'a pu parler en dernier.

Cependant, la solution donnée par l'arrêt du 7 juillet 2005 se justifie pleinement en droit, pour plusieurs raisons.

En premier lieu, les exceptions énumérées par l'article 574 sont entendues largement par la jurisprudence. C'est spécialement vrai pour le concept de « *dispositions définitives que le tribunal [...] n'a pas le pouvoir de modifier* ». Par exemple, la personne dénoncée dans une plainte et impliquée dans une procédure sans avoir été inculpée peut se pourvoir en cassation contre l'arrêt de la chambre d'accusation qui, sur le seul appel de la partie civile contre l'ordonnance de non-lieu du juge, et après l'avoir inculpée, l'a renvoyée devant le tribunal correctionnel (Cass. crim., 25 avr. 1979, Bull. crim., n° 147 ; D. 1979, IR p. 529, obs. M. Puech ; JCP 1980, II, 19353, note W. Jeandidier). De même le pourvoi est recevable contre l'arrêt de renvoi en correctionnelle qui, sans nouvelle information, avait inclus dans la poursuite des infractions n'ayant pas donné lieu à une mise en examen par le juge d'instruction, en application de l'article 202, alinéa 2, du code de procédure pénale (Cass. crim., 18 janv. 1983, Bull. crim., n° 20). Mieux encore, la Chambre criminelle a décidé, sur la base d'un moyen fondé sur le fait que les inculpés n'avaient pas eu la parole en dernier devant la chambre d'accusation, que les deux cas de pourvoi énoncés à l'article 574 correspondent à l'idée que l'arrêt n'a pas « *satisfait aux conditions essentielles de son existence légale* » (Cass. crim., 3 mai 1990, Bull. crim., n° 167 ; D. 1990, Jur. p. 435, note D. Mayer ). La formule est empruntée à l'article 575 du code de procédure pénale qui permet à la partie civile de former seule un pourvoi dans certains cas et notamment dans celui-ci (al. 2, 6°) et elle est ainsi étendue à la personne poursuivie.

Il est vrai que la violation de la règle que la personne poursuivie doit pouvoir s'exprimer en dernier est classiquement sanctionnée de la nullité de l'arrêt par la Chambre criminelle sous réserve, il est vrai, des dispositions de l'article 802 du code de procédure pénale. La jurisprudence l'a décidé en ce qui concerne les arrêts des chambres d'appels correctionnels en application de l'article 460 du code de procédure pénale qui décide que « *le prévenu ou son avocat auront toujours la parole les derniers* » (Cass. crim., 19 janv. 1978, Bull. crim., n° 22 ; 14 déc. 1978, *ibid.*, n° 402 ; 12 janv. 2005, *ibid.*, n° 16). Et dans le cas des arrêts des chambres d'accusation, un arrêt appliquant la même règle a considéré que l'obligation de donner la parole à l'avocat de l'inculpé en dernier « *domine donc le débat pénal* » (Cass. crim., 24 janv. 1984, Bull. crim., n° 30, l'arrêt limitant toutefois cette règle aux procédures contradictoires). D'autres décisions relatives également à la chambre d'accusation décident que la règle se déduit des principes généraux du droit (Cass. crim., 28 sept. 1983, Bull. crim.,

n° 232 ; 23 oct. 1984, *ibid.*, n° 312) alors pourtant que le pourvoi en cassation est strictement entendu en ce qui concerne les arrêts de la chambre de l'instruction (art. 567 s. c. pr. pén.). Ces trois derniers arrêts ne visent d'ailleurs par l'article 574 du code de procédure pénale.

En second lieu, la violation de la règle de l'ordre de parole à l'audience est grave non seulement car elle porte atteinte à la défense, mais aussi parce qu'elle ne peut pas être corrigée à l'audience de jugement. Faut-il rappeler en effet que l'article 385 du code de procédure pénale décide que le tribunal correctionnel ne peut pas constater les nullités de procédure qui lui sont soumises quand il est saisi par le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction ? Dès lors, le seul moyen de faire respecter la règle selon laquelle le mis en examen doit pouvoir s'exprimer en dernier est d'appliquer tout simplement l'article 574 *in fine* qui ouvre le recours en cassation quand l'arrêt de la chambre de l'instruction « *présente des dispositions définitives que le tribunal [...] n'a pas le pouvoir de modifier* ». C'est bien le cas. Le mis en examen ainsi victime trouvera alors un juge pour l'entendre. Et dès lors, c'est le principe, cher au droit européen, du droit au juge qui est assuré.

En troisième lieu enfin, la Cour européenne des droits de l'homme, elle-même, est à l'unisson. Elle a décidé que « *le droit de l'accusé à parler le dernier revêt une importance certaine* » (CEDH, 27 juin 2000, req. n° 28871/95, *Constantinescu c/ Roumanie*, § 58). On peut considérer en effet que ce droit entre dans la formule un peu floue certes mais large de la Convention européenne des droits de l'homme selon laquelle : « *Tout accusé a droit notamment à [...] disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense* » (art. 6, § 3, b).

Telles sont les raisons juridiques justifiant la recevabilité du pourvoi contre un arrêt de la chambre de l'instruction rendu sans que le mis en examen ait été entendu en dernier. On ajoutera que cette règle s'explique psychologiquement car il y a souvent un avantage (parfois léger certes) à avoir le dernier mot dans un débat. Notre droit consacre ainsi une sorte d'inégalité des armes en faveur de la personne poursuivie et à l'encontre du parquet et de la partie civile. Il en existe d'autres illustrations (art. 298 c. pr. pén. sur le droit de récusation, plus ample pour l'accusé que pour le ministère public, par ex.). Mais en vérité, ces disparités ne sont qu'un correctif à la situation inconfortable dans laquelle est la personne poursuivie.

4 - Le pouvoir du président des assises de désigner d'office un défenseur à l'accusé  
Selon l'article 317 du code de procédure pénale, à l'audience, la présence d'un défenseur auprès de l'accusé est obligatoire et si le défenseur choisi ou désigné ne se présente pas, le président en commet un d'office. Or, il advient en pratique que l'avocat fraîchement désigné - en fait car l'accusé ne s'entendant pas avec son conseil s'en fait désigner un autre juste avant l'ouverture de l'audience - se présente bien à l'audience, mais sollicite aussitôt un renvoi afin de pouvoir consulter correctement le dossier. C'est ce qui s'était produit dans l'affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Chambre criminelle du 31 mars 2005. Celle-ci a justifié le président d'avoir désigné d'office cet avocat et d'avoir exclu le renvoi en invoquant l'article 317.

Ainsi, la Chambre criminelle étend cet article : alors que celui-ci suppose l'absence de l'avocat à l'audience, ladite Chambre étend le pouvoir présidentiel de la désignation d'un avocat d'office au cas de présence d'un défenseur (**Cass. crim., 31 mars 2005, n° 04-83.037**, Bull. crim., n° 114 ; Rev. science crim. 2005, p. 874, obs. D.-N. Commaret ). La règle est nouvelle, encore que dans un cas très voisin, la jurisprudence avait déjà décidé que l'avocat ayant déclaré ne pouvoir continuer d'assurer la défense de l'accusé en raison de la défiance de ce dernier, pouvait être désigné par le président (Cass. crim., 19 févr. 1986, Bull. crim., n° 68 ; D 1986, IR p. 234 ; rapp. 23 nov. 1994, Bull. crim., n° 374 ; D. 1995, Somm. p. 321, et nos obs. ).

Le second intérêt de l'arrêt du 30 mars 2005 est sa forte motivation : la désignation de l'avocat se fonde sur les articles 6, § 1, et § 3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme et plus spécialement sur l'article 6, § 3, c). Très précisément, l'arrêt indique que « *si l'article 6, § 3, c) reconnaît à l'accusé le droit à l'assistance d'un défenseur de son choix, la*

*nécessité d'assurer la continuité de la justice et celle de permettre le jugement des accusés dans un délai raisonnable justifie qu'en l'absence du défenseur choisi, le président de la cour d'assises en commette un d'office » (V. déjà, en ce sens, Cass. crim., 5 déc. 1990, Bull. crim., n° 419, pour une espèce différente où, bien que la Chambre criminelle ait déjà affirmé que notre droit interne était en accord avec l'art. 6 Conv. EDH, la France a été condamnée par la Conv. EDH pour violation de l'art. 6, § 1, et § 3, b) et a) et est intervenue une décision de la commission de réexamen des art. 626-1 s. c. pr. pén. du 30 nov. 2000, Gaz. Pal. 2001, n° 84 à n° 86). On ne peut, en effet, admettre que le cours de la justice soit interrompu alors que l'avocat, en l'espèce, avait eu un mois pour consulter le dossier puisque sa désignation a été faite par le bâtonnier le 27 février alors que l'audience commençait le 31 mars suivant. On peut aussi imaginer que l'accusé récuse son avocat la veille de l'audience pour que lui en soit désigné un autre qui ne manquera pas de demander le renvoi, peut-être afin que le président de la prochaine session soit différent, voire plus bienveillant. Si le droit à l'avocat est un droit de l'homme, la célérité de la justice en est un autre comme le suggère l'article 6, § 1, qui consacre l'idée d'un délai raisonnable pour rendre justice.*

**Mots clés :**

PROCEDURE PENALE \* Panorama 2006

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2009