



# Procédure pénale

**Pierre-Jérôme Delage, Nicolas Jeanne, Raphaële Parizot**

DANS **REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ 2020/3 N° 3**, PAGES 673 À 701  
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0035-1733

ISBN 9782995520039

DOI 10.3917/rsc.2003.0673

Date de mise en ligne : 14/12/2020

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2020-3-page-673?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](https://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

## Chronique de jurisprudence

### Procédure pénale

**Pierre-Jérôme Delage**

Professeur à l'Université de Nantes

**Nicolas Jeanne**

Maître de conférence

à l'Université de Cergy-Pontoise

**Raphaële Parizot**

Professeur à l'Université

Paris Nanterre

## I – Enquête et instruction

### 1. Prélèvement sanguin contraint fondé sur l'article 60 du code de procédure pénale : une ingérence « prévue par la loi » ?

[Crim. 31 mars 2020, n° 19-85.756, D. 2020. 1996, note M. Lassalle ; D. actu. 15 mai 2020, obs. M. Recotillet ; AJ pénal 2020. 349, étude J.-P. Vauthier ; Gaz. Pal. 16 juin 2020. 24, note Ph. Collet]

Dans une décision *X. c/ Autriche* du 13 décembre 1979, la Commission européenne des droits de l'homme avait pu estimer qu'« une intervention médicale sous la contrainte, même si elle est d'importance minime, doit être considérée comme une atteinte » au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>1</sup>. Par la suite, la Cour européenne a repris cette solution : « le corps d'une personne représente l'aspect le plus intime de la vie privée. Ainsi, une intervention médi-

cale forcée, même mineure, constitue une ingérence dans l'exercice des droits au respect de la vie privée »<sup>2</sup>. De ceci, il résulte, entre autres conséquences, que tout acte médical peu invasif mais forcé, tel un prélèvement sanguin réalisé contre la volonté de l'intéressé<sup>3</sup>, doit, sous peine d'enfreindre l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, être prévu par la loi – donnée que la chambre criminelle, dans son arrêt du 31 mars 2020, semble cependant avoir perdue de vue.

(1) Comm. EDH, 13 déc. 1979, n° 8278/78, *X. c/ Autriche*, (prélèvement sanguin forcé). V. aussi Comm. EDH, 10 déc. 1984, n° 10435/83, *Acmanne et autres c/ Belgique*, (test de sensibilité cutanée et exploration radiologique du thorax) ; 15 janv. 1998, n° 26536/95, *Boffa et autres c/ Saint-Marin*, (vaccination obligatoire).

(2) CEDH 22 juill. 2003, n° 24209/94, *Y.F. c/ Turquie*, § 33 (examen gynécologique sous contrainte à la suite d'une garde à vue).

(3) Comm. EDH, *X. c/ Autriche*, préc.

Après avoir procédé à une intervention de chirurgie esthétique, un chirurgien et un anesthésiste, en désaccord sur le protocole post-opératoire à mettre en œuvre, ont une altercation : un coup de poing est donné, un coup de tête également, auxquels s'ajoute – touche d'originalité – un étranglement avec un stéthoscope. Des fonctionnaires de police interviennent « à la demande de la directrice de la clinique [...], au visa des articles 53 et 73 du code de procédure pénale » [applicables en matière de flagrance]. « Bien que les signes caractéristiques d'ivresse [soient] négatifs » chez lui, le chirurgien est trouvé en possession de deux tubes de morphine, les officiers de police judiciaire notant par ailleurs que celui-ci est « excité », « titubant », a « un air hagard, les mains tremblantes » et qu'il tient « des propos incohérents ». Une « réquisition manuscrite » est alors établie sur instructions du procureur de la République, « aux fins de prélèvements sanguins pour dosage de l'alcoolémie et [...] dépistage de stupéfiants ». Un officier de police judiciaire requiert à la suite un médecin urgentiste pour effectuer une prise de sang sur le chirurgien (qui est placé en garde à vue).

Les deux médecins sont poursuivis pour « violences réciproques ». Devant le tribunal correctionnel, le chirurgien soulève une exception de nullité, tirée de ce que le prélèvement sanguin réalisé sur sa personne l'a été « sous contrainte ». Mais le tribunal rejette cette exception, et condamne l'intéressé du chef de violences aggravées<sup>4</sup>. La cour d'appel confirme cette condamnation, non sans avoir écarté

préalablement, à son tour, le moyen de nullité soulevé par le chirurgien : pour les juges du second degré, « les vérifications biologiques ordonnées et l'analyse effectuée après instructions étaient parfaitement fondées dans le cadre des dispositions de l'article 60 du code de procédure pénale, qui n'imposent pas le consentement de l'intéressé et alors que l'infraction flagrante de violences pouvait comporter des circonstances aggravantes relatives à un état alcoolique ou à la consommation de stupéfiants » (v. C. pén., art. 222-13, 14°).

Le chirurgien se pourvoit donc en cassation. Soutenant « qu'il résulte du principe d'inviolabilité du corps humain qu'il ne peut être prélevé du sang sur une personne vivante sans son consentement que dans les cas limitativement prévus par la loi », il insiste, en contrepoint, sur le fait qu'« aucun texte n'autorise les autorités publiques à contraindre une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre le délit de violences volontaires à se soumettre à une prise de sang pour vérifier la présence de produits stupéfiants dans son organisme ». De telle sorte que la cour d'appel, en statuant comme elle l'a fait, aurait non seulement violé<sup>5</sup> l'article 60 du code de procédure pénale, en tirant de sa lettre une faculté – effectuer un prélèvement sanguin sous contrainte – qu'elle ne prévoit pourtant pas, mais aurait en plus méconnu les dispositions de l'article 8 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>6</sup>, desquelles il

(4) Les violences exercées par le chirurgien sur l'anesthésiste ont causé à ce dernier une ITT inférieure à 8 jours. L'aggravation tient ici au fait que les violences ont été exercées sur un professionnel de santé (C. pén., art. 222-13, 4° bis). A noter que le chirurgien a aussi été condamné pour refus de se soumettre à des relevés signalétiques et des prélèvements biologiques externes (C. pr. pén., art. 55-1, al. 3, sur lequel v. aussi *infra*).

(5) Le pourvoi fait aussi valoir une violation de l'article 16 du code civil (qui dispose, notamment, que « la loi assure la primauté de la personne » et « interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci »).

ressort que « toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée doit reposer sur une base légale suffisamment accessible et prévisible ».

La chambre criminelle, de façon assez laconique, rejette toutefois le pourvoi : de son point de vue, la décision des juges d'appel « n'a méconnu aucun des textes visés au moyen, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'interdisant pas en tant que tel le recours à une intervention médicale sans le consentement d'un suspect en vue de l'obtention de la preuve de sa participation à une infraction dans toutes ses circonstances ».

On peut ne pas être convaincu par cette solution. Certes, les motifs de la décision de la Cour de cassation paraissent directement inspirés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et plus précisément de son arrêt *Jalloh c/ Allemagne*, à l'occasion duquel les juges européens ont pu affirmer que « même lorsqu'une mesure n'est pas motivée par une nécessité thérapeutique, les articles 3 et 8 de la Convention n'interdisent pas en tant que tel le recours à une intervention médicale contre la volonté d'un suspect en vue de l'obtention de la preuve de sa participation à une infraction »<sup>7</sup>. Qui plus est, avant cet arrêt, « les institutions de la Convention [avaient déjà] conclu à plusieurs reprises que le prélèvement de sang ou de salive contre la volonté d'un

suspect dans le cadre d'une enquête sur une infraction n'avait pas enfreint ces [mêmes] articles dans les circonstances des affaires examinées »<sup>8</sup>. Mais il reste que si l'article 8 de la Convention doit être interprété comme n'interdisant pas le recours, à des fins probatoires, à une intervention médicale contre la volonté de la personne mise en cause, ce même texte met par ailleurs en exergue que toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée doit être, comme indiqué au début de ce commentaire, « prévue par la loi », formule dont on sait que, en plus d'imposer « que la mesure incriminée ait une base en droit interne », elle implique également « l'accessibilité » de la loi en cause, ainsi que sa « prévisibilité » (en ce sens que la personne concernée « doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle »). Cette exigence de prévisibilité de la loi<sup>9</sup> oblige, dès lors, à préciser avec « assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré » : il faut que la loi « indique à tous de manière suffisante dans quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique » à mettre en œuvre telle ou telle mesure portant atteinte à la vie privée, et, à ce titre, qu'elle détermine notamment « les catégories de personnes » susceptibles d'être l'objet de cette mesure et « la nature des infractions pouvant y donner lieu »<sup>10</sup>.

- (6) Le pourvoi n'a pas soulevé, en revanche, la question d'une éventuelle violation du droit au silence et du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (art. 6 Conv. EDH). Mais cela n'est guère surprenant, dans la mesure où la Cour européenne juge que ces garanties ne s'étendent pas « à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN » (CEDH 17 déc. 1996, n° 19187/91, *Saunders c/ Royaume-Uni*, § 69, RSC 1997. 476, obs. R. Koering-Joulin ; Rev. UE 2015. 353, étude M. Mezaguer). La chambre criminelle et le Conseil constitutionnel se sont, au demeurant, alignés sur cette position de la Cour européenne : Crim. 6 janv. 2015, n° 13-87.652, Bull. crim. n° 6 ; D. 2015. 1738, obs. J. Pradel ; 10 déc. 2019, n° 18-86.878, D. 2019. 2410 ; AJ pénal 2020. 33, obs. I. Bello ; Dalloz IP/IT 2020. 193, obs. M. Quéméner ; Cons. const. 30 mars 2018, n° 2018-696 QPC, § 8, D. 2018. 723, et les obs. ; AJ pénal 2018. 257, obs. M. Lacaze ; Dalloz IP/IT 2018. 514, obs. M. Quéméner ; Constitutions 2018. 192, Décision.
- (7) CEDH 11 juill. 2006, n° 54810/00, *Jalloh c/ Allemagne*, § 70, AJDA 2006. 1709, chron. J.-F. Flauss.
- (8) *Ibid.* V. Comm. EDH, 4 déc. 1978, X. c/ Pays-Bas, n° 8239/72 ; 5 janv. 2006, n° 32352/02, *Schmidt c/ Allemagne*, Adde, F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2016, n° 580, p. 430.
- (9) Étant rappelé que la Cour entend la « loi » dans son acception matérielle et non formelle : outre les textes de nature législative, elle inclut aussi sous ce terme les dispositions infra-législatives, ainsi que la jurisprudence.
- (10) CEDH 24 avr. 1990, n° 11801/85, *Kruslin c/ France*, § 27-36, D. 1990. 353, note J. Pradel ; *ibid.* 187, chron. R. Koering-Joulin ; RFDA 1991. 101, chron. V. Berger, H. Labayle et F. Sudre ; RSC 1990. 615, obs. L.-E. Pettiti ; RTD civ. 1991. 292, obs. J. Hauser ; du même jour, n° 11105/84, *Huvig c/ France*, § 26-34, RFDA 1991. 101, chron. V. Berger, H. Labayle et F. Sudre ; RSC 1990. 615, obs. L.-E. Pettiti (à propos, dans les deux cas, d'écoutes téléphoniques).

Or, le fait est que, comme le pourvoi l'avait bien relevé, il n'existe, en droit français, « aucun texte » autorisant « les autorités publiques à contraindre » une personne soupçonnée de violences « à se soumettre à une prise de sang pour vérifier la présence [d'alcool ou] de produits stupéfiants dans son organisme ». Pour le dire d'une autre manière, il n'y a, dans notre droit interne, pas de disposition que l'on puisse identifier comme susceptible de constituer une base légale suffisante à la possibilité de pratiquer, en matière de violences, un prélèvement sanguin forcé. Cette dernière mesure ne peut donc pas être considérée comme « prévue par la loi » au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – ce que l'on propose de vérifier immédiatement <sup>11</sup>.

À ce titre, il faut tout d'abord écarter ceux des textes qui prévoient la possibilité de réaliser certains prélèvements ou vérifications biologiques qui ne consistent pas, concrètement, en la réalisation d'une prise de sang. Il convient donc d'exclure les articles 55-1, 76-2 et 154-1 du code de procédure pénale, qui permettent de procéder, dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction, à des « prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens tech-

niques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés » : ces prélèvements, en effet, ne peuvent impliquer « aucune intervention corporelle interne » et, partant, ne peuvent comporter « aucun procédé douloureux » ou « intrusif » <sup>12</sup> (ce qui ne saurait être le cas d'une prise de sang – qui, à défaut d'être un procédé douloureux, est au moins un procédé intrusif). De même, il semble qu'il convienne d'évincer le prélèvement biologique (destiné à permettre l'analyse d'identification d'une empreinte génétique et à alimenter le fichier national automatisé des empreintes génétiques) prévu à l'article 706-56 du code de procédure pénale, dans la mesure où ce prélèvement se réalise ordinairement par écouvillon buccal <sup>13</sup>.

Ensuite, il faut laisser de côté celles des dispositions légales qui, bien que prévoyant la faculté <sup>14</sup> de réaliser un prélèvement sanguin contre la volonté de l'intéressé, concernent cependant des situations précises, qui ne coïncident nullement avec celle ayant donné lieu à l'arrêt ici commenté, et poursuivent, au demeurant, une finalité sanitaire ou médicale plutôt que probatoire <sup>15</sup>. Exit, dès lors, les dispositions de l'article 706-47-2, alinéas 1 et 3, du code de procédure pénale, selon lesquelles, « à la demande

(11) De façon plus générale, v. C. Ambroise-Castérot, La personne soupçonnée ou condamnée face aux soins ou vérifications sur sa personne, RDSS 2008. 66, spéc. n° 4, 8 et 10.

(12) Cons. const. 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, § 55, D. 2004. 1273, obs. S. Nicot ; RSC 2003. 614, obs. V. Bück ; *ibid.* 616, obs. V. Bück ; F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *op. cit.*, n° 2308, p. 1537.

(13) F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *op. cit.*, n° 2308, p. 1537. Il n'est peut-être pas à exclure, cependant, que ce prélèvement biologique puisse parfois s'effectuer *via* une prise de sang, dans le cas où l'OPJ requiert une « personne habilitée » (C. pr. pén., art. 706-56, al. 2). Reste que cette prise de sang ne pourra pas être imposée à l'auteur présumé d'un délit de violences : en effet, les seules personnes pouvant être contraintes (sur réquisitions du parquet) à subir le prélèvement de l'article 706-56 sont celles condamnées pour crime ou déclarées coupables d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement, ou poursuivies pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement et ayant fait l'objet d'une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (C. pr. pén., art. 705-56, al. 5).

(14) Ceci, du reste, à titre d'exception, le principe étant qu'il faut « s'efforcer d'obtenir le consentement de l'intéressé » (mais si celui-ci refuse de se soumettre au dépistage, il encourt alors une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ; C. pr. pén., art. 706-47-2, al. 2 et 5 ; L. n° 2011-267 du 14 mars 2011, art. 121, al. 2 et 5).

(15) Comp., pour la possibilité reconnue aux agents des douanes de présenter « au président du tribunal judiciaire territorialement compétent ou au juge délégué par lui une demande d'autorisation », lorsqu'il existe « des indices sérieux [qui] laissent présumer qu'une personne transporte des produits stupéfiants dissimulés dans son organisme », et que cette personne a refusé de se soumettre « à des examens médicaux de dépistage », C. douanes, art. 60 *bis*. Mais (et outre que ce texte ne concerne pas les auteurs de violences), les « examens médicaux de dépistage », en ce cas, ne consistent certainement pas en une prise de sang.

de la victime ou lorsque son intérêt le justifie », et « sur instructions écrites du procureur de la République ou du juge d'instruction », il est possible d'effectuer une « prise de sang » « sans le consentement » de l'auteur présumé des faits, dès lors qu'il existe contre lui « des indices graves ou concordants d'avoir commis un viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle », ceci afin de déterminer s'il n'est « pas atteint d'une maladie sexuellement transmissible ». Et *exit*, également, l'article 121, alinéas 1 et 3, de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, qui prévoit une possibilité similaire à l'encontre de « toute personne ayant commis sur une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice de ses fonctions, des actes susceptibles d'entraîner sa contamination par une maladie virale grave ».

Il faut encore exclure celles des dispositions légales qui, bien que leur champ d'application soit susceptible d'inclure les faits de violences<sup>16</sup>, subordonnent la mise en œuvre du prélèvement sanguin au consentement de la personne concernée (quitte à faire de son refus une infraction pénale), et ne prévoient aucunement la possibilité, fût-ce à titre dérogatoire, qu'une prise de sang puisse être réalisée sous la contrainte. C'est ainsi qu'il faut écarter, en particulier, les articles L. 3354-1 et L. 3354-2 du code de la santé publique : le premier permet aux officiers ou agents de police judiciaire, « lors de la constatation d'un crime, d'un délit ou d'un accident de la circulation », de « faire procéder, sur la personne de l'auteur présumé », à

des « vérifications », soit par analyse de l'air expiré, soit par prise de sang<sup>17</sup>, « destinées à établir la preuve de la présence d'alcool dans son organisme, lorsqu'il semble que le crime, le délit ou l'accident a été commis ou causé sous l'empire d'un état alcoolique [...] » ; le second, quant à lui, dispose que « le refus de se soumettre aux vérifications prescrites par l'article L. 3354-1 est puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ». On le voit, ni l'un ni l'autre de ces textes ne prévoient la faculté de procéder à une prise de sang forcée. Or, « en l'absence d'exclusion expresse, le principe général de l'exigence du consentement à l'acte médical [...] s'applique donc en application du droit commun »<sup>18</sup> : l'obtention de l'assentiment de l'intéressé est, en conséquence, le seul et unique moyen de pratiquer un prélèvement sanguin sur le fondement de l'article L. 3354-1 du code de la santé publique.

Enfin, il faut écarter l'article 60 du code de procédure pénale, article que les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont pourtant estimé, dans la présente affaire, être un cadre juridique adapté à la réalisation, contre sa volonté, d'une prise de sang sur une personne soupçonnée d'avoir commis un délit de violences. Pour l'essentiel, cet article se borne à indiquer que « s'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques, l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de ce dernier, l'agent de police judiciaire a recours à toutes personnes qualifiées »<sup>19</sup>. Si l'on perçoit certes la logique à l'œuvre dans la décision des juges d'appel, consistant à soutenir que, l'article 60 étant applicable à l'enquête de flagrance<sup>20</sup>, et l'enquête

- (16) Ce qui évince, dès lors, les art. L. 234-1 s. et L. 235-1 s. C. route, relatifs aux vérifications susceptibles d'être effectuées en cas de conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique ou sous l'emprise de stupéfiants.  
 (17) V. le renvoi opéré par l'art. L. 3354-1 CSP à l'art. L. 234-1, I, C. route.  
 (18) P. Mistretta, L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal, RID pén. 2011/1-2, vol. 82, p. 19, spéc. n° 13. V. aussi J.-P. Vauthier et Ph. Collet, notes préc. ss l'arrêt ici commenté.  
 (19) V. aussi, en matière d'enquête préliminaire, C. pr. pén., art. 77-1 (auquel les remarques qui vont être faites à propos de l'art. 60 du même code sont transposables).  
 (20) D'où, d'ailleurs, le fait que les juges du fond aient relevé que les policiers étaient intervenus « au visa des articles 53 et 73 du code de procédure pénale » et aient employé l'expression d'« infraction flagrante de violences ».

de flagrance étant de nature coercitive, une prise de sang pouvait bien être effectuée, sur son fondement, contre le gré du mis en cause, il n'en demeure pas moins extrêmement délicat de considérer que cette disposition puisse s'entendre, au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'une base légale suffisante (et, tout particulièrement, suffisamment prévisible). Et pour cause : non seulement l'article 60 ne dit rien sur les circonstances et les conditions en vertu desquelles l'autorité publique pourrait effectuer une prise de sang sous la contrainte, ou sur les catégories de personnes qui seraient susceptibles de faire l'objet d'une telle mesure, mais, pire encore, il « ne prévoit pas expressément le recours aux prélèvements sanguins pour établir la preuve d'une infraction ou d'une de ses circonstances aggravantes »<sup>21</sup>.

Ceci posé, on est alors en droit de se demander si la chambre criminelle n'est pas en train de reproduire, avec l'article 60 du code de procédure pénale, le même schéma qu'avec l'article 81, alinéa 1<sup>er</sup>, du même code. La chose est bien connue, en effet, que, sur le fondement de cette disposition très générale, en vertu de laquelle « le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité », la chambre criminelle avait cru pouvoir trouver une base légale suffisante<sup>22</sup> à la mise en

œuvre de ces mesures d'investigation attentatoires à la vie privée que sont les interceptions de correspondances, les sonorisations, ou encore la géolocalisation<sup>23</sup>. Et la chose est tout aussi connue que, systématiquement, la Cour européenne y a vu, au contraire, une violation de l'article 8 de la Convention, estimant que le droit français n'indiquait pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré<sup>24</sup>. Partant, on peut donc formuler l'hypothèse que la Cour européenne pourrait bien réserver la même appréciation aux prélèvements sanguins forcés diligentés sur le fondement de l'article 60 du code de procédure pénale. Et ceci d'autant plus que, dans un récent arrêt *Dragan Petrović c/ Serbie*, la Cour européenne a jugé contraire aux exigences de l'article 8 de la Convention les dispositions de l'article 131 du code de procédure pénale serbe qui prévoyaient, à l'époque des faits, qu'un tribunal « peut ordonner le prélèvement d'un échantillon de sang ou la réalisation d'autres actes médicaux si cela était jugé nécessaire pour établir des faits d'importance dans le cadre d'une enquête pénale », et sur le fondement desquelles avait été effectué le prélèvement d'un échantillon de salive (non sans que le requérant ait donné son consentement à cet acte sous la menace d'un prélèvement de force – prélèvement forcé que n'organisait pourtant pas la législation serbe)<sup>25</sup>. D'un prélèvement salivaire à une prise de sang (celui-ci étant moins invasif

(21) J.-P. Vauthier, note préc. ss l'arrêt ici commenté.

(22) Quitte, parfois, à combiner cet article avec d'autres dispositions (art. 100 s., 151, 152) du code de procédure pénale.

(23) A quoi on peut ajouter que, en dernier lieu, la chambre criminelle a estimé que le juge d'instruction tire de l'article 81 du code de procédure pénale le pouvoir de faire procéder à une vidéo-surveillance sur la voie publique aux fins de rechercher des preuves des infractions dont il est saisi (Crim. 11 déc. 2018, n° 18-82.365, D. 2019. 15 ; *ibid.* 1568, chron. L. Ascensi, A.-L. Méano, C. Carbonaro et A.-S. de Lamarzelle ; AJ pénal 2019. 101, obs. P. de Combes de Nayves ; RSC 2019. 417, obs. F. Cordier ; 18 juin 2019, n° 18-86.421, D. 2019. 1341 ; *ibid.* 1568, chron. L. Ascensi, A.-L. Méano, C. Carbonaro et A.-S. de Lamarzelle). V. les obs. critiques de F. Cordier, RSC 2019. 417, spéc. 418-420.

(24) CEDH, *Kruslin c/ France* et *Huvig c/ France*, préc. (écoutes téléphoniques) ; CEDH 31 mai 2005, n° 59842/00, *Vetter c/ France* (sonorisation d'un appartement), D. 2005. 2575, note P. Hennion-Jacquet ; RSC 2006. 662, chron. F. Massias ; 20 déc. 2005, n° 71611/01, *Wisse c/ France* (sonorisation de parloirs), D. 2006. 764, note D. Roets ; AJ pénal 2006. 128, obs. J.-P. Céré ; RSC 2006. 423, obs. P. Poncela ; *ibid.* 662, chron. F. Massias ; *ibid.* 2007. 607, obs. J. Buisson ; 8 févr. 2018, n° 31446/12, *Ben Faiza c/ France*, (géolocalisation par l'apposition d'un récepteur GPS sur un véhicule), D. 2018. 352.

(25) CEDH, 14 avr. 2020, n° 75229/10, *Dragan Petrović c/ Serbie*, D. actu. 27 avr. 2020, obs. J. Pouget.

que celle-là), et de l'article 131 du code de procédure pénale serbe (qui évoquait tout de même la possibilité de prélever un échantillon sanguin ou de réaliser « d'autres actes médicaux »<sup>26</sup>) à l'article 60 du code de procédure pénale français (qui n'évoque jamais, de manière autrement plus vague, que la faculté de procéder à « des constatations ou à des exa-

mens techniques ou scientifiques »), la perspective d'une nouvelle condamnation de l'État français par la Cour européenne pour violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'en apparaît donc que plus probable...

P.-J. D.

## 2. Enregistrement, par des journalistes, des paroles ou de l'image d'une personne placée en garde à vue : quelques remarques de procédure pénale

(Crim. 21 avr. 2020, n° 19-81.507 ; D. actu. 4 juin 2020, obs. M. Recotillet ; D. 2020. 982 ; *ibid.* 1662, note A. Dejean de la Bâtie ; *ibid.* 1750, chron. G. Barbier, A.-S. de Lamarzelle, A.-L. Méano, M. Fouquet, E. Pichon, C. Carbonaro et L. Ascensi ; AJ pénal 2020. 297, obs. T. Besse ; Légipresse 2020. 272 et les obs. ; *ibid.* 357, étude E. Raschel Dr. pénal 2020. Comm. 130, note Ph. Conte ; Procédures 2020. Comm. 127, obs. A.-S. Chavent Leclère ; Gaz. Pal. 23 juin 2020. 24, note R. Mésa)

La gérante d'un hôtel est placée en garde à vue pour des faits de proxénétisme aggravé, mesure au cours de laquelle elle est filmée par des journalistes, dans le cadre d'un reportage consacré « aux réseaux de prostitution asiatiques dans le sud de Paris ». À la suite de la diffusion de ce reportage, et quand bien même ses auteurs « avaient pris soin d'anonymiser les lieux et les personnes », la mise en cause déclare « avoir été reconnue par des tiers, notamment par sa voix ». Elle dépose alors une plainte avec constitution de partie civile des chefs de « violation du secret professionnel et du secret de l'instruction ». Ultérieurement, « par une note », son avocat fait en outre valoir qu'il a été « porté atteinte à l'intimité de la vie privée » de sa cliente (C. pén., art. 226-1).

Le juge d'instruction rend cependant une ordonnance de non-lieu, que confirme

la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris. À l'argumentation de la gérante, qui soutient que le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée est constitué, les juges du fond répondent ainsi que « les images et paroles d'une personne interpellée par les services de police puis interrogée au cours de sa garde à vue ne relèvent pas de l'intimité de la vie privée » au sens de l'article 226-1 du code pénal, ajoutant qu'aucun élément du dossier n'indique par ailleurs que « les conditions de la garde à vue » de l'intéressée, laquelle « a nécessairement vu la caméra », lui ont ôté « la possibilité de faire valoir son opposition à l'enregistrement » réalisé. Mais la Cour de cassation censure la décision de la chambre de l'instruction. La cassation intervient au visa de l'article 226-1 du code pénal, dont la chambre criminelle commence par rappeler les termes : « ce texte incrimine le fait, au moyen d'un procédé quelconque,

(26) À noter que, depuis 2011, la législation serbe prévoit expressément la possibilité de procéder à des prélèvements par échantillon de salive, ainsi que la faculté d'autoriser des prélèvements d'échantillons ADN même en l'absence de consentement de la personne suspectée (J. Pouget, obs. préc.).

de porter volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui, en enregistrant des paroles prononcées à titre confidentiel sans le consentement de leur auteur, ou en fixant sans son consentement l'image d'une personne se trouvant en un lieu privé », étant noté que, « lorsque l'acte est accompli au vu et au su de la personne intéressée, son consentement est présumé si elle ne s'y est pas opposée, alors qu'elle était en mesure de le faire ». Après quoi la Cour de cassation oppose aux juges du fond que, « d'une part, l'enregistrement de la parole ou de l'image d'une personne placée en garde à vue est susceptible de constituer une atteinte à l'intimité de sa vie privée » et que, « d'autre part, une personne faisant l'objet d'une garde à vue n'est pas en mesure de s'opposer à cet enregistrement ». Si une telle solution intéresse avant tout le droit pénal spécial, elle appelle cependant également quelques remarques sous l'angle de la procédure pénale.

Dans cette perspective, c'est en premier lieu la problématique de la prescription du délit de l'article 226-1 du code pénal qui peut être évoquée. On le sait, lorsqu'une infraction est dite clandestine (ou, c'est égal, occulte) par nature, le point de départ du délai de prescription de l'action publique doit être reporté au jour « où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique » (C. pr. pén., art. 9-1, al. 2). Or, le fait est que la jurisprudence a pu, à diverses reprises, reconnaître un caractère clandestin au délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée<sup>(27)</sup>, en insistant sur « l'ignorance » qui fut celle de la vic-

time de ce que cette infraction avait été commise à son encontre<sup>(28)</sup>, en mettant en avant le procédé utilisé par l'auteur des faits (ex. : écoutes téléphoniques)<sup>(29)</sup>, ou encore en affirmant, de façon plus radicale, que « la clandestinité [est] un élément constitutif essentiel du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui »<sup>(30)</sup>. Mais il faut alors se demander, à la suite d'un auteur<sup>(31)</sup>, ce qu'il reste d'un tel caractère clandestin, lorsque, comme dans la situation d'espèce, l'enregistrement des paroles et de l'image de la victime est estimé « susceptible de constituer une atteinte à l'intimité de sa vie privée » alors même qu'il a été réalisé au vu et au su de l'intéressée. Peut-être, en conséquence, le présent arrêt pourrait-il être regardé comme une occasion de reconsidérer les choses, et, à ce titre, d'envisager de raisonner, à l'avenir, en distinguant les deux situations suivantes : pour le cas où le délit d'atteinte à la vie privée se commettrait au vu et au su de la personne (mais sans qu'elle ait été en mesure de s'y opposer), le point de départ du délai de prescription de l'action publique devrait être fixé au jour de cette commission<sup>(32)</sup> ; pour le cas, en revanche, où l'auteur des faits userait « délibérément » de « manœuvres » tendant à « empêcher la découverte » du délit (C. pr. pén., art. 9-1, al. 4), le point de départ du délai devrait, à raison de cette dissimulation, être reporté au jour de la découverte de l'infraction – la dissimulation se substituerait ainsi à la clandestinité, avec les mêmes effets sur la prescription de l'action publique, mais sans inférer que l'atteinte à l'intimité de la vie privée serait, par nature (donc de façon systématique ou invariable), une infraction occulte.

(27) Encore que les solutions concernées se rapportent toutes, plus précisément, au cas de l'enregistrement de paroles de la victime, de telle manière qu'elles ne seraient pas « forcément transposable[s] à l'atteinte commise par fixation de l'image d'une personne dans un lieu privé » (A. Lepage et H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, PUF, coll. Thémis droit, 2015, n° 523, p. 364).

(28) Crim. 8 juin 1999, n° 97-82.834.

(29) Crim. 30 sept. 2008, n° 07-82.249, Bull. crim. n° 197 ; AJDA 2008. 1801 ; D. 2008. 2975, note H. Matsopoulou ; *ibid.* 2009. 2238, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2008. 505, obs. G. Royer ; *ibid.* 511, obs. G. Royer ; RSC 2009. 92, obs. E. Fortis.

(30) Crim. 4 mars 1997, n° 96-84.773, Bull. crim. n° 83 ; D. 1997. 88 ; RSC 1997. 669, obs. J.-P. Dintilhac.

(31) Ph. Conte, obs. préc. ss l'arrêt ici commenté.

(32) Ou plutôt au lendemain de ce jour, Crim. 9 janv. 2018, n° 16-86.735, RSC 2018. 131, obs. P.-J. Delage.

Les précédents propos invitent par ailleurs à s'intéresser à l'affirmation de la chambre criminelle selon laquelle « une personne faisant l'objet d'une garde à vue n'est pas en mesure de s'opposer » à l'enregistrement de ses paroles ou de son image<sup>33</sup>. Pour tenter d'expliquer cette formule (et dans la mesure où la Cour de cassation n'a pas jugé utile de le faire elle-même), il a été suggéré de porter le regard sur « la coercition attachée à la garde à vue. La personne gardée à vue ne peut, en effet, quitter les locaux de police ou de gendarmerie pour s'opposer à l'enregistrement. Elle ne peut non plus intimier efficacement l'ordre au journaliste de cesser l'enregistrement étant donné qu'elle est privée de liberté, qu'elle est tenue à la disposition de l'officier de police judiciaire [...] alors que la mesure dont elle fait l'objet est placée sous le contrôle du procureur de la République »<sup>34</sup>. La suggestion est certainement bonne, d'autant plus si on la relie à la thèse qui est celle de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle toute personne privée de sa liberté à l'occasion d'une mesure de garde à vue est « en situation de vulnérabilité » et « dans un état d'infériorité »<sup>35</sup>, ceci parce qu'elle se trouve alors « entièrement aux mains des fonctionnaires de police »<sup>36</sup>. En somme, c'est donc dans la garde à vue elle-même, avec ce que cette mesure emporte d'ascendant des enquêteurs sur la personne mise en

cause<sup>37</sup> et, corrélativement, d'« état de plus grande fragilité »<sup>38</sup> de cette dernière, qu'il faudrait trouver la source de l'impossibilité qui est celle du suspect de s'opposer à l'enregistrement, par un tiers, de ses paroles ou de son image.

Enfin, et outre qu'il faut très certainement voir dans les locaux de garde à vue un « lieu privé » tel que l'évoque l'article 226-1, 2°, du code pénal<sup>39</sup>, il ne paraît pas contestable que les propos tenus par une personne lors d'une mesure de garde à vue le sont, à suivre le 1° de ce même article, « à titre confidentiel ». C'est qu'en effet, les déclarations faites par les personnes gardées à vue sont autant d'informations couvertes par le secret de l'enquête ou de l'instruction (C. pr. pén., art. 11). Il en résulte cette conséquence que les policiers ou gendarmes autorisant (de leur propre chef ou dans le prolongement d'un accord donné par le procureur de la République ou le juge d'instruction) des journalistes à assister à des mesures de garde à vue commettent, en leur qualité de personnes concourant à la procédure, le délit de violation du secret professionnel (C. pén., art. 226-13 ; v. aussi *infra*, les obs. ss Crim. 24 mars 2020). Ce faisant, on ne peut manquer de rapprocher cette situation de celle où des journalistes se trouvent présents sur le lieu d'une perquisition. Dans un arrêt remarqué du 10 janvier 2017, la

(33) À noter qu'un auteur a cependant pu juger cette affirmation « discutable », faisant valoir qu'il s'agit « non pas de savoir si l'intéressé a le pouvoir de s'opposer à la captation de son image ou de ses propos, mais de seulement déterminer s'il a manifesté son opposition » (Ph. Conte, obs. préc. ss l'arrêt ici commenté).

(34) R. Mésa, obs. préc. ss l'arrêt ici commenté.

(35) CEDH 27 août 1992, n° 12850/87, *Tomasi c/ France*, § 113 : « une personne privée de liberté » est « en état d'infériorité », AJDA 1993. 105, chron. J.-F. Flauss ; D. 1993. 383, obs. J.-F. Renucci ; RSC 1993. 33, obs. F. Sudre ; *ibid.* 142, obs. L.-E. Pettiti ; 27 juin 2000, n° 21986/93, *Salman c/ Turquie*, § 99 : « les personnes en garde à vue sont en situation de vulnérabilité et les autorités ont le devoir de les protéger », RFDA 2001. 1250, chron. H. Labayle et F. Sudre ; 1<sup>er</sup> avr. 2004, n° 59584/00, *Rivas c/ France*, § 38 : même formule que la précédente, AJ pénal 2004. 206, obs. J. Coste ; RSC 2005. 630, obs. F. Massias.

(36) CEDH 1<sup>er</sup> avr. 2004, *Rivas c/ France*, préc., § 38. V. déjà CEDH 1<sup>er</sup> mars 2001, n° 22493/93, *Berktaç c/ Turquie*, § 167, AJDA 2001. 1060, chron. J.-F. Flauss.

(37) Rapp. M. Recotillet, obs. préc. ss l'arrêt ici commenté : « la chambre criminelle admet indirectement la pression inhérente aux agents de la force publique qui sont le "symbole de la contrainte étatique" ».

(38) F. Cordier, obs. ss Crim. 10 janv. 2017, n° 16-84.740, RSC 2017. 334, spéc. 336.

(39) En ce sens, R. Mésa, obs. préc. ss l'arrêt ici commenté. Rapp. CEDH 17 juill. 2003, n° 63737/00, *Perry c/ Royaume-Uni* (enregistrement vidéo, par la police, du requérant dans une salle de garde à vue, afin d'utiliser ensuite son image à des fins d'identification), RSC 2004. 441, obs. F. Massias.

chambre criminelle a ainsi jugé que « constitue une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction<sup>40</sup> concomitante à l'accomplissement d'une perquisition, portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne<sup>41</sup>, l'exécution d'un tel acte par un juge d'instruction ou un officier de police judiciaire en présence d'un tiers qui, ayant obtenu d'une autorité publique une autorisation à cette fin, en capte le déroulement par le son ou l'image »<sup>42</sup>. Cette solution a été confirmée<sup>43</sup> par une décision du 9 janvier 2019, la Cour de cassation ayant au demeurant précisé, à cette occasion, que la simple présence d'un tiers étranger à la procédure était suffisante pour établir la violation du secret de l'enquête ou de l'instruction, quand bien même aucune captation ou aucun enregistrement de la per-

quisition n'aurait été réalisé(e)<sup>44</sup>. Or, de la présence d'un journaliste lors d'une perquisition à sa présence lors d'une mesure de garde à vue, l'on est en droit de se demander si, sur le terrain des exceptions de nullité, la solution ne devrait pas être la même, consistant à soutenir qu'il y a « nécessairement atteinte aux intérêts » de la personne concernée. On peut le penser<sup>45</sup>, à plus forte raison lorsque, à la violation du secret de l'enquête ou de l'instruction imputable à l'autorité publique, se superpose, comme dans l'arrêt ici commenté, une atteinte à l'intimité de la vie privée commise par des journalistes – de telle sorte que c'est alors de deux délits dont est victime, au cours de sa garde à vue, la personne mise en cause.

P.-J. D.

### 3. Secret de l'enquête et de l'instruction : un policier n'est pas investi du droit de communiquer sur une enquête en cours

(Crim. 24 mars 2020, n° 19-80.909, D. 2020. 877 ; *ibid.* 1643, obs. J. Pradel ; Légipresse 2020. 212 et les obs. ; *ibid.* 227, étude E. Dreyer ; D. actu. 11 mai 2020, obs. F. Charlent ; Dr. pénal 2020. Comm. 134, note Ph. Conte ; Procédures 2020. Comm. 125, note A.-S. Chavent-Leclère)

Si des voix s'élèvent régulièrement pour réclamer son allègement, voire sa sup-

pression pure et simple<sup>46</sup>, le secret de l'enquête et de l'instruction (C. pr. pén.,

- (40) Secret qui est notamment en cause parce que, en vertu des art. 56 et 76 C. pr. pén., seul l'officier de police judiciaire a le droit, lors d'une perquisition, de prendre connaissance des papiers, documents ou données trouvés sur place, avant de procéder à leur saisie, à peine de nullité de ces opérations.
- (41) Comp., antérieurement, exigeant du demandeur à la nullité qu'il prouve l'atteinte portée à ses intérêts, Crim. 19 juin 1995, n° 94-85.915, Bull. crim. n° 223 ; 25 janv. 1996, n° 95-85.560, Bull. crim. n° 51 ; D. 1996. 258, obs. J. Pradel.
- (42) Crim. 10 janv. 2017, n° 16-84.740, Bull. crim. n° 11 ; D. 2017. 113 ; *ibid.* 1676, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2017. 140, obs. J.-B. Thierry ; Légipresse 2017. 72 et les obs. ; *ibid.* 81, Étude E. Dreyer ; RSC 2017. 334, obs. F. Cordier.
- (43) Étant relevé qu'entre-temps le Conseil constitutionnel a pu juger nécessaire et proportionnée l'atteinte portée par l'article 11 du code de procédure pénale à la liberté d'expression et de communication (Cons. const. 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC, D. 2018. 462 ; *ibid.* 2019. 1248, obs. E. Debaets et N. Jacquinet ; Constitutions 2018. 188, Décision ; RSC 2018. 997, obs. B. de Lamy).
- (44) Crim. 9 janv. 2019, n° 17-84.026, Bull. crim. n° 8 ; D. 2019. 74 ; AJ pénal 2019. 144, note A. Dejean de la Bâtie ; Légipresse 2019. 90, obs. E. Derieux. Adde, R. Gauthier et D. Père, Les « Cop shows » : la liberté d'expression ne l'emporte pas sur le secret de l'enquête, Dr. pénal 2020. Entretien 1.
- (45) En ce sens, R. Mésa, obs. préc. ss l'arrêt ici commenté. Comp. F. Cordier, obs. préc. ss Crim. 10 janv. 2017, qui fait valoir que, au moins dans l'hypothèse où le suspect gardé à vue serait « conseillé par un avocat », et pourrait alors s'opposer à ce qu'un journaliste assiste à ses auditions, « il n'est pas certain » que la jurisprudence retiendrait la thèse du grief nécessaire.
- (46) Déjà à son époque, Garraud entendait ainsi que soit supprimé le secret de l'instruction, qu'il considérait être un secret de polichinelle. Plus récemment, v. B. Lavielle et P. Lemonnier, Polichinelle et son secret : pour en finir avec l'article 11 du code de procédure pénale, AJ pénal 2009. 153.

art. 11) demeure, pour l'heure, une réalité de droit positif. L'arrêt rendu par la chambre criminelle le 24 mars 2020 contribue opportunément à le rappeler, à l'attention, spécialement, des officiers de police judiciaire.

Quelques jours après l'interpellation d'un tagueur pour des faits de dégradation commis dans le réseau métropolitain, deux articles de presse étaient publiés, dans lesquels étaient relatées les circonstances de cette interpellation ainsi que rapportés les propos suivants, tenus par un commandant de police en charge de l'enquête : « Ce sont les plus gros tagueurs de ces dernières années [...]. En trois ans, on peut estimer que la remise en état des rames de métro qu'ils ont dégradées se monte à près de 600 000 euros. Un record ». « Ils opèrent en toute connaissance de cause avec un but : obtenir la plus grande notoriété possible en multipliant les signatures, si possible dans des sites difficiles d'accès ». « Nous savions qu'ils étaient très bien renseignés sur les dépôts de la RATP, ils connaissaient toutes les mesures de sécurité qu'il fallait respecter pour éviter tout accident. Nous voulions surtout les prendre en flagrant délit. C'était la seule façon pour nous de nous assurer qu'ils étaient les bons tagueurs ».

Une plainte avec constitution de partie civile était déposée, par le tagueur mis en cause, des chefs de violation du secret de l'enquête et de recel de ce délit. Mais une ordonnance de non-lieu était rendue<sup>47</sup> par le magistrat instructeur, que confirmait la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris : selon son analyse, les propos du policier ne comprenaient « aucune indication permettant d'identifier les personnes interpellées »,

ne contenaient « aucune révélation d'une information à caractère secret au sens des dispositions de l'article 226-13 du code pénal », et consistaient en de simples « commentaires », et non en des « informations couvertes par le secret de l'enquête et de l'instruction ». La chambre criminelle, cependant, n'a pas eu la même vision des choses. Statuant au visa des articles 11 du code de procédure pénale et 226-13 du code pénal, elle a rappelé que, « selon le premier de ces textes, toute personne qui concourt à la procédure d'enquête ou d'instruction est tenue au secret professionnel dans les conditions prévues aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal », puis que, « selon le second, constitue une violation du secret professionnel, la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, quelles que soient la portée et la valeur de celle-ci ». À la suite de quoi, la Cour de cassation a estimé que la chambre de l'instruction a eu tort de statuer comme elle l'a fait : dès lors que « seul le ministère public est investi du droit de communiquer sur une enquête en cours, dans les conditions restrictives énoncées par le troisième alinéa de l'article 11 du code de procédure pénale », il en résulte que « la communication de renseignements connus des seuls enquêteurs par un officier de police judiciaire à des journalistes est susceptible de constituer, le cas échéant, la violation du secret professionnel par une personne qui concourt à la procédure ». Cette solution appelle quatre observations :

1° La chose étant d'ores et déjà solidement acquise en jurisprudence<sup>48</sup> et en doctrine<sup>49</sup>, on ne s'étonnera pas

(47) Presque sept ans (le 16 août 2017) après le dépôt de la plainte avec constitution de partie civile (31 août 2010).

(48) Crim. 14 mars 1962, Bull. crim. n° 134 ; 22 nov. 1994, n° 93-85.009 ; 26 oct. 1995, n° 94-84.858, Bull. crim. n° 328 ; RSC 1996. 660, obs. R. Ottenhof ; 16 janv. 2001, n° 00-81.277 ; 20 juin 2006, n° 05-86.491 ; 5 nov. 2013, n° 11-85.984.

(49) V., p. ex. : R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, Cujas, 5<sup>e</sup> éd., 2001, n° 401, p. 470 ; S. Guinard et J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 11<sup>e</sup> éd., 2018, n° 1874, p. 1004 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 19<sup>e</sup> éd., 2017, n° 581, p. 533 ; F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2016, n° 1512, p. 1020 ; B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 27<sup>e</sup> éd., 2019, n° 820, p. 713.

que la chambre criminelle confirme ici que, à l'instar du juge d'instruction, des membres de la chambre de l'instruction, du procureur de la République, des greffiers ou encore des experts, les officiers de police judiciaire comptent au nombre des personnes qui « concourent » à la procédure d'enquête ou d'instruction au sens de l'article 11 du code de procédure pénale, et, en cela, ont donc une « obligation au secret »<sup>50</sup>.

2° Peut-être la chambre de l'instruction, dans ses motifs, avait-elle été influencée par un arrêt de la chambre criminelle du 14 novembre 2013 (n° 12-87.813) qui avait rejeté le pourvoi dirigé contre une décision qui, pour écarter toute violation du secret de l'enquête et de l'instruction, avait notamment argué de ce qu'il ressortait du dossier de procédure « que les informations directement données par les gendarmes » portaient « sur des indications générales et objectives sur le mode et l'ampleur » d'une escroquerie sur laquelle ils avaient été amenés à enquêter et qu'« en aucun cas le nom des personnes, pour lesquelles il est fait état d'une garde à vue » n'avait été « mentionné directement dans les communiqués de la gendarmerie ». Mais cette position de la chambre criminelle pouvait ne pas convaincre<sup>51</sup>. Car, en fait de mise à mal du secret de l'enquête ou

de l'instruction, la question est moins de savoir si des éléments d'identité ou d'identification des personnes mises en cause ont été divulgués, ou si des renseignements autres qu'objectifs et généraux ont été communiqués, que de déterminer, de façon plus élémentaire, si des informations parvenues aux enquêteurs dans l'exercice de leur fonction, et connues uniquement d'eux<sup>52</sup>, ont été révélées<sup>53</sup>. C'est d'ailleurs à cette dernière analyse que se range, avec raison, la chambre criminelle dans l'arrêt ici commenté, qui juge qu'il y a violation du secret professionnel dès lors qu'intervient « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire » « par état ou par profession », et ce, « quelles que soient la portée et la valeur »<sup>54</sup> de cette information. Ce qui lui permet à la suite d'indiquer, à destination de la cour de renvoi, que « la communication de renseignements connus des seuls enquêteurs par un officier de police judiciaire » « est susceptible », en elle-même, « de constituer, le cas échéant, la violation du secret professionnel par une personne qui concourt à la procédure ».

3° Il est vrai cependant que certains éléments confidentiels tirés de la procédure d'enquête ou d'instruction peuvent, à la faveur de « fenêtres de communication »<sup>55</sup>, être révélés. L'article 11 du code

(50) R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 401, p. 470.

(51) En ce sens, D. Inchauspé et al., Art. 11 – Fasc. 20 : Secret de l'instruction, J.-Cl. Proc. pén., mars 2018, n° 19. Il est vrai que, dans cette affaire, les juges du fond avaient aussi relevé que la « communication » des gendarmes avait « porté sur des éléments déjà connus du dossier, pour les replacer dans leur contexte et signaler l'action des services enquêteurs ». Mais la formule était peut-être un peu légère pour dissiper tout doute quant à l'absence de révélation d'éléments couverts par le secret de l'enquête ou de l'instruction. Du reste, la jurisprudence estime que « la révélation peut porter sur des faits susceptibles d'être connus ou déjà connus par ailleurs » : elle consiste alors « à confirmer » ce qui n'était que rumeur et à la transformer en « fait avéré et certain », ou encore à divulguer des précisions supplémentaires que le dépositaire du secret était seul à connaître (autrement dit, à parfaire certains éléments déjà connus du public), M. Véron, *Droit pénal spécial*, Sirey, coll. Université, 17<sup>e</sup> éd., 2019, n° 376, p. 253 ; Crim. 7 mars 1989, n° 87-90.500, Bull. crim. n° 109.

(52) Et des autres personnes concourant à la procédure (procureur de la République, juge d'instruction...). V., rappelant que le secret de l'enquête et de l'instruction est souvent un « secret d'équipe », R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 401, p. 470, note 3.

(53) H. Matsopoulou, Le secret de l'enquête et de l'instruction, JCP n° 47/hors-série, 19 nov. 2012, § 4 ; F. Charlent, obs. ss l'arrêt ici commenté ; A.-S. Chavent-Leclère, note ss l'arrêt ici commenté. V. aussi Crim. 26 oct. 1995, préc. : « les fonctionnaires de police sont tenus au secret professionnel en ce qui concerne les informations parvenues à leur connaissance dans l'exercice de leur profession, et auxquelles la loi a conféré un caractère confidentiel dans un intérêt général et d'ordre public ».

(54) Cette dernière formule avait déjà été employée par Crim. 9 déc. 2015, n° 14-86.833 ; Dr. pénal 2016. Comm. 60, obs. Ph. Conte (violation du secret professionnel par un inspecteur principal des impôts).

(55) J. Pradel, *op. cit.*, n° 586, p. 537. Il y a aussi, on le sait, des « fenêtres de publicité » (v. art. 145, al. 6, 145-1, al. 2, et 145-2, al. 1, C. pr. pén. : publicité du débat contradictoire précédant la décision du JLD sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de cette mesure ; art. 199 C. pr. pén. : possibilité que les débats devant la chambre d'instruction se déroulent en public).

de procédure pénale prévoit ainsi, dans son alinéa 3, qu'« afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure » (à la condition que ces éléments ne comportent « aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause »)<sup>56</sup>. Mais, dans le même temps, ces dispositions ne font que rendre plus tangible, dans la présente espèce, l'hypothèse d'une violation du secret de l'enquête. Et pour cause : comme le relève la chambre criminelle, « seul le ministère public est investi », aux termes du troisième alinéa de l'article 11 du code de procédure pénale, « du droit de communiquer sur une enquête en cours » ; les officiers de police judiciaire, eux, ne se sont pas légalement vu reconnaître cette prérogative<sup>57</sup>, et s'exposent donc aux sanctions de l'article 226-13 du code pénal lorsqu'ils révèlent des informations couvertes par le secret de l'enquête ou de l'instruction (comp., à nouveau, Crim. 14 nov. 2013, préc., concernant des gendarmes ayant rédigé un communiqué

sur le site officiel de la gendarmerie, puis donné des interviews à des journalistes).

4° À supposer que l'on tienne, dans la présente affaire, la violation du secret de l'enquête pour avérée<sup>58</sup>, aucune nullité ne saurait toutefois en être tirée dans le cadre de la procédure suivie contre le tagueur du chef de dégradation<sup>59</sup> : le prononcé de la nullité n'est, en effet, possible que dans le cas où la violation du secret de l'enquête ou de l'instruction est concomitante à l'accomplissement de l'acte de procédure<sup>60</sup> (v. déjà *supra*, les obs. ss Crim. 21 avr. 2020) ; il est au contraire exclu lorsque, comme en l'espèce, la violation est postérieure<sup>61</sup> (les déclarations du policier faites à la presse sont intervenues après l'interpellation du mis en cause), solution que l'on explique par le fait que « la divulgation d'un acte régulièrement fait ne peut avoir pour conséquence d'en altérer la validité. L'acte existe, il a été entrepris dans les formes. Sa révélation postérieure et frauduleuse ne doit pas conduire à son annulation, même si elle est passible de poursuites pénales »<sup>62</sup>.

P.-J. D.

- (56) De façon générale, v. J. Dallest, Le parquet et la communication ou les exigences de la modernité, AJ pénal 2018. 298 ; *ibid.* 352.
- (57) À signaler qu'un rapport parlementaire (AN, n° 2540, 20 déc. 2019) a, assez récemment, suggéré « d'autoriser les services de police et de gendarmerie à communiquer sur les enquêtes de flagrance ou préliminaires en cours, sur autorisation et sous le contrôle du procureur de la République » (v. JCP 2020. 126).
- (58) Ce qui pourrait, à la suite, exposer les journalistes auxquels les informations couvertes par le secret avaient été révélées à une condamnation pour recel de violation du secret de l'enquête ou de l'instruction : Crim. 13 mai 1991, n° 90-83.520, Bull. crim. n° 200 ; D. 1993. 17, obs. G. Azibert ; RSC 1992. 312, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; 19 juin 2001, n° 99-85.188, Bull. crim. n° 149 ; D. 2001. 2538, note B. Beignier et B. de Lamy ; *ibid.* 2002. 1463, obs. J. Pradel ; RSC 2002. 96, obs. B. Bouloc ; *ibid.* 119, obs. J. Francillon ; *ibid.* 592, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; RTD com. 2002. 178, obs. B. Bouloc ; 25 oct. 2005, n° 05-81.457, Bull. crim. n° 268 ; D. 2005. 3037 ; RTD com. 2006. 496, obs. B. Bouloc ; 12 juin 2007, n° 06-87.361, Bull. crim. n° 157 ; D. 2009. 123, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail ; AJ pénal 2007. 439, obs. G. Royer ; RSC 2008. 95, obs. J. Francillon ; RTD com. 2008. 197, obs. B. Bouloc ; 9 juin 2015, n° 14-80.713, Bull. crim. n° 142 ; D. 2015. 1322 ; AJ pénal 2016. 85, et les obs. ; Légipresse 2015. 396 et les obs.. Mais on sait, par ailleurs, que la CEDH veille à ce qu'une condamnation pénale prononcée à l'encontre de journalistes pour recel de violation du secret de l'enquête ou de l'instruction n'apparaisse pas disproportionnée au regard du droit à la liberté d'expression et sa protection (p. ex. : CEDH 7 juin 2007, n° 1914/02, *Dupuis c/ France*, AJDA 2007. 1918, chron. J.-F. Flauss ; D. 2007. 2506, note J.-P. Marguénaud ; RSC 2007. 563, note J. Francillon).
- (59) À supposer, du reste, que cette procédure ne soit pas déjà définitive : on ne saurait, en effet, exclure la possibilité que la justice pénale aura été beaucoup plus prompte à juger le tagueur qu'à se prononcer sur la violation alléguée du secret de l'enquête...
- (60) Crim. 10 janv. 2017, n° 16-84.740, Bull. crim. n° 11 ; D. 2017. 113 ; *ibid.* 1676, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2017. 140, obs. J.-B. Thierry ; Légipresse 2017. 72 et les obs. ; *ibid.* 81, Étude E. Dreyer ; RSC 2017. 334, obs. F. Cordier ; 9 janv. 2019, n° 17-84.026, Bull. crim. n° 8 ; D. 2019. 74 ; AJ pénal 2019. 144, note A. Dejean de la Bâtie ; Légipresse 2019. 90, obs. E. Derieux.
- (61) Crim. 23 mai 2001, n° 01-81.567 : « la violation éventuelle du secret de l'instruction, postérieure à l'accomplissement d'un acte, n'est pas sanctionnée par la nullité ».
- (62) F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *op. cit.*, n° 1519, p. 1025 (citant H. Larosière de Champfeu).

## 4. Procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : le mis en examen qui comparaît devant la chambre de l'instruction a le droit de se taire

[Crim. 8 juill. 2020, n° 19-85.954 ; D. 2020. 1463 ; AJ pénal 2020. 414, obs. J.-B. Thierry]

Si l'on cherche à faire le point sur celles des dispositions du code de procédure pénale qui consacrent le droit de se taire, on constate que celui-ci est reconnu<sup>63</sup> : au suspect faisant l'objet d'une audition libre (art. 61-1) ou placé en garde à vue (art. 63-1) ; à la personne déférée, à l'issue de cette dernière mesure, devant le procureur de la République (art. 393) ; au mis en examen (art. 116) ou au témoin assisté (art. 113-4), lorsqu'ils sont, respectivement, interrogés ou auditionnés par le juge d'instruction ; à l'accusé traduit devant la cour d'assises (art. 328) ; et au prévenu comparaissant devant le tribunal correctionnel<sup>64</sup> (art. 406), le tribunal de police (art. 535) ou la chambre des appels correctionnels<sup>65</sup> (art. 512). Cette énumération révèle donc un vide : aucune disposition du code de procédure pénale n'affirme l'existence d'un droit de garder le silence devant la chambre de l'instruction (v., en particulier, l'art. 199, relatif aux débats devant cette juridiction).

Cela ne signifie pourtant pas que le droit de se taire n'a jamais sa place devant la chambre de l'instruction. C'est

qu'en effet, l'étude des décisions rendues, au cours des dernières années, par la chambre criminelle de la Cour de cassation laisse nettement apparaître un critère, consistant à distinguer selon que l'audience devant la chambre de l'instruction a, ou non, pour objet d'apprécier les charges pesant sur la personne comparante. Dans la négative, toute reconnaissance à l'intéressé d'un droit de se taire est alors exclue : il en va ainsi en matière d'extradition, où « la comparution de la personne réclamée devant [la chambre de l'instruction] n'a pas pour objet l'examen du bien-fondé des poursuites exercées contre elle »<sup>66</sup> ; il en va ainsi, également, s'agissant de la procédure de mandat d'arrêt européen, dès lors que « l'audition, devant la chambre de l'instruction, de la personne recherchée ne vise qu'à constater son identité, à recevoir ses observations sur la procédure dont elle fait l'objet, et à lui permettre de consentir ou non à sa remise, et non à la soumettre à un interrogatoire sur les faits objet du mandat »<sup>67</sup> ; il en va ainsi, encore, en cas d'appel devant la chambre de l'instruction d'une ordonnance du juge

- (63) À la liste à suivre, on pourrait encore ajouter les dispositions des art. 141-4 et 709-1-1 C. pr. pén. (rétention dans un local de police ou de gendarmerie de la personne soupçonnée d'avoir manqué à certaines obligations de son contrôle judiciaire ou de ne pas avoir respecté les obligations qui lui incombent en application de sa condamnation). *Adde*, art. 803-6 C. pr. pén., disposant que « toute personne suspectée ou poursuivie soumise à une mesure privative de liberté en application d'une disposition du présent code se voit remettre, lors de la notification de cette mesure, un document énonçant » notamment le droit qui est le sien, « lors des auditions ou interrogatoires, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ». Pour la retenue douanière, v. C. douanes, art. 323-6.
- (64) À noter que la chambre criminelle juge que « l'article 406 du code de procédure pénale, qui prescrit au président d'informer le prévenu comparant de son droit de se taire [...], n'impose pas le renouvellement de cette information en cas de renvoi de l'affaire en continuation à une audience ultérieure » (Crim. 25 mai 2016, n° 15-84.310).
- (65) V. Crim. 16 oct. 2019, n° 18-86.614, D. 2019. 1996 ; *ibid.* 2020. 567, obs. C. Carbonaro ; AJ pénal 2019. 616, obs. C.-A. Vaz-Fernandez, précisant que l'information faite au prévenu de ce qu'il a le droit de se taire doit intervenir avant que son avocat ait soutenu une demande de nullité.
- (66) Crim. 4 mars 2015, n° 14-87.380, Bull. crim. n° 46 ; D. 2015. 629 ; RTD eur. 2016. 374-31, obs. B. Thellier de Poncheville. V. déjà Crim. 21 janv. 2015, n° 14-87.377.
- (67) Crim. 6 janv. 2015, n° 14-87.893, Bull. crim. n° 11 ; RTD eur. 2016. 374-31, obs. B. Thellier de Poncheville ; *ibid.* 374-31, obs. B. Thellier de Poncheville.

d'instruction ayant statué sur la restitution d'objets placés sous main de justice, « l'audition du mis en examen ayant pour objet, non pas d'apprécier la nature des indices pesant sur lui, [...] mais de déterminer si les conditions permettant de faire droit à la demande de restitution [...] sont caractérisées »<sup>68</sup> ; et il en va ainsi, enfin, en ce qui concerne la détention provisoire, l'audition de la personne mise en examen devant la chambre de l'instruction ayant « pour objet non pas d'apprécier la nature des indices pesant sur elle, cette appréciation ayant déjà eu lieu à l'occasion de la mise en examen, après que le juge d'instruction l'eut expressément informée du droit de garder le silence, mais d'examiner la nécessité d'un placement ou d'un maintien en détention au regard des conditions particulières posées par les articles 144 et suivants du code de procédure pénale, dont aucune ne suppose une appréciation des éléments à charge »<sup>69</sup>. En revanche, lorsqu'il apparaît que l'audience devant la chambre de l'instruction a pour objet d'apprécier les charges pesant sur la personne mise en examen, la reconnaissance de son droit de se taire (et, partant, la notification de ce droit dès l'ouverture des débats) s'impose. En témoigne spécialement un arrêt du 14 mai 2019<sup>70</sup>, à l'occasion duquel la chambre criminelle a jugé, au visa de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « que la personne qui comparaît devant la

chambre de l'instruction, saisie de l'appel formé contre l'ordonnance du juge d'instruction la renvoyant devant une cour d'assises, doit être informée de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ». La solution est à approuver, dans la mesure où il ne fait pas de doute que, dans un tel cas de figure, le mis en examen doit bien « se défendre face à une accusation »<sup>71</sup>. Il est donc légitime que, en puisant dans les ressources de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article dont on rappellera que la Cour européenne estime que, même s'il ne le mentionne pas expressément, il consacre au profit de toute personne « accusée d'une infraction » un droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination<sup>72</sup>), la chambre criminelle se soit autorisée à reconnaître à la personne comparante un droit de se taire en une occurrence où le législateur n'avait pourtant pas jugé opportun (ou avait omis<sup>73</sup>) de le prévoir.

Dans ces circonstances, la question pouvait alors sérieusement se poser de savoir si la personne mise en examen<sup>74</sup> et comparant devant la chambre de l'instruction dans le cadre d'une procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ne devait pas, à son tour, se voir reconnaître le droit, lors des débats devant cette juridiction, de garder le silence.

(68) Crim. 19 déc. 2018, n° 18-84.303, Bull. crim. n° 219.

(69) Crim. 1<sup>er</sup> avr. 2015, n° 15-80.101. V. aussi Crim. 24 août 2016, n° 16-83.717 ; 8 févr. 2017, n° 16-87.065 ; 7 août 2019, n° 19-83.508. Rapp., Crim. 6 sept. 2016, n° 16-83.907 (pour le cas où la juridiction correctionnelle est saisie d'une demande de mise en liberté). On peut toutefois ne pas être convaincu par l'affirmation selon laquelle une décision sur la détention provisoire serait exclusive de toute prise en considération des charges pesant sur le mis en examen (v., pour quelques éléments, sous l'angle du principe d'impartialité, nos obs. in RSC 2018. 721). V. aussi Crim. 14 oct. 2020, n° 20-82.691.

(70) Crim. 14 mai 2019, n° 19-81.408, D. 2019. 1050 ; AJ pénal 2019. 390, obs. D. Miranda.

(71) C. Porteron, obs. ss Crim. 8 juill. 2015, AJ pénal 2015. 555.

(72) CEDH 25 févr. 1993, n° 10588/83, *Funke c/ France*, § 44, Rev. UE 2015. 353, étude M. Mezaguer ; 17 déc. 1996, n° 19187/91, *Saunders c/ Royaume-Uni*, § 68, RSC 1997. 476, obs. R. Koering-Joulin ; Rev. UE 2015. 353, étude M. Mezaguer.

(73) Ce qui pourrait être la piste la plus probable. V., p. ex., C. Untermaier, Rapport, AN, n° 1895, 29 avr. 2014, p. 19-20, 50 s., 80 et 86 (où le cas de la chambre de l'instruction n'est jamais évoqué).

(74) Pour rappel, les juridictions d'instruction ne peuvent prononcer une décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental qu'à l'égard d'une personne mise en examen – et pas, dès lors, à l'égard d'un témoin assisté, Crim. 3 mars 2010, n° 09-86.405, Bull. crim. n° 46 ; D. 2010. 1287, et les obs. ; *ibid.* 2732, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail ; AJ pénal 2010. 348, obs. L. Ascensi ; RSC 2011. 149, obs. J. Danet.

Certes, dans un arrêt du 29 novembre 2017, la chambre criminelle avait décidé qu'« il ne saurait être fait grief au président de la chambre de l'instruction d'avoir méconnu l'article 406 du code de procédure pénale en n'informant pas le mis en examen de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire, dès lors que cette disposition ne s'applique pas devant la chambre de l'instruction statuant dans le cadre de la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental »<sup>75</sup>. Reste qu'une telle décision n'était pas forcément à approuver. Car le fait est que, lorsqu'elle est saisie dans le cadre de la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental [ce qui renvoie, concrètement, à deux hypothèses : soit le juge d'instruction a rendu une ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, dont il a été fait appel devant la chambre de l'instruction ; soit le juge d'instruction a ordonné, d'office ou à la demande du parquet ou de l'une des parties, par le biais d'une ordonnance dite de transmission de pièces, que le dossier de la procédure soit transmis par le procureur de la République au procureur général aux fins de saisine de la chambre de l'instruction<sup>76</sup>], la chambre de l'instruction « doit nécessairement statuer sur l'existence de charges suffisantes contre la personne mise en examen d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés, avant de se prononcer sur la responsabilité pénale de son auteur atteint de troubles psychiatriques »<sup>77</sup>. Le code de procédure pénale l'indique d'ailleurs lui-même :

dans son article 706-122, par exemple, qui dispose que, après avoir procédé à l'interrogatoire de la personne mise en examen (à tout le moins, lorsque son état lui permet d'être présente) et entendu les experts qui ont examiné celle-ci, la chambre de l'instruction peut également, « sur décision de son président », « entendre au cours des débats [...] les témoins cités par les parties ou le ministère public si leur audition est nécessaire pour établir s'il existe des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés et déterminer si le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal est applicable » ; ou encore dans son article 706-125 qui précise que, lorsque la chambre de l'instruction « rend un arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », il lui revient notamment de déclarer « qu'il existe des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés » [ce qui implique donc qu'en amont l'audience ait eu pour objet<sup>78</sup> d'apprécier l'existence des charges en question ; dans le même ordre d'idées, v. C. pr. pén., art. 706-124 : « si elle estime qu'il existe des charges suffisantes contre la personne mise en examen d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés et que le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal n'est pas applicable, la chambre de l'instruction ordonne le renvoi de la personne devant la juridiction de jugement compétente »]<sup>79</sup>.

C'est donc à juste titre que, dans l'arrêt ici commenté, la chambre criminelle a opéré un revirement de jurisprudence. Dans cette affaire, une chambre de l'ins-

(75) Crim. 29 nov. 2017, n° 16-85.490, Bull. crim. n° 271 ; D. 2017. 2479 ; AJ pénal 2018. 87, obs. J.-B. Thierry.

(76) C. pr. pén., art. 706-122, renvoyant à l'art. 706-120 du même code (v. aussi, mentionnant l'ordonnance de transmission de pièces, art. 706-121, et, faisant expressément état de la faculté d'appel contre une ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, art. 706-128).

(77) D. Miranda, obs. préc. ss Crim. 14 mai 2019.

(78) Certes pas unique, car il revient également à la chambre de l'instruction d'apprécier si, au moment des faits, la personne était atteinte d'un trouble mental ayant aboli son discernement.

(79) V. aussi S. Detraz, La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, RSC 2008. 873, spéc. 877-878. Adde, décrivant l'audience devant la chambre de l'instruction comme « une sorte d'ersatz d'audience de jugement », F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2016, n° 1976-9, p. 1314.

truction, saisie à la suite d'une ordonnance de transmission de pièces rendue par un juge d'instruction, avait estimé qu'il existait, contre le mis en examen (dont deux collègues d'experts psychiatres avaient conclu, auparavant, à l'abolition du discernement au moment de l'action), des charges suffisantes d'avoir donné la mort à l'un de ses proches, et d'avoir gravement blessé un autre. Or, si le mis en examen avait bien été présent à l'audience et avait eu la parole en dernier, aucune pièce de la procédure ne faisait état de ce que le président de la chambre de l'instruction avait procédé à son interrogatoire et l'avait informé de son droit de se taire. La cassation est alors prononcée au visa des articles 706-122, alinéa 3, et 442 du code de procédure pénale, ainsi que de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. À ce titre, la chambre criminelle commence par affirmer que, « selon les deux premiers de ces textes, lorsque la chambre de l'instruction est saisie d'un recours contre une ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental <sup>80</sup>, le président procède à l'interrogatoire de la personne mise en examen, si elle est présente, et reçoit ses déclarations ». Puis elle indique que « l'interrogatoire de la personne mise en examen », qui « a pour objet, notamment, d'apprécier la nature des charges pesant sur elle » (le critère évoqué plus haut est donc clairement mis en avant) constitue, « dans le cadre de cette procédure », « une obligation substantielle » (il faut probablement comprendre : une obligation constituant une formalité substantielle dont l'accomplissement doit être expressément constaté), l'arrêt

de la chambre de l'instruction devant, en conséquence, « porter mention qu'il a été procédé, le cas échéant, conformément à la loi, à cet interrogatoire ». À quoi la chambre criminelle ajoute encore « qu'il se déduit » par ailleurs de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « que la personne qui comparaît devant la chambre de l'instruction, saisie d'une ordonnance de transmission de pièces pour cause de trouble mental <sup>81</sup>, doit être informée de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ». Et d'en conclure que, « en omettant d'informer la personne mise en examen, dès l'ouverture des débats, de son droit de garder le silence, la méconnaissance de cette obligation lui portant nécessairement grief, la chambre de l'instruction a violé le principe conventionnel susvisé ».

Comme la personne qui comparaît devant la chambre de l'instruction, saisie de l'appel formé contre l'ordonnance du juge d'instruction la renvoyant devant une cour d'assises, le mis en examen qui comparaît devant cette même juridiction dans le cadre de la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental doit donc, en application de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, voir porter à sa connaissance, dès l'ouverture des débats, le droit qui est le sien de garder le silence – ceci parce que, dans un cas comme dans l'autre, la chambre de l'instruction, lors des débats, va nécessairement être ame-

(80) L'affirmation est curieuse, car, comme indiqué, la chambre de l'instruction avait été saisie après que le juge d'instruction eut rendu une ordonnance de transmission de pièces. Cela ne semble cependant pas porter à conséquence, dans la mesure où l'article 706-122, qui vise la chambre criminelle, concerne précisément le cas où la chambre d'instruction est saisie après reddition d'une ordonnance de transmission de pièces, de sorte que ce qui est dit à propos de l'appel formé contre une ordonnance de déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental paraît tout à fait transposable à cette autre situation.

(81) Ce qui est bien, cette fois-ci, la situation qui avait donné lieu à la saisine de la chambre de l'instruction.

née à apprécier les charges pesant sur l'intéressé. On relèvera simplement, pour terminer<sup>82</sup>, que, comme dans son arrêt du 14 mai 2019 (qui lui-même, sur ce point, faisait déjà écho à une décision du 8 juillet 2015, relative à l'absence de notification du droit de se taire au prévenu comparaissant devant le tribunal correctionnel<sup>83</sup>), la chambre criminelle considère que le fait de ne pas notifier au mis en

examen son droit de garder le silence lui porte « nécessairement grief ». Le mis en cause se trouve ainsi dispensé de faire la démonstration d'une atteinte à ses intérêts, la décision juridictionnelle se trouvant exposée à la censure par le seul constat de ce que l'intéressé n'a pas été informé qu'il avait le droit de se taire<sup>84</sup>.

P.-J. D.

## 5. La détention provisoire face aux urgences sanitaires

[Crim. 26 mai 2020, n° 20-91.971 et 20-81.910, D. 2020. 1274, note J.-B. Perrier ; *ibid.* 1274 ; *ibid.* 1274 ; *ibid.* 1643, obs. J. Pradel ; AJ fam. 2020. 498, obs. Léa Mary ; AJ pénal 2020. 346, étude E. Raschel ; Crim. 8 juill. 2020, n° 20-81.731]

Ces derniers mois, la détention provisoire, dont il faut rappeler qu'elle concerne un tiers environ des personnes détenues<sup>85</sup>, a été bousculée en France par deux urgences sanitaires.

**La première urgence**, exogène et inattendue, est celle liée à l'épidémie de covid-19 entraînant des méandres juridiques d'une telle complexité et d'une

telle technicité que l'on peut se demander s'il est opportun de passer du temps à les comprendre alors qu'ils ont disparu avec les dispositifs liés à l'état d'urgence sanitaire qui a pris fin le 10 juillet 2020<sup>86</sup>. Et pourtant, les questionnements juridiques nés à l'occasion de ces dispositifs temporaires livrent une formidable leçon sur le contrôle de la loi par le juge pénal, qui plus est en

- (82) Il faut aussi signaler que l'arrêt ici commenté, au visa des art. 706-122, al. 4, et 168 C. pr. pén., a jugé qu'« il résulte de ces articles que, lorsque la chambre de l'instruction est saisie d'un recours contre une ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, les experts ayant examiné la personne mise en examen doivent être entendus par la chambre de l'instruction. Ils exposent à l'audience, s'il y a lieu, le résultat des opérations techniques auxquelles ils ont procédé, après avoir prêté serment d'apporter leur concours à la justice en leur honneur et en leur conscience ». Or, l'arrêt de la chambre de l'instruction mentionnait « seulement qu'un avis a été adressé, le 21 mai 2019, par courriel, aux experts, par le procureur général, les informant que l'affaire serait examinée par la chambre de l'instruction à l'audience du 17 juin 2019 à 11 heures ». La cassation a donc été à nouveau prononcée, la chambre criminelle n'ayant pas été « en mesure de s'assurer que l'un des experts au moins a été entendu » (rapp. Crim. 29 nov. 2017, préc., précisant que, en cas de mission commune, chacun des experts désignés a qualité pour exposer seul à l'audience le résultat de l'ensemble des opérations techniques qui ont été réalisées).
- (83) Crim. 8 juill. 2015, n° 14-85.699, Bull. crim. n° 178 ; D. 2015. 1600 ; AJ pénal 2015. 555, obs. C. Porteron. V. aussi, parmi d'autres : Crim. 16 nov. 2016, n° 15-81.488 ; 21 févr. 2017, n° 15-86.661 ; 16 oct. 2019, préc.
- (84) Rapp., en matière de nullité de la garde à vue, Crim. 10 sept. 2014, n° 13-82.507, Bull. crim. n° 185 ; D. 2014. 1881 ; AJ pénal 2015. 99, obs. J. Lasserre Capdeville ; Rev. sociétés 2015. 327, note B. Bouloc ; RTD com. 2014. 882, obs. B. Bouloc.
- (85) Au 1<sup>er</sup> juillet 2020, sur 58 695 personnes détenues, 19 951 étaient des prévenus et 38 744 des condamnés ([http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/stat\\_etab\\_juillet\\_2020\\_TRIM.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_etab_juillet_2020_TRIM.pdf)).
- (86) Prévu pour s'appliquer dans un premier temps « pour une durée de deux mois à compter de l'entrée en vigueur » de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (art. 4), l'état d'urgence sanitaire a été « prorogé jusqu'au 10 juill. 2020 inclus » par la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions. Il faut toutefois noter que la loi n° 2020-856 du 9 juill. 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire autorise, entre le 11 juillet 2020 et le 30 octobre 2020 inclus, le Premier ministre à réglementer par décret la circulation des personnes et des véhicules ainsi que l'ouverture au public de certains établissements et les rassemblements de personnes (art. 1<sup>er</sup>). La même loi proroge également jusqu'au 30 oct. 2020 inclus l'état d'urgence sanitaire en Guyane et à Mayotte (art. 2).

procédure pénale où le principe de légalité n'a pas la même portée qu'en droit pénal de fond, et disent également beaucoup sur la détention provisoire et en conséquence sur la liberté individuelle, comme l'illustrent deux arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 26 mai 2020 (n° 20-91.971 et 20-81.910).

En effet, et alors même qu'était organisée, pour parer la propagation du virus, la limitation des peines privatives de liberté (par le report de la mise à exécution des courtes peines d'emprisonnement, par la facilitation des sorties de prison grâce à l'allègement de certaines conditions d'octroi d'aménagement de peines et grâce à l'octroi de réductions supplémentaires de peine liées aux circonstances exceptionnelles, par l'encouragement à recourir à l'assignation à résidence sous bracelet électronique), l'Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 prévoyait, paradoxalement, dans le même temps, des dispositions pour prolonger les délais de détention provisoire. Déclinant l'article 11 de la loi d'habilitation du 23 mars 2020, qui autorisait le gouvernement à adapter « les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires », l'article 16 de l'ordonnance posait en effet que « en matière correctionnelle, **les délais maximums de détention provisoire** ou d'assignation à résidence sous surveillance électronique, prévus par les dispositions du code de procédure pénale, qu'il s'agisse des détentions au cours de l'instruction ou des détentions pour l'audience devant les juridictions de jugement des affaires concernant des personnes renvoyées à l'issue de l'instruction, **sont prolongés plein droit** de deux mois lorsque la peine d'emprisonnement encourue est inférieure ou égale à cinq ans et de trois

mois dans les autres cas, sans préjudice de la possibilité pour la juridiction compétente d'ordonner à tout moment, d'office, sur demande du ministère public ou sur demande de l'intéressé, la mainlevée de la mesure, le cas échéant avec assignation à résidence sous surveillance électronique ou sous contrôle judiciaire lorsqu'il est mis fin à une détention provisoire. Ce délai est porté à six mois en matière criminelle et, en matière correctionnelle, pour l'audience des affaires devant la cour d'appel [...]. Les prolongations prévues par le présent article ne s'appliquent qu'une seule fois au cours de chaque procédure ».

Sans s'attarder sur la faute de frappe de l'ordonnance (« de plein droit » et non « plein droit »...), il faut comprendre l'interrogation qui est née à propos de cet article et qui est susceptible – sait-on jamais – de se reposer, sous cette forme ou sous une forme proche, à l'occasion d'une nouvelle urgence. Il était clair que cet article visait à allonger le délai maximum de la détention provisoire en une période compliquée pour les juridictions, mais il n'était pas clair du tout, en revanche, de comprendre la portée exacte de ce mécanisme. Si le Conseil d'État, saisi de cette disposition, n'y avait rien trouvé à redire, s'étant contenté de relever qu'il n'y avait pas d'« atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale » (CE, ord. réf., 3 avr. 2020, n° 439894 et n° 439877), la Cour de cassation a rendu, le 26 mai 2020, deux décisions cruciales. Dans les deux affaires, il s'agissait d'individus placés en détention provisoire pour des faits de nature criminelle et dont les titres de détention arrivaient à expiration en avril 2020. Dans le premier cas (Crim. 26 mai 2020, n° 20-91.971), pour anticiper cette échéance, le juge d'instruction avait fait une demande de prolongation de cette mesure, à laquelle le juge des libertés et de la détention avait fait droit par une ordonnance du 30 mars 2020 constatant que la détention provisoire de l'individu était prolongée *de plein droit* pour une durée de 6 mois en application de l'ar-

ticle 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020. Dans le second cas (Crim. 26 mai 2020, n° 20-81.910), la cour d'appel, saisie d'une demande de prolongation de la détention provisoire, avait considéré la saisine sans objet dans la mesure où la prolongation intervenait *de plein droit*. Dans chacune des affaires, l'individu concerné s'était pourvu en cassation en invoquant globalement trois raisons, toutes relatives à la hiérarchie des normes et, plus largement, au contrôle effectué par le juge pénal sur les textes de procédure pénale applicables.

C'est tout d'abord à un **contrôle de constitutionnalité** qu'en appellent les requérants. Si la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la conformité à la

Constitution d'une disposition de nature réglementaire (théorie de la loi-écran), elle souligne que, le même jour, dans deux décisions distinctes relatives aux mêmes affaires (Crim. 26 mai 2020, n° 20-81.910 et n° 20-81.971), elle a renvoyé au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020. Cet article, en ce qu'il autoriserait le gouvernement à prolonger automatiquement, sans contrôle du juge ni examen concret et individuel de chaque cas, toutes les détentions provisoires en cours à la date d'entrée en vigueur de l'état d'urgence sanitaire et celles ordonnées au cours de la période fixée par la même loi, serait contraire aux articles 2, 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et 66 de la Constitution<sup>87</sup>. La chambre crimi-

(87) Le Conseil constitutionnel a répondu aux deux QPC posées dans une décision du 3 juillet 2020 (Cons. const. 3 juill. 2020, n° 2020-851/852 QPC, AJDA 2020. 1384 ; D. 2020. 1408, et les obs. ; *ibid.* 1643, obs. J. Pradel), qui constitue une pépite pour les constitutionnalistes : premier contrôle constitutionnel *a posteriori* d'une loi d'habilitation ; réflexion sur la place des ordonnances dans la hiérarchie des normes (voir § 11 de la décision ainsi que le riche dossier documentaire publié sur le site du Conseil constitutionnel). Dans cette décision, le Conseil constitutionnel n'était pas saisi des dispositions de l'ordonnance qui n'avait alors, comme cela ressort de l'article 38 de la Constitution, qu'une valeur réglementaire et ne pouvait donc être contestée que par un contrôle de légalité, opéré en l'occurrence par la Cour de cassation. C'est la loi d'habilitation qui était ici contestée, plus précisément l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 dans son 2° d) : « I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi et, le cas échéant, à les étendre et à les adapter aux collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution : [...] 2° Afin de faire face aux conséquences, notamment de nature administrative ou juridictionnelle, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, toute mesure : [...] d) Adaptant, aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant à ces procédures, les règles relatives au déroulement des gardes à vue, pour permettre l'intervention à distance de l'avocat et la prolongation de ces mesures pour au plus la durée légalement prévue sans présentation de la personne devant le magistrat compétent, et les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires et des assignations à résidence sous surveillance électronique, pour permettre l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audience, pour une durée proportionnée à celle de droit commun et ne pouvant excéder trois mois en matière délictuelle et six mois en appel ou en matière criminelle, et la prolongation de ces mesures au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat ».

C'était précisément l'expression « des détentions provisoires » qui posait problème en ce que, selon les requérants, ces dispositions permettaient aux ordonnances prises sur le fondement de cette loi de prévoir une prolongation automatique de tous les titres de détention provisoire venant à expiration pendant la période d'état d'urgence sanitaire sans que cette prolongation soit subordonnée à l'intervention d'un juge, et donc en violation de l'article 66 de la Constitution ainsi que des droits de la défense. Le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé l'importance de l'article 66, qui pose la protection constitutionnelle de la liberté individuelle (§ 12 : « La liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible »), considère que la loi d'habilitation n'exclut pas l'intervention d'un juge lors de la prolongation d'un titre de détention provisoire en état d'urgence sanitaire. Les dispositions contestées sont conformes à la Constitution (§ 14 : « Les dispositions contestées n'excluent pas toute intervention d'un juge lors de la prolongation d'un titre de détention provisoire venant à expiration durant la période d'application de l'état d'urgence sanitaire. Elles ne portent donc atteinte ni par elles-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, aux exigences de l'article 66 de la Constitution imposant l'intervention d'un juge dans le plus court délai possible en cas de privation de liberté. L'inconstitutionnalité alléguée par les requérants ne pourrait résulter que de l'ordonnance prise sur le fondement de ces dispositions ».) C'était donc l'ordonnance qu'il aurait fallu éventuellement contester, une fois acquise la qualité de « disposition législative » au sens de l'article 61-1 de la Constitution, c'est-à-dire à l'expiration du délai d'habilitation. Cette contestation n'a toutefois plus lieu d'être dans la mesure où ces dispositions de l'ordonnance ont été modifiées par la loi du 11 mai 2020 comme nous l'indiquons plus loin.

nelle rappelle également que le renvoi de cette QPC n'empêche pas le traitement de l'affaire dans la mesure où, si, en principe, la QPC emporte sursis à statuer, il en va autrement lorsque, comme dans les deux espèces, l'intéressé est privé de sa liberté [art. 23-5 al. 4 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel].

C'est ensuite un **contrôle de légalité** qui est demandé. Que signifie le texte ? Est-il conforme à la loi d'habilitation ?

Sur la première question, la chambre criminelle souligne que le texte a posé « des difficultés majeures d'interprétation, qui ont entraîné des divergences d'analyse par les juridictions de première instance comme d'appel ». Quel sens donner à l'expression « délais maximums de détention provisoire » ? Le délai maximum de détention qui est prolongé de plein droit est-il le délai légal total de la détention provisoire susceptible d'être subie, c'est-à-dire le délai définitif tel que prévu dans le code de procédure pénale ? Ou bien est-il le délai au terme duquel le titre de détention cesse de produire effet en l'absence de décision de prolongation, c'est-à-dire le délai qui arrive à expiration en cours d'état d'urgence sanitaire et dont on autorise la prolongation sans intervention du juge ? Autrement dit, la prolongation de plein droit s'applique-t-elle uniquement dans l'hypothèse où la détention provisoire ne pourrait en principe plus être prolongée (mais où l'on autorise, en raison du contexte, un allongement de plein droit, c'est-à-dire au-delà de la limite légale et sans intervention d'un juge) ou bien dans toute hypothèse de détention provisoire (celle dont le terme légal définitif a expiré comme celle dont le terme légal intermédiaire a pris fin) ? La chambre criminelle de la Cour cassation, tout en soulignant le caractère obscur de la

disposition, choisit la deuxième option, également soutenue par le ministère de la Justice<sup>88</sup>, et en réalité la moins favorable à l'individu : « l'article 16 s'interprète comme prolongeant, sans intervention judiciaire, pour les durées qu'il prévoit, tout titre de détention venant à expiration, mais à une seule reprise au cours de chaque procédure ». Au soutien de cette interprétation pragmatique qui sauve contre des remises en liberté massives, la chambre criminelle donne deux raisons. Elle avance tout d'abord qu'« il serait paradoxal que l'article 16 ait prévu que l'allongement de la durée totale de la détention s'effectue sans intervention judiciaire tandis que l'allongement d'un titre de détention intermédiaire serait subordonné à une décision judiciaire », argument qui peut ne pas convaincre dans la mesure où l'on aurait tout aussi bien pu considérer, comme l'a écrit Madame Dervieux, que « l'urgence à prolonger un titre qui vient à expiration définitive dans le contexte de PCA (plan de continuation d'activité) pouvait justifier un régime dérogatoire au regard des enjeux d'une procédure en voie d'achèvement »<sup>89</sup>. La chambre criminelle s'appuie ensuite sur l'article 16-1 de l'ordonnance introduit par la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, qui met fin à compter du 11 mai 2020 à la prolongation de plein droit des délais de détention provisoire prévue à l'article 16 et dont il résulte, selon la chambre criminelle, que ladite prolongation s'appliquait « soit à une échéance intermédiaire, soit à la dernière échéance possible à la détention provisoire ». Interprétation par élimination d'abord, lecture non contradictoire ensuite (« cette lecture de l'article 16 n'est pas en contradiction avec... »), on ne peut que souligner la situation inconfortable et compliquée de la chambre criminelle de la Cour

(88) Circ. du 26 mars 2020 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, CRIM-BOL n° 20-00027.

(89) V.-O. Dervieux, Détention provisoire prolongée de plein droit : un concept à DLC, D. actu. 9 juill. 2020.

de cassation sommée d'interpréter un texte réglementaire décidé dans l'urgence, mal rédigé et balayé par une loi postérieure.

Décidé le sens du texte soumis à son interprétation, la chambre criminelle de la Cour de cassation pouvait répondre à la question du contrôle de légalité proprement dit (sur le fondement de l'article 111-5 du code pénal expressément mentionné uniquement dans la première espèce) et considérer que le texte prévu par le Gouvernement n'excédait pas les limites – très souples – de la loi d'habilitation qui avait autorisé le Gouvernement « à adapter le déroulement et la durée des détentions provisoires pour permettre l'allongement des délais de détention et la prolongation de ces mesures selon une procédure écrite ».

C'est enfin un **contrôle de conventionnalité** que sollicitent les requérants, contrôle possible dans la mesure où la France n'a pas exercé son droit de dérogation prévu à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme en cas d'état d'urgence. L'article 16 de l'Ordonnance est-il conforme à l'article 5 de la Convention européenne, siège de la protection de la liberté individuelle contre les privations de liberté arbitraires ? Pour répondre à cette question, la chambre criminelle de la Cour de cassation procède à une distinction qui montre tout le malaise qui est le sien pour censurer un dispositif clairement inconventionnel (et inconstitutionnel) sans détruire le fragile édifice de la détention provisoire en état d'urgence sanitaire, ce qui aurait eu pour conséquence de nombreuses remises en liberté. Elle distingue ainsi d'un côté l'automatisme de la prolongation (prolongation « de plein droit ») et, de l'autre, le décalage du contrôle judiciaire. Ce n'est pas la prolongation « par le seul effet de la loi et sans

intervention judiciaire » que la Cour de cassation condamne, mais l'absence d'« examen systématique par le juge de la nécessité du maintien en détention et du caractère raisonnable de celle-ci » : si la prolongation des délais des détentions provisoires peut être automatique dans ce contexte, le contrôle du juge doit rester systématique. À cet égard, le texte de l'ordonnance apparaît trop faible en termes de garantie puisqu'il laisse simplement « la possibilité pour la juridiction compétente d'ordonner à tout moment, d'office, sur demande du ministère public ou sur demande de l'intéressé, la mainlevée de la mesure » (art. 16). Cela ne saurait suffire : « l'exigence conventionnelle d'un contrôle effectif de la détention provisoire ne peut être abandonnée à la seule initiative de la personne détenue ni à la possibilité pour la juridiction compétente d'ordonner, à tout moment, d'office ou sur demande du ministère public, la mainlevée de la mesure de détention ». Contraire à la Convention européenne des droits de l'homme en l'état, l'article 16 de l'Ordonnance lui devient compatible avec un contrôle judiciaire « dans un délai rapproché ». En posant cette condition (ou réserve) de conventionnalité, la chambre criminelle de la Cour de cassation fait œuvre de création normative, à la limite de l'arrêt de règlement diront certains, à la hauteur de son rôle de gardien de la liberté individuelle et de juge de la conventionnalité penseront d'autres, dont nous faisons partie. Non seulement est exigé un contrôle du juge dans un délai rapproché, mais encore ce délai est-il précisément fixé, puisqu'il ne saurait être supérieur à un mois en matière délictuelle et à trois mois en matière criminelle (délai porté à trois mois en matière tant correctionnelle que criminelle après une condamnation en première instance dans la mesure où les faits ont déjà été examinés au fond par une juridiction<sup>90</sup>). À défaut, sauf

(90) On pourrait d'ailleurs critiquer cette distinction entre la première instance et l'appel comme une entaille faite dans le principe de la présomption d'innocence.

si l'individu est détenu pour une autre cause, il doit immédiatement être remis en liberté. Dans les deux espèces, les arrêts sont cassés et les chambres de l'instruction de renvoi tenues de procéder à un tel contrôle dans les délais prévus. Sans rentrer plus avant dans des conséquences pratiques de cette jurisprudence qui n'ont désormais plus tellement d'intérêt en termes de remise en liberté, on ne peut que souligner la construction jurisprudentielle baroque à laquelle a amené ce droit d'urgence de la détention provisoire. Il s'agit incontestablement d'une belle leçon sur les sources du droit mais aussi d'une riche manifestation du rôle du juge judiciaire dans la protection de la liberté individuelle qui doit rester l'endroit et non être l'envers de la détention provisoire.

**La seconde urgence**, qui est venue secouer le contentieux de la détention provisoire en France, endogène cette fois, est tout aussi lancinante que la première était imprévue. Les difficiles conditions de détention dans de nombreux établissements pénitentiaires français sont en effet régulièrement pointées du doigt depuis de nombreuses années. De manière – apparemment – paradoxale, c'est à un moment où le nombre de personnes incarcérées tombe à un niveau historiquement bas en raison de la crise du covid-19<sup>91</sup> que la chambre criminelle de la Cour de cassation, en écho à un très important arrêt de condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en janvier 2020, rend une décision historique elle aussi (Crim. 8 juill. 2020, n° 20-81731).

En l'espèce, un individu mis en examen pour des faits de nature criminelle avait été placé en détention provisoire au centre pénitentiaire de Ploemeur, le 29 novembre 2019, par le juge des libertés et de la détention (JLD) du tribunal judiciaire de Rennes. Ayant vu sa demande de remise en liberté rejetée le 28 janvier 2020 par le JLD, puis le 12 février 2020 par la chambre de l'instruction de Rennes, l'individu forme un pourvoi en cassation construit sur la décision de condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme rendue le 30 janvier 2020 à propos de trente-deux affaires ayant mis en évidence les conditions de détention indécentes (violation de l'article 3 de la Convention) et l'absence de recours effectif pour y remédier (violation de l'article 13 de la Convention)<sup>92</sup>.

La décision de la Cour européenne du 30 janvier 2020 vient tout d'abord nourrir la question prioritaire de constitutionnalité posée à la chambre criminelle de la Cour de cassation : « Les dispositions des articles 137-3, 144 et 144-1 du code de procédure pénale, en ce qu'elles ne prévoient pas, contrairement à la recommandation faite par la Cour européenne des droits de l'homme à la France dans son arrêt du 30 janvier 2020, que le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention puisse, de manière effective, redresser la situation dont sont victimes les détenus dont les conditions d'incarcération constituent un traitement inhumain et dégradant afin d'empêcher la continuation de la violation alléguée devant lui, portent-elles atteinte au principe de sauvegarde de

(91) Alors qu'au 1<sup>er</sup> juill. 2019, pour 61 105 places opérationnelles, la France comptait 71 710 détenus (dont 21 018 prévenus et 50 692 condamnés), au 1<sup>er</sup> juillet 2020, pour 60 592 places opérationnelles, la France comptait 58 695 personnes détenues (dont 19 951 étaient des prévenus et 38 744 condamnés ([http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/stat\\_etab\\_juillet\\_2020\\_TRIM.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_etab_juillet_2020_TRIM.pdf)). Si la diminution du nombre de personnes détenues est considérable, on peut relever qu'elle touche de manière bien plus importante le nombre de personnes condamnées (-11 948 soit - 23,5 %) que le nombre de personnes prévenues (-1 067 soit - 5 %), conséquence directe de la politique législative différenciée pendant l'état d'urgence sanitaire dans le traitement des détenus condamnés et des détenus prévenus. Pour une analyse intéressante de cette baisse de la surpopulation carcérale à jour de mai 2020, voir A. Kensey et J.-P. Jean, Une diminution volontariste de la surpopulation carcérale, AJ pénal 2020. 258.

(92) CEDH 30 janv. 2020, n° 9671/15, *J.M.B et autres c/ France*, AJDA 2020. 263 ; *ibid.* 1064, note H. Avenire ; D. 2020. 753, et les obs., note J.-F. Renucci ; *ibid.* 1195, obs. J.-P. Céré, J. Falxa et M. Herzog-Evans ; *ibid.* 1643, obs. J. Pradel ; JA 2020, n° 614, p. 11, obs. T. Giraud.

la dignité de la personne humaine, au principe constitutionnel nouveau qui en découle d'interdiction des traitements inhumains et dégradants ainsi qu'à la liberté individuelle, le droit au respect de la vie privée, le droit au recours effectif ? ». Les dispositions législatives contestées n'ayant jamais fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité et la question posée étant sérieuse, la Cour de cassation renvoie la QPC au Conseil constitutionnel par un arrêt distinct du même jour. Fortement attendue, la décision du Conseil constitutionnel offrait la possibilité de prononcer, pour la première fois, une décision d'inconstitutionnalité sur le fondement du principe de sauvegarde de la dignité humaine. Saisissant cette occasion, le Conseil constitutionnel a considéré, dans une décision du 2 octobre 2020, que le second alinéa de l'article 144-1 du code de procédure pénale, en ne prévoyant pas les conditions de détention indignes parmi les causes de remise en liberté que le juge judiciaire est tenu de prononcer, est contraire au principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et est donc abrogé à compter du 1<sup>er</sup> mars 2021<sup>93</sup>. Ce faisant, le Conseil, garant de la constitutionnalité, s'est montré à la hauteur de la Cour de cassation, garante de la conventionnalité, par une sorte d'effet miroir au regard du contentieux de la garde à vue des années 2010 et 2011<sup>94</sup>.

C'est qu'en effet, ensuite, sans attendre la décision du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation, par une référence

claire aux arrêts d'Assemblée plénière du 14 avril 2011 relatifs à l'autre privation de liberté avant-procès qu'est la garde à vue<sup>95</sup>, pose qu'« il appartient au juge national, chargé d'appliquer la Convention, de tenir compte de la [...] décision [de la Cour européenne des droits de l'homme] sans attendre une éventuelle modification des textes législatifs et réglementaires » (§ 20). Précisément, la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 janvier 2020 pointe les conditions de détention contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans plusieurs prisons françaises d'Outre-mer comme de métropole (espace personnel inférieur à la norme minimale requise de 3 m<sup>2</sup>, absence d'intimité, liberté de circulation et activités hors des cellules insuffisantes) et accentuées par un surpeuplement carcéral. Elle condamne aussi la France en raison de l'absence d'un recours préventif effectif : le référé-liberté devant le juge administratif ne permet pas de remédier aux atteintes les plus graves auxquelles les personnes détenues sont exposées dans certains établissements pénitentiaires et il n'existe pas de recours préventif devant le juge judiciaire. Prenant acte de cette condamnation, la Cour de cassation, si elle relève que les recommandations générales contenues dans la décision de la Cour européenne s'adressent au Gouvernement et au Parlement français, n'hésite pas à retourner sa propre – et récente – position, qu'elle rappelle ici : « une éventuelle atteinte à la dignité de la personne en

(93) Cons. const. 2 oct. 2020, n° 2020-858/859 QPC, AJDA 2020. 1881 ; D. 2020. 1894, et les obs..

(94) Rappelons-le c'est le Conseil constitutionnel qui avait censuré le premier les dispositions applicables à la garde à vue (Cons. const. 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, AJDA 2010. 1556 ; D. 2010. 1928, entretien C. Charrière-Bour-nazel ; *ibid.* 1949, point de vue P. Cassia ; *ibid.* 2254, obs. J. Pradel ; *ibid.* 2696, entretien Y. Mayaud ; *ibid.* 2783, chron. J. Pradel ; *ibid.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; AJ pénal 2010. 470, étude J.-B. Perrier ; Constitutions 2010. 571, obs. E. Daoud et E. Mercinier ; *ibid.* 2011. 58, obs. S. de La Rosa ; RSC 2011. 139, obs. A. Giudicelli ; *ibid.* 165, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 193, chron. C. Lazerges ; RTD civ. 2010. 513, obs. P. Puig ; *ibid.* 517, obs. P. Puig) avant que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation renchérisse, au nom de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-30.316, n° 10-17.049, n° 10-30.313, n° 10-30.242, D. 2011. 1080, et les obs. ; *ibid.* 1128, entretien G. Roujou de Boubée ; *ibid.* 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; Constitutions 2011. 326, obs. A. Levade ; RSC 2011. 410, obs. A. Giudicelli ; RTD civ. 2011. 725, obs. J.-P. Marguénaud ; AJ pénal 2011. 311, obs. C. Mauro) et sans attendre l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions législatives (loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2011).

(95) Voir la note précédente.

raison des conditions de détention, si elle est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique en raison du mauvais fonctionnement du service public, ne saurait constituer un obstacle légal au placement et au maintien en détention provisoire (Crim. 18 sept. 2019, n° 19-83.950) » (§ 14). Désormais, entre la préservation de la procédure pénale<sup>96</sup> et la protection de la dignité de la personne<sup>97</sup>, tous deux intérêts ayant valeur constitutionnelle<sup>98</sup>, la balance ne saurait pencher systématiquement et automatiquement du côté de la première. Bien au contraire, « 21. [...] le juge judiciaire a l'obligation de garantir à la personne placée dans des conditions indignes de détention un recours préventif et effectif permettant d'empêcher la continuation de la violation de l'article 3 de la Convention. 22. En tant que gardien de la liberté individuelle, il lui incombe de veiller à ce que la détention provisoire soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans des conditions respectant la dignité des personnes et de s'assurer que cette privation de liberté est exempte de tout traitement inhumain et dégradant ».

Pour autant, cette position ne signifie pas que les portes des prisons françaises vont largement s'ouvrir. De façon raisonnable, la chambre criminelle de la Cour de cassation pose les trois jalons de la vérification à laquelle est tenu le juge judiciaire.

**Premièrement**, loin d'exiger une vérification d'office des conditions de détention, mais en déclinant plutôt la décision européenne du 30 janvier 2020<sup>99</sup>, la Cour de cassation demande au détenu de rapporter « un commencement de preuve » du « caractère indigne » de ses conditions de détention (§ 23). Sur cette condition, la Cour de cassation se montre doublement exigeante. D'abord, il ne suffit pas que les conditions de détention en France aient été pointées du doigt, ni même que les conditions générales de détention dans l'établissement pénitentiaire en cause soient notoirement indécentes. Ce sont les conditions *personnelles* de détention qui comptent. Ensuite, là où la Cour européenne des droits de l'homme demande simplement une description

- (96) Fondée sur des conditions de nécessité (selon l'art. 144 C. pr. pén., le placement en détention provisoire doit permettre de conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité, d'empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille, d'empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices, de protéger la personne mise en examen, de garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice, de mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement, de mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé), de subsidiarité (selon l'art. 144 C. pr. pén., le placement en détention provisoire n'est possible que si le placement sous contrôle judiciaire ou l'assignation à résidence avec surveillance électronique sont insuffisants) et de proportionnalité (selon l'art. 144-1 C. pr. pén., « La détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité »), la détention provisoire vise à servir les objectifs de la procédure pénale de recherche de la vérité.
- (97) La préservation de la dignité de la personne, à l'occasion des mesures de contrainte auxquelles elle peut être soumise, est expressément inscrite, depuis 2000, dans l'article préliminaire du code de procédure pénale (art. prélim. III, al. 4) : « Les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet [...] doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne ».
- (98) La valeur constitutionnelle de la protection de la dignité a été posée par le Conseil constitutionnel dans une décision n° 94-343/344 DC du 27 juill. 1994 : « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ». Quant à la préservation de la procédure pénale ou, selon le vocabulaire du Conseil constitutionnel, « la recherche des auteurs d'infraction », on peut sans doute en faire remonter la valeur ou plus précisément la nécessité constitutionnelle à la décision du Conseil constitutionnel dite Sécurité et liberté (n° 80-127 DC) du 20 janv. 1981 : « Considérant que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en œuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle ».
- (99) § 258 : « La Cour rappelle [...] que lorsque la description faite par les requérants des conditions de détention supposément dégradantes est crédible et raisonnablement détaillée, de sorte qu'elle constitue un commencement de preuve d'un mauvais traitement, la charge de la preuve est transférée au gouvernement défendeur, qui est le seul à avoir accès aux informations susceptibles de confirmer ou d'infirmer les allégations du requérant ».

« crédible et raisonnablement détaillée », la Cour de cassation exige que le détenu procède à une description « crédible, précise et actuelle » de ses conditions personnelles de détention. Cette exigence explique en l'espèce la conclusion sévère de la Cour de cassation qui rejette le pourvoi. En effet, alors même que le détenu, s'il est vrai qu'il faisait notamment état des propos tenus dans la presse par la directrice de l'établissement ainsi que d'un rapport du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, démontrait, selon ses dires, « aux temps du mémoire qu'il a régulièrement déposé, la surpopulation carcérale flagrante de l'établissement, dont il résultait un manque d'espace de vie personnel, à savoir un espace inférieur à 4m<sup>2</sup>, une atteinte grave à son intimité, ainsi que des conditions matérielles de détention alarmantes au regard de l'article 3 », la Cour de cassation considère qu'il ne faisait état « que des conditions générales de détention au sein de la maison d'arrêt dans laquelle il est détenu, sans précisions sur sa situation personnelle, et notamment sur la superficie et le nombre des occupants de la cellule, son agencement intérieur et le nombre d'heures journalières d'occupation » et que la condition n'est pas remplie <sup>100</sup>.

C'est sur la base d'allégations personnelles et étayées, et **deuxièmement**, mais uniquement si le ministère public n'a pas préalablement fait vérifier les allégations du détenu, qu'« il appartient » à la chambre de l'instruction (qui dispose par ailleurs, comme le rappelle la Cour de cassation, du pouvoir de remettre immédiatement en liberté l'individu), « de faire procéder à des vérifications complémentaires afin d'en apprécier la réalité ». Cette formule fait naître plusieurs questions. Quelles vérifications devra-t-elle exiger ? Dans quel temps ? Qui les réalisera : si le minis-

tère public est exclu, sera-ce le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention ? La chambre de l'instruction pourra-t-elle éventuellement, à la manière de ce que prévoit l'article 147-1 du code de procédure pénale, solliciter un avis médical ? Quel rôle pourra être amené à jouer le chef de l'établissement pénitentiaire ?

**Troisièmement**, une fois les vérifications faites, la chambre de l'instruction, si elle constate une atteinte au principe de dignité, devra en tirer les conséquences.

S'il a été « entre-temps » « remédié » à l'atteinte au principe de dignité, la chambre de l'instruction rejettera la demande de remise en liberté, quitte pour le détenu à engager un recours indemnitaire à propos de l'atteinte temporaire à sa dignité. Là encore, les interrogations sont nombreuses ? Quel niveau d'exigence sera requis pour considérer que la dignité a été restaurée ? Quel délai sera laissé pour constater que l'atteinte a disparu ?

Si, en revanche, l'atteinte au principe de dignité persiste, la chambre de l'instruction « doit ordonner la mise en liberté de la personne, en l'astreignant, le cas échéant, à une assignation à résidence avec surveillance électronique ou à un contrôle judiciaire ». Avant d'envisager une complète remise en liberté, des garde-fous sont ici aussi exigés, à rebours de l'ordre prévu par le code de procédure pénale lors de la mise en examen (C. pr. pén., art. 137 : liberté, contrôle judiciaire, assignation à résidence sous surveillance électronique, détention provisoire). Cela se comprend dans la mesure où le juge ne doit pas envisager les conditions de réalisation de la mise en examen mais les conditions substitutives de suivi d'une personne mise en examen et dont la détention provisoire, pourtant nécessaire, n'est plus possible en raison des conditions de détention indignes dans lesquelles elle se déroulait.

(100) Pour une deuxième application par la Cour de cassation de ce critère, au soutien d'un rejet du pourvoi, voir Crim. 19 août 2020, n° 20-82.233.

Les « verrous » posés sont certes nombreux avant d'envisager la remise en liberté d'une personne dont les conditions de détention provisoire sont indignes. Mais c'est bien un principe fort qui est posé ici par la chambre criminelle de la Cour de cassation et une procédure nouvelle qui se dessine pour faire respecter les droits de l'individu privé de sa liberté dans la phase préliminaire du procès pénal. Au-delà, cette décision ouvre aussi de nouvelles perspectives pour l'exécution des peines privatives de libertés qui doit, selon l'article 707 du code de procédure pénale, tenir compte « des conditions matérielles de détention et du taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire ». C'est en effet toute forme de privation de liberté provisoire ou définitive qui devrait se réaliser dans des conditions dignes, sous le

contrôle du juge judiciaire. Reste à voir ce que le législateur, tenu de revoir sa copie en matière de détention provisoire avant le 1<sup>er</sup> mars 2021<sup>101</sup>, tirera de ces leçons.

En définitive, avec ces deux séries de décision, par-delà les cas d'espèce et les espoirs peut-être déçus des requérants, c'est à une remarquable démonstration plurielle de l'office du juge judiciaire que s'est livrée la chambre criminelle de la Cour de cassation, démonstration de son rôle central et créateur dans l'application et l'articulation des normes internes (législatives et réglementaires) et internationales, mais démonstration aussi de sa qualité de principal gardien de la liberté individuelle.

R. P.

## II – Action civile

### 6. Les spécificités de l'action civile en matière terroriste

[Crim. 22 avr. 2020, n° 19-81.273, D. 2020. 1036 ; JA 2020, n° 621, p. 14, obs. X. Delpech ; AJ pénal 2020. 369, obs. M. Lacaze]

Alors que les questions procédurales en matière terroriste se concentrent habituellement sur les dispositifs dérogatoires applicables à l'auteur de l'infraction, l'actualité donne une coloration nouvelle au traitement des victimes du terrorisme, plus précisément à la question de l'action civile en matière terroriste devant le juge pénal.

La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, tout d'abord, en introduisant un article 706-16-1 dans le code de procédure pénale<sup>102</sup>, est venue retirer au juge pénal<sup>103</sup> toute compétence en matière de réparation des victimes du terrorisme, par une dissociation inédite entre les finalités

(101) Cons. const. 2 oct. 2020, n° 2020-858/859 QPC (voir *supra*).

(102) C. pr. pén., art. 706-16-1 : « Lorsqu'elle est exercée devant les juridictions répressives, l'action civile portant sur une infraction qui constitue un acte de terrorisme ne peut avoir pour objet que de mettre en mouvement l'action publique ou de soutenir cette action. Elle ne peut tendre à la réparation du dommage causé par cette infraction. L'action civile en réparation de ce dommage ne peut être exercée que devant une juridiction civile, séparément de l'action publique. [...] ».

(103) La compétence est donc uniquement celle du juge civil, plus précisément du tribunal judiciaire de Paris (COJ, art. L. 217-6). Sur les changements introduits par la loi du 23 mars 2019 en la matière, voir Y. Mayaud, *Terrorisme. Poursuites et indemnisation*, Rép. pén., n° 380 s. ; voir aussi J. Knetsch, *L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme. État des lieux et perspectives après la loi du 23 mars 2019*, in S. Pellé (dir.), *Quelles mutations pour la justice pénale du XXI<sup>e</sup> siècle ? À partir de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2020, p. 169 s.

vindicative et réparatrice de l'action civile <sup>104</sup>.

La Cour de cassation, ensuite, par un intéressant arrêt du 22 avril 2020 (Crim. 22 avr. 2020, n° 19-81.273) a eu l'occasion de se prononcer sur les conditions de l'action civile des associations de victimes du terrorisme. En l'espèce, l'association française des victimes de terrorisme (AFVT), qui s'était constituée partie civile dans une information ouverte contre plusieurs individus notamment du chef d'association de malfaiteurs en vue de la préparation d'actes de terrorisme, s'était heurtée à une ordonnance des juges d'instruction co-saisis puis à un arrêt de la chambre de l'instruction de Paris, qui avaient déclaré cette constitution de partie civile irrecevable. Prenant le contrepied des juges du fond, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère, au contraire, cette constitution de partie civile recevable et casse sans renvoi l'arrêt rendu.

Selon l'article 2-9 du code de procédure pénale, « toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans qui se propose, par ses statuts, d'assister les victimes d'infractions peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-16 lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée ». En l'espèce, évacuées les conditions de déclaration, d'ancienneté et d'objet statutaire de l'association qui ne faisaient pas débat ici, la question se

centrait sur ce qu'il fallait entendre par assistance aux victimes d'infractions terroristes.

Au soutien de sa cassation, la chambre criminelle considère que « l'article 2-9 du code de procédure pénale ne subordonne pas la recevabilité de la constitution de partie civile d'une association à la nécessité d'assister une victime dans l'affaire dans laquelle l'action civile est exercée, mais seulement à l'objet statutaire de l'association, qui doit tendre à l'assistance des victimes d'infractions, et à la date de sa déclaration ». Effectivement, contrairement à d'autres dispositions du code de procédure pénale relatives à la constitution de partie civile des associations (les art. 2-2, 2-8, 2-10, 2-12, 2-18, 2-19, 2-20, 2-22, 2-24), mais conformément à d'autres dispositions du code (les art. 2-3, 2-4, 2-5, 2-11, 2-13, 2-14, 2-16, 2-17, 2-21, 2-23) <sup>105</sup>, l'article 2-9 n'exige pas que l'association, qui souhaite se constituer partie civile, assiste effectivement une victime de terrorisme et donc que cette dernière ait donné son accord, mais requiert simplement que ses statuts proposent une assistance aux victimes d'infractions terroristes. Sur ce point-là, la lecture de la chambre criminelle de la Cour de cassation est inattaquable.

Mais, ce faisant, répond-elle exactement à la question posée par l'arrêt de la chambre de l'instruction ? En effet, ce dernier ne subordonnait pas exactement la recevabilité de la constitution de partie civile à l'assistance effective d'une victime de terrorisme dans l'af-

(104) Il ressort de l'art. 2 C. pr. pén. que l'action civile devant le juge pénal est une action en réparation (« 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 »). Mais la jurisprudence française admet depuis longtemps, sur le fondement de l'art. 418 C. pr. pén. (« La partie civile peut, à l'appui de sa constitution, demander des dommages-intérêts correspondant au préjudice qui lui a été causé »), que l'action civile puisse poursuivre un objectif exclusivement vindicatif. La dissociation entre les aspects vindicatif et réparateur de l'action civile existe donc déjà dans la jurisprudence. Elle existe également dans la loi (v. les ex. donnés par F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 1344 s.). Mais, à notre connaissance, c'est la première fois que le législateur la pose à propos d'une catégorie d'infractions dans le code de procédure pénale. En ce sens, on peut considérer que la dissociation est inédite.

(105) Encore que la rédaction particulière de toutes ces dispositions mériterait une analyse et une classification plus fines.

faire en cause. En considérant que l'association n'avait pas « démontré l'existence possible d'un préjudice distinct de celui résultant d'une atteinte à l'intérêt général dont la protection ne relève que du ministère public, et prenant directement sa source dans les actes caractérisant les infractions susvisées », il estimait plutôt que de victime il ne pouvait y avoir s'agissant d'« infractions dites d'intérêt général ». Autrement dit, la question posée, et à laquelle n'a pas répondu la chambre criminelle de la Cour de cassation, était celle de savoir si l'infraction de participation à une association de malfaiteurs terroriste prévue à l'article 421-2-1 du code pénal était une infraction d'intérêt général. Si oui, aucune constitution de partie civile (qu'elle émane d'une personne physique ou d'une personne morale) n'était possible ; si non, une constitution de partie civile par voie d'intervention était envisageable aux conditions prévues par la loi. Le choix entre les deux options n'est pas aisé dans la mesure où la Cour de cassation, si elle est à l'origine de la théorie des infractions générales, ne s'est, à notre connaissance, jamais prononcée sur la question de l'association de malfaiteurs ni des infractions terroristes d'ailleurs<sup>106</sup>. Au soutien de la première lecture, qui était celle de la chambre de l'instruction, on aurait pu invoquer d'autres infractions du livre IV du code pénal pour lesquelles une telle qualification a déjà été retenue<sup>107</sup>. On aurait aussi pu utiliser l'arrêt de la chambre

criminelle de la Cour de cassation du 12 mars 2019<sup>108</sup> : celui-ci, en confirmant l'irrecevabilité de la constitution de partie civile de la commune de Nice, dans le cadre de l'information judiciaire ouverte à propos des faits du 14 juillet 2016 sur la Promenade des Anglais, aux motifs qu'« une telle entreprise terroriste n'éta[il]t susceptible d'avoir porté directement atteinte, au-delà des victimes personnes physiques, qu'aux intérêts de la Nation », pouvait servir une lecture restrictive de la constitution de partie civile en matière terroriste, plus particulièrement pour ce qui est des infractions préparatoires (association de malfaiteurs terroriste, entreprise individuelle terroriste). Au soutien de la deuxième lecture, qui semble, en creux, celle de la Cour de cassation ici, il suffisait d'invoquer l'article 2-9 lui-même, qui envisage la possibilité d'une mise en mouvement de l'action publique par « la partie lésée » couplée à l'article 706-16 qui vise tous les actes de terrorisme y compris l'association de malfaiteurs terroriste<sup>109</sup>. En refusant de s'aventurer sur le terrain des infractions d'intérêt général, la Cour de cassation signifie peut-être son refus de mobiliser une théorie qu'elle a elle-même bâtie mais qui est en net recul depuis plusieurs années. Elle assume aussi indirectement à son tour, après la loi du 23 mars 2019, le caractère désormais purement vindicatif de l'action civile devant le juge pénal en matière terroriste.

R. P.

(106) Sur ce point, v. C. Ambroise-Castérot, « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, n° 150 s.

(107) Par exemple les infractions d'atteintes au secret de la défense nationale (Crim. 1<sup>er</sup> oct. 1996, n° 95-85.529). V. aussi les autres ex. cités par C. Ambroise-Castérot, « Action civile », *op. cit.*, n° 156.

(108) Crim. 12 mars 2019, n° 18-80.911, D. 2019. 591 ; AJ pénal 2019. 396, obs. C. Lacroix ; AJCT 2019. 302, obs. J. Lasserre Capdeville ; et la note de Julie Alix, Bien juridique protégé par les incriminations terroristes et recevabilité des constitutions de partie civile, *Lexbase pénal*, 18 avr. 2019.

(109) En ce sens, et de manière plus directe, v. Crim. 9 juill. 1998, n° 97-83.612 : « toute association régulièrement déclarée depuis au moins 5 ans à la date des faits qui se propose, par ses statuts, d'assister les victimes d'infractions, tient de l'article 2-9 du code de procédure pénale le pouvoir d'exercer les droits reconnus à la partie civile, pour les infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-16 du même code qui vise expressément le délit de participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme, prévu par l'article 421-2-1 du code pénal ».