

UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON SORBONNE

UFR de droit international et de droit comparé

École doctorale de droit de la Sorbonne Département de droit comparé

UNIVERSITÉ DE COLOGNE

Faculté de droit

Institut de droit pénal étranger et international, Université de Cologne

Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en droit des universités de Paris 1, Panthéon-Sorbonne
et de Cologne

Discipline : Droit pénal

**JUGES ET MEMBRES DU MINISTÈRE PUBLIC
DANS L'AVANT-PROCÈS,
L'EXEMPLE DE L'ALLEMAGNE ET DE LA FRANCE**

Présentée et soutenue publiquement par

Orane DORNIER

le 25 juin 2019

Sous la direction de

Madame Christine LAZERGES

Professeure émérite, Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne
et de Monsieur Thomas WEIGEND

Professeur émérite, Université de Cologne

Jury :

Mme Christine LAZERGES, Professeure émérite, Présidente du jury, Université de Paris 1,
Panthéon-Sorbonne

M. Thomas WEIGEND, Professeur émérite, 1^{er} Rapporteur, Université de Cologne

Mme Raphaële PARIZOT, Professeure, 2^e Rapporteur, Université Paris Nanterre

Mme Bettina WEIßER, Professeure, Assesseur, Université de Cologne

UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON SORBONNE
UFR de droit international et de droit comparé
École doctorale de droit de la Sorbonne Département de droit comparé
UNIVERSITÉ DE COLOGNE
Faculté de droit
Institut de droit pénal étranger et international, Université de Cologne

Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en droit des universités de Paris 1, Panthéon-Sorbonne
et de Cologne

Discipline : Droit pénal

**JUGES ET MEMBRES DU MINISTÈRE PUBLIC
DANS L'AVANT-PROCÈS,
L'EXEMPLE DE L'ALLEMAGNE ET DE LA FRANCE**

Présentée et soutenue publiquement par

Orane DORNIER

le 25 juin 2019

Sous la direction de

Madame Christine LAZERGES
Professeure émérite, Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne
et de Monsieur Thomas WEIGEND
Professeur émérite, Université de Cologne

Jury :

Mme Christine LAZERGES, Professeure émérite, Présidente du jury, Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne
M. Thomas WEIGEND, Professeur émérite, 1^{er} Rapporteur, Université de Cologne
Mme Raphaële PARIZOT, Professeure, 2^e Rapporteur, Université Paris Nanterre
Mme Bettina WEIßER, Professeure, Assesseure, Université de Cologne

Remerciements :

Au terme de cette longue aventure qu'a été cette thèse, je ne saurais la publier sans remercier les personnes qui ont permis ou encouragé grâce à leur aide et leurs soutiens précieux sa pleine réalisation.

Il me semble tout naturel de me tourner en premier lieu vers mes directeurs de thèse respectifs pour leur adresser mes remerciements très chaleureux pour la confiance et le soutien indéfectibles qu'ils m'ont témoignés durant ces longues années, en acceptant la direction scientifique en cotutelle de mes travaux, ce qui les plaçait, en raison de langues et de cultures différentes, face à un défi supplémentaire.

J'ai été extrêmement sensible au grand intérêt dont chacun d'entre eux a fait preuve envers moi. Ils ont su par leurs relectures attentives, leurs hautes compétences scientifiques, leurs remarques et conseils judicieux, alimenter ma réflexion pour la guider vers son aboutissement. Ils ont permis d'assurer l'équilibre et l'honnêteté de la comparaison en la rendant plus objective et en la plaçant sous un regard véritablement binational.

Outre les aspects déjà évoqués, je tiens ici à remercier tout particulièrement ma directrice de thèse française, Madame Christine LAZERGES, Professeure émérite à l'université de Paris 1, pour sa grande disponibilité, son engagement, ses qualités humaines d'écoute, de compréhension à mon égard et pour les nombreux encouragements qu'elle m'a prodigués.

Je suis de même infiniment reconnaissante à mon directeur de thèse allemand, Monsieur Thomas WEIGEND, Professeur émérite à l'Université de Cologne qui, au-delà de sa grande rigueur scientifique et de sa gentillesse, a rendu ces travaux possible financièrement et en a largement facilité les conditions de travail en me proposant un poste en tant qu'assistante de recherche et chargée de travaux dirigés dans son institut.

Par ailleurs, cette thèse n'aurait pas pu être menée dans les mêmes conditions sans le soutien de l'université franco-allemande et du collège doctoral franco-allemand sur la comparaison des droits publics nationaux face à l'intégration européenne, qui m'ont permis grâce à différentes aides financières, de m'y consacrer plus sereinement. Je les en remercie très sincèrement.

Ma reconnaissance toute particulière va également à Monsieur CAPITANT, Professeur à l'université de Paris 1 et directeur de l'école doctorale de droit comparé, qui m'a soutenue et encouragée tout au long de mon parcours universitaire sur cette voie franco-allemande à laquelle il a lui-même dédié sa carrière.

Je tiens ensuite à témoigner toute ma gratitude à Madame Raphaële PARIZOT, Professeure à l'université de Nanterre, qui a accepté de se rendre à Cologne pour mon examen oral et Madame Bettina WEIBER, Professeure à l'université de Cologne, qui nous a très gracieusement accueillis dans ses locaux pour l'occasion et m'a permis jusqu'à ce terme de bénéficier de conditions de travail et d'accès aux sources privilégiées après qu'elle a repris la direction de l'institut de mon directeur de thèse. Qu'elles soient également tout particulièrement remerciées pour l'honneur qu'elles m'ont fait en acceptant d'être respectivement Rapporteurs et Assesseurs lors de la soutenance de cette thèse ainsi que pour le temps qu'elles ont consacré à me lire afin de pouvoir partager et confronter nos vues pendant cet examen oral final.

Un grand merci aux praticiens ayant accepté de me rencontrer et d'être interrogés pour les besoins de cette thèse à Cologne et à Paris, qu'ils aient permis que leurs noms soient mentionnés, tels notamment Magalie LAFOURCADE, ancienne juge d'instruction et actuelle Secrétaire Générale de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, Roger LE LOIRE, alors juge d'instruction doyen du pôle économique et financier, Bruno NATAF, alors procureur au parquet financier de Paris ou encore Patrick GENDRE, alors juge d'instance ayant exercé pendant 6 ans et demi en tant que parquetier, ou qu'ils aient préféré rester

anonymes, à l'image notamment de la plupart des praticiens allemands. Ils m'ont en effet permis de prendre conscience de la dimension pratique des questions abordées, aspect qui, je l'espère, saura transparaître de mes réflexions. Les nombreux échanges informels lors de séjours ou d'évènements universitaires transfrontaliers avec des collègues, dont notamment Julien DUBARRY, à ce jour Professeur à l'université de la Sarre, Kevin MARIAT, désormais Docteur en droit (Université Jean moulin, Lyon 3) ou Jenny (FRINCHABOY) HERRMANN, actuellement Maître de conférence à l'université de Paris 1, ainsi qu'avec des personnes de référence dans les domaines du droit (procédural) pénal et/ou comparé franco-allemand, tels, entres autres, les Professeurs émérites, Messieurs Bernard BOULOC et Heike JUNG, les Professeurs en exercice Messieurs Claus KREß (Université de Cologne), Carl-Friedrich STUCKENBERG (Université de Bonn), Christian JÄGER (Université Friedrich-Alexander à Erlangen-Nürnberg), Monsieur Herwig SCHÄFER, Docteur en droit et alors Procureur Général du ministère public d'Offenburg (Baden-Württemberg), Monsieur Karl-Peter JULIUS, Docteur en droit et conseiller académique à l'université de Cologne, Mesdames Juliette LELIEUR et Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, Professeures à l'université de Strasbourg, Jacqueline HODGSON, Professeure à l'université de Warwick (Royaume-Uni) ou encore Monsieur Xavier PIN, Professeur à l'université Jean Moulin, Lyon 3, ont été vivement appréciés et ont permis de nourrir la réflexion à de nombreux égards. Que l'ensemble de ces personnes soit à cet égard tout particulièrement remercié.

J'exprime également toute ma gratitude à toute l'équipe de l'école de droit comparé et au bureau des thèses de Paris 1 de même qu'à leurs homologues du côté allemand qui m'ont accompagnée et conseillée avec beaucoup d'engagement personnel pour permettre que ces travaux soient en règle au niveau administratif.

Un grand merci à ma collègue Johanna SAHBATOU d'avoir accepté à titre gracieux d'établir le rapport de soutenance en juin dernier.

Mille mercis également à ma grande sœur, Clothilde DORNIER et son conjoint Yann SCHOENER, ainsi qu'à ma tante, Marie-Cécile DORNIER, qui ont consacré tous trois, à titre gratuit, tant de temps à une relecture patiente et minutieuse de mes travaux afin que ceux-ci respectent, malgré ma grande étourderie, les standards grammaticaux et orthographiques en vigueur. Je suis en outre infiniment reconnaissante à Eusèbe TANALA pour ses précieux conseils informatiques pour finaliser formellement cette thèse.

Il ne m'est malheureusement pas possible d'être exhaustive sur l'ensemble des personnes ayant influé de manière scientifique et/ou personnelle sur ces travaux. C'est pourquoi je souhaite ici procéder à un remerciement général adressé à toutes les personnes qui ont pu à tout moment être concernées dont notamment mes collègues doctorants et mon institut pour les nombreux échanges et soutiens. Merci à cet égard tout particulièrement à Roxane DELAMARE, qui m'a encouragée et relue durant l'ensemble de mes travaux, à Michaela NOACK pour son aide précieuse concernant la correction de la version allemande écrite de mes résultats scientifiques ainsi qu'à Julia FURELAUD et son père, Jean-Pierre FURELAUD de même que ma collègue Renate VOLLHARDT, qui m'ont aidée pour l'écriture du résumé anglais.

À l'issue de ce parcours, et à titre tout personnel je remercie enfin celles et ceux qui me sont chers et qui ont malheureusement pâti de ces derniers mois chronophages pour achever cette thèse. Leurs attentions et encouragements m'ont accompagnée tout au long de ces années. Merci à ma merveilleuse famille dont notamment mes parents, mes frères et sœurs, mes cousins, mes oncles et tantes ainsi que leurs conjoints respectifs, de même qu'à mes très proches ami(e)s notamment de la natation synchronisée et de l'orchestre pour leur soutien moral et leur confiance indéfectible dans mes choix. Ceux-ci sauront, j'en suis certaine, se reconnaître ici. Enfin je remercie tout particulièrement mon compagnon, Stefan WINKLER, pour son aide lors de la rédaction de la version allemande des résultats scientifiques de cette thèse de même que pour son soutien sans faille et ses encouragements dans mes nombreux moments de doute.

Résumé

En 2009, le comité Léger alors chargé de réfléchir à l'évolution de la procédure pénale française, proposait pour l'avant-procès un nouveau modèle ressemblant, à s'y méprendre, au système germanique, et dont la mesure phare était la suppression du juge d'instruction pour en confier l'essentiel de ses attributions au parquet. Mise en garde par une ancienne ministre de la Justice allemande dans le cadre du Conseil de l'Europe, qui craignait que cette réforme poursuive des fins essentiellement personnelles, la France abandonna finalement son projet. Mais, pourquoi cet avertissement présenté justement par une garde des Sceaux allemande alors même que l'Allemagne ne connaît pas à l'heure actuelle l'institution du magistrat instructeur et que le parquet y est toujours hiérarchiquement soumis au contrôle du pouvoir exécutif ? Existe-t-il des différences susceptibles de justifier la compatibilité du système allemand avec les principes directeurs fondamentaux de la procédure pénale alors même qu'était dénoncé le système proposé par le rapport Léger, s'en rapprochant étroitement ? Quels enseignements supplémentaires peut apporter le droit comparé sur la question du juge d'instruction autour de laquelle le législateur français ne cesse de tourner ? Autant d'interrogations auxquelles cette thèse souhaite apporter des réponses sans se heurter, selon la formule de Jean Carbonnier, à l'écueil du « *mythe du législateur étranger* ».

Au moyen d'une démarche comparatiste approfondie tenant compte de l'influence capitale de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, une plongée est ici effectuée au cœur des cultures procédurales pénales allemandes et françaises pour les confronter de manière critique et apprécier la question délicate de l'équilibre fonctionnel de l'avant-procès au regard des principes directeurs de la procédure pénale, telles l'indépendance et l'impartialité de la justice, ainsi que des droits et libertés fondamentaux des personnes concernées. La remise en cause du juge d'instruction ne saurait être abordée sans s'interroger sur le rôle que jouent les acteurs censés le remplacer, à savoir le parquet et le juge de l'enquête ou des libertés et de la détention, leur statut, de même que leurs fonctions ainsi que leur efficacité. Seront également analysés de manière détaillée les principes de légalité et d'opportunité qui imprègnent différemment les systèmes nationaux à l'étude et ont une incidence certaine sur l'équilibre des fonctions en place.

Abstract

In 2009 the 'Léger Commission' proposed new guidelines for judicial criminal pre-trial which were very much like the ones found in the German judicial system. The main suggestion was to suppress investigating judges and give the Public Prosecutor Office most of their powers and trusts. However, France gave up the idea after a former German Minister of Justice launched a warning against it in the Council of Europe on the grounds that it might only serve personal interest. Yet, why should a German Minister of Justice issue such a reminder? As a matter of fact, there are currently no Investigating Judges in Germany and the Public Prosecutor as a public official is still strongly connected to the Executive Authority. Could there be differences which would explain why the German judicial system is compatible with the main principles which apply to proceedings in criminal matters, even though the French 'Léger Commission' guidelines, which are very close to the German system ones, have been criticized by the Council of Europe? In what ways can comparative law help us further understand the legal issues raised by the investigating judges, source of continuing concern in France? This PhD thesis aims at providing some answers to these questions while trying to avoid an outsider's dry approach to a country's laws, what Jean Carbonnier referred to as *le mythe du législateur étranger*.

The purpose is to go deep into the heart of the German and French proceedings in criminal matters by comparing them thoroughly and considering the paramount influence of the European Union and of the Council of Europe. There will be a critical approach towards the proceedings and an assessment of the pre-trial operational balance acknowledging the leading principles of penal procedure, judicial independence and neutrality, as well as the fundamental rights and freedoms of those affected. In order to decide whether there should be investigating judges, it is necessary to examine more deeply the role played by those who would replace them, namely Public Prosecutors and other pretrial judges like the liberty and custody judge in France or the judge of the investigations in Germany. Would their legal status, duties and effectiveness be different? There will also be a thorough analysis of the principles governing mandatory and discretionary prosecutions, principles which have been applied differently in Germany and in France, and which can have a real influence on the existing national judicial system balance.

Mots-clés

Magistrats / Juge d'instruction / procureur / ministère-public / instruction / enquête / juge de l'enquête (« *Ermittlungsrichter* »)/ juge des libertés et de la détention / avant-procès / mise en état de l'affaire pénale / Union Européenne / Conseil de l'Europe / rights of the defence / droit et liberté fondamentaux / procédure pénale / droit procédural pénal comparé / Allemagne / France / opportunité des poursuites / légalité des poursuites / indépendance de la justice / impartialité de la justice / partie civile / procédure intermédiaire (« *Zwischenverfahren* »)/ action privée (« *Privatklage* »)

Keywords

Judicial officers (« *magistrats* ») / Investigating Judge (« *Juge d'instruction* ») / Public Prosecutor / Public Prosecutor Office / preliminary investigations in the most complex and sensitive criminal cases conducted by the investigating judge (« *instruction* ») / preliminary investigations in the other cases conducted by the Public Prosecutor (« *enquête* »)/ Juge of the investigations (« *Ermittlungsrichter* ») / liberty and custody judge (« *juge des libertés et de la détention* ») / Criminal pre-trial / pretrial proceedings / European Union / Council of Europe / rights of the defense / fundamental rights and freedoms / criminal justice / comparative criminal Justice / Germany / France / prosecutorial discretion / mandatory prosecution / Judicial and prosecutorial Independence / Judicial and prosecutorial Neutrality / civil party («*partie civile*»)/ intermediate proceedings (« *Zwischenverfahren* »)/ civil proceedings (« *Privatklage* »)

SOMMAIRE

– INTRODUCTION –

– PREMIÈRE PARTIE –

LES DROITS FONDAMENTAUX ET PRINCIPES DIRECTEURS DE LA PROCÉDURE PÉNALE : DÉNOMINATEUR COMMUN DE LA MISE EN ÉTAT DE L’AFFAIRE PÉNALE EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE IMPOSANT LA PRÉSENCE DU JUGE DE L’AVANT-PROCÈS

– TITRE 1 – L’AVANT-PROCÈS OU L’IMPOSSIBLE ÉQUILIBRE ENTRE EFFICACITÉ ET GARANTIE DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES

– *Chapitre I – Des fonctions de l’avant-procès au fort potentiel conflictuel*

– *Chapitre II – L’inévitable atteinte aux droits et libertés individuels de la personne lors des investigations et les garanties procédurales pénales prévues à cet effet*

– TITRE 2 – L’INTERVENTION DU JUGE DANS L’AVANT-PROCÈS AUX CÔTÉS DU PROCUREUR COMME GARANTIE DES DROITS DES PERSONNES CONCERNÉES PAR LES MESURES CONTRAIGNANTES

– *Chapitre I – Le Procureur, gage d’impartialité statutaire et fonctionnelle ?*

– *Chapitre II – Le juge, figure de neutralité et d’indépendance, garante des droits et libertés fondamentaux de la personne*

– DEUXIÈME PARTIE –

QUEL ÉQUILIBRE FONCTIONNEL ET STATUTAIRE POUR LES MEMBRES DU MINISTÈRE PUBLIC ET LES JUGES DE L’AVANT-PROCÈS ?

– TITRE 1 – L’ENQUÊTE, CADRE COMMUN À L’AVANT-PROCÈS EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE

– *Chapitre I – La montée en puissance du procureur au détriment des droits et libertés fondamentaux*

– *Chapitre 2 – L’insuffisance des mécanismes de contrôle de l’action du procureur*

– TITRE 2 – LE MAINTIEN ET LE RENFORCEMENT DE L’INSTRUCTION COMME CLEF DE RÉÉQUILIBRAGE DES POUVOIRS LORS DE L’AVANT-PROCÈS

– *Chapitre I – Le juge d’instruction, garantie indispensable des droits des parties et du principe d’indépendance de la justice dans le cadre de l’avant-procès*

– *Chapitre II – Le juge d’instruction, un acteur contrôlé efficacement*

– CONCLUSION GÉNÉRALE –

ABRÉVIATIONS

Abréviations des revues, encyclopédies, textes législatifs et conventionnels francophones

Actualité juridique pénale	AJP
Actualité législative Dalloz	Act. Lég. Dal.
Archives de politique criminelle	Arch. Po. Crim.
Archives parlementaires	Arch. Parl.
Bulletin (officiel)	Bull. (off.)
Code civil	C. Civ.
Code d'instruction criminelle	CIC
Code de procédure pénale	CP
Code pénal	CPP
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	CESDH
Dalloz Actualité	Dal. Act.
Dalloz Analytique	DA
Dalloz périodique	DP
Déclaration des droits de l'homme et du citoyen	DDHC
Gazette du Palais	Gaz. Pal.
Journal du droit international (Clunet)	JDI
Journal officiel	JO
La documentation française	Doc. fr.
La Semaine juridique, Administrations et Collectivités territoriales (LexisNexis)	JCP A
La semaine juridique, édition générale (LexisNexis)	JCP G
Les cahiers du Conseil constitutionnel	Cah. CC
Les petites affiches	LPA
Presses universitaires de France	PUF
Recueil Dalloz	Rec. Dal.
Recueil des décisions disciplinaires du CSM	Rec. déc. disc. CSM
Regards sur l'actualité	Reg. Actu.
Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz	RDPC
Revue de droit pénal (Jurisclasseur)	Dr. pén.
Revue de droit pénal et de criminologie	Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.
Revue de science criminelle et de droit pénal comparé	Rev. Sc. Crim.
Revue française de droit administratif	RFDA
Revue française de droit constitutionnel	RFD Const.
Revue internationale de droit comparé	RIDC
Revue pénitentiaire de droit pénal	RPDP
Revue trimestrielle de droit civil	RTD civ.
Revue trimestrielle de droit européen	RTD eur.

Abréviations générales françaises et latines

Actuel(le)	Act.
Alinéa	Al.
Allemand(e)	All.
Ancien(ne)	Anc.
Article	Art.
<i>Articolo citato</i> , c'est-à-dire article cité précédemment	<i>Art. cit.</i>
Assemblée nationale	Ass. nat.
Assemblée plénière	Ass. plén.
Association Internationale de Droit Pénal	AIDP
Avant	Av.
Chronique	Chron.
Circulaire	Circ.
Code	C.
Comité de suivi de la détention provisoire	CSDP
Commentaire	Comm.
Commission européenne des droits de l'homme	Com EDH
Commission nationale consultative des droits de l'homme	CNCDH
Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité	CRPC
Conseil constitutionnel	CC
Conseil d'État	CE
Conseil supérieur de la magistrature	CSM
Considérant	Cons.
Constitutionnel	Const.
Cour d'appel	CA
Cour de cassation	C. cass.
Cour de cassation, chambre criminelle	Cass. crim.
Cour de cassation, chambre mixte	Ch. mixte
Cour de cassation, première chambre civile	Cass. 1 ^e civ.
Cour européenne des droits de l'homme	CEDH
Décision/décembre	Déc.
Directive/sous la direction de	Dir.
Doctrine	Doct.
Documents parlementaires	Doc. (parl.)
Droit	Dr.
École nationale de la magistrature	E.N.M.
Édition/éditeur/éditrice	Éd.
Également	Égal.
Ensemble	Ens.
Entre autres	E.a.
<i>Et alii/et aliae</i> , c'est-à-dire et autre(s)	<i>Et al.</i>
Et suivant	Et s.
Étude	Ét.
Février	Fév.

Français(e)	Fr.
Garde à vue	GAV
Hors-série	HS
<i>Ibidem</i> , au même endroit, c'est-à-dire dans le même ouvrage immédiatement précité.	<i>Ibid.</i>
Imprimerie	Impr.
Introduction	Intro.
Janvier	Janv.
Juge d'instruction	Jl
Juge des libertés et de la détention	JLD
Juillet	Juil.
Loi	L.
Notamment	Not.
Note	N.
Novembre	Nov.
Numéro	N°
Octobre	Oct.
Officier de police judiciaire	OPJ
<i>Opere citato</i> , c'est-à-dire ouvrage cité précédemment	<i>Op. cit.</i>
Ordonnance	Ord.
Par exemple	P. ex.
Particulièrement, en particulier	Partic.
Pénal(e)	Pén.
Police judiciaire	PJ
Précédemment/précédant(e)/précité(e)	Préc.
Procès verbal	PV
Procédure	Proc.
Question prioritaire de constitutionnalité	QPC
Rapport	Rap.
Recueil	Rec.
Réédition	Rééd.
Référence	Réf.
Relatif/relative	Rel.
République fédérale d'Allemagne	RFA
Septembre	Sept.
<i>Sic</i> (citation textuelle sans modification aucune)	<i>Sic</i>
Siècle	s.
Spécifiquement, spécialement	spéc.
Tribunal correctionnel	Trib. corr.
Union Européenne	UE
(Ancienne) Version (actuelle)	(Anc.) Vers. (act.)
Voir	V.

**Abréviations des revues, commentaires,
textes législatifs et parlementaires allemands**

Signification en allemand	Abréviation all.	Explication en français
Anwaltsblatt	AnwB	Revue des avocats
Archiv des Criminalrechts	Arch. CrimR	Archive de droit criminel
Beck Online Kommentar zur Strafprozessordnung (mit Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren und Mitteilungen in Strafsachen)	BeckOK StPO (mit RiStBV u. MiStra)	Comm. de loi en ligne (Beck) rel. au CPP all. (avec les dir. portant sur les proc. pén. et contraventionnelle et les communications dans le domaine pén.)
Beratungshilfegesetz	BeratungshilfeG	Loi relative à l'assistance juridique
Bundesbeamten-gesetz	BBG	L. rel. aux fonctionnaires fédéraux
Bundesgesetzblatt	BGBI.	Journal officiel de la RFA
Bundestag Drucksachen	BT-Drs.	Documents parlementaires
Deutsche Justiz	DJ	Justice allemande (revue)
Deutsche Richterzeitung	DRiZ	Journal all. des magistrats
Deutsches Richtergesetz	DRiG	Loi all. rel. aux magistrats
Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz	EGGVG	Loi introductive de la loi d'organisation judiciaire
Einführungsgesetz zum Srafgesetzbuch	EGStGB	Loi introductive au code pénal
Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen	BGHSt	Arrêts de la Cour fédérale de Justice en dr. pén. suivis du n° de vol. et des p. (équivalents des bull. crim.)
Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	BVerfGE	Arrêts de la Cour fédérale const. (publications)
Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts	1. StVRG	1 ^e loi de réforme du droit procédural pénal
Europäische Grundrechte- Zeitschrift	EUGRZ	Revue de droits fondamentaux européens
Gerichtskostengesetz	GKG	Loi rel. aux frais judiciaires
Gerichtssaal	GS	Salle d'audience (revue)
Gerichtsverfassungsgesetz	GVG	Loi d'organisation judiciaire
Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität	OrgKG	Loi portant sur la lutte contre les stupéfiants et autres formes de manifestation de la criminalité organisée
Goltdammer's Archiv für Strafrecht	GA	Achive Goltdammer de droit pénal (revue)
Grundgesetz	GG	Loi fondamentale allemande
Heidelberger Kommentar (StPO)	HK	Comm. de l. d'Heidelberg (CPP all.)
HöchstRichterliche Rechtsprechung im Strafrecht	HRRS	Jurisprudence des plus hautes juridictions en dr. pén. (revue)

Jura	Jura	Droit (revue)
JuristenZeitung	JZ	Journal des juristes
Juristische Rundschau	JR	journal juridique
Juristische Schulung	JuS	Formation juridique (revue)
Karlsruher Kommentar (StPO)	KK	Comm. de l. de Karlsruhe (CPP all.)
Kriminologisches Journal	KJ	Journal de criminologie
Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft	KritV	Revue critique trimestrielle rel. à la législation et aux sciences juridiques
Löwe/Rosenberg, Die StPO und das LR ²⁶ GVG (Großkommentar), 26. Auflage		Grand comm. de loi Löwe/Rosenberg, CPP all. et loi d'organisation judiciaire, 26 ^e éd.
Mitteilungen der Max-Planck- Gesellschaft	Mit. MPG	Communiqués de la société Max- Planck
Monatsschrift für Deutsches Recht	MDR	Revue mensuelle de dr. all.
Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform	M SchrKrim	Revue mensuelle de criminologie et portant sur les réformes en droit pénal
Münchener Kommentar, StPO	MüKo	Comm. de loi de Munich, CPP all.
Neue juristische Wochenschrift (Spezial)	NJW(-Spez.)	Nouvelle revue juridique hebdomadaire (Spéciale, supplément bimensuel)
Neue Zeitschrift für Strafrecht (Rechtsprechungsreport)	NStZ(-RR)	Nouvelle revue de droit pénal (rapport jurisprudentiel)
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht	NVwZ	Nouvelle revue de droit administratif
Ordnungswidrigkeitengesetz	OWiG	Code contraventionnel
Polizeigesetz (Nordrhein- Westfalen)	PolG NRW	L. rel. aux forces de police du Land (=État fédéré) de Rhénanie du nord-Westphalie
Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren	RiStBV	Dir. portant sur les proc. pén. et contraventionnelles
Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten	RiVAST	Directives sur la coopération internationale en matière pénale
Strafgesetzbuch	StGB	CP all.
(Reichs)Strafprozessordnung	(R)StPO	CPP all. (du Reich, c'est-à-dire de l'empire)
Strafverfahrensänderungsgesetz	StVÄG	L. de réforme de la proc. pén.
Strafverteidiger	StV	Avocats pénalistes (revue)
StrafverteidigerForum	StraFo	Forum des avocats pénalistes (revue)
Systematischer Kommentar, StPO	SK	Comm. de l. systématique, CPP all.
Verwaltungsverfahrensgesetz	VwVfG	L. générale sur les proc. administratives
Wirtschaft und Statistik	WISTA	Économie et Statistiques (revue statistique de la RFA)

Zeitschrift für das Juristische Studium	ZJS	Revue pour les études juridiques
Zeitschrift für deutsches Strafverfahren	ZStrVerf	Revue rel. au droit procédural pénal
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft	ZStW	Revue rel. à l'ensemble des sciences juridiques pénales
Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik	ZIS	Revue doctrinale internationale de droit pénal
Zeitschrift für Rechtspolitik	ZRP	Revue de droit politique
Zivilprozessordnung	ZPO	Code civil allemand

Abréviations générales allemandes

Signification en allemand	Abréviation all.	Explication en français
Allgemeines Register	AR	Registre général
Alte Fassung	A. F.	Ancienne version
Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens	AE-EV	Projet alternatif de réforme de l'avant-procès
Amtsgericht	AG	Tribunal d'instance
Anmerkung	Anm.	Observation, note jurispr.
Association Internationale de Droit Pénal	AIDP	Association Internationale de Droit pénal
Beschluss	Beschl.	Décision (juridictionnelle)
Besprechung	Bespr.	Analyse, note, observation jurispr.
Bundesgerichtshof	BGH	Cour fédérale de Justice (équivalent de la Cour de cass.)
Bundeskriminalamt	BKA	Office fédérale de police criminelle
Bundestag	BT	Parlement allemand
Bundesverfassungsgericht	BVerfG	Cour fédérale const. all.
Bundesverwaltungsgericht	BVerwG	Cour fédérale administrative all.
Deutscher Richterbund	DRB	Union allemande des magistrats
Ermittlungsrichter	ER	Juge de l'enquête
Ermittlungsverfahren	EV	Avant-procès/enquête
Europäische Menschenrechtskonvention	EMRK	CEDH
Europäische Union	EU	UE
Europäischer Gerichtshof	EUGH	Cour de Justice de l'UE
Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	EGMR	CESDH
Festschrift	FS-(Name)	Mélange suivi du nom de la personne honorée
Gedenkschrift, Gedächtnisschrift	GS-(Name)	Publication commémorative suivie du nom de la personne honorée

Geheime Staatsarchiv	GehStArch Gr.	Archives secrètes de l'État prussien
Generalbundesanwalt	GBA	Procureur général fédéral
Große	Gr.	grand(e)
Großen Senat in Strafsachen	GSSt.	Grande ch. de la section crim. de la Cour fédérale de Justice
Hauptverhandlung	HV	Audience
Internationale Kriminalistische Vereinigung	IKV	Association Internationale de Droit Criminel
Kammergericht	KG	Cour régionale supérieure de Berlin
Landgericht	LG	Tribunal de grande instance
Oberlandesgericht	OLG	Cour régionale supérieure (équivalent des CA françaises)
Regierungsentwurf	RegE	Projet de loi du gouvernement
Registerzeichen beim Generalbundesanwalt für erstinstanzliche Ermittlungsverfahren	BJS	Réf. dossier dans une affaire traitée par le procureur fédéral général pour des enquêtes en première instance
Ermittlungsverfahren	EV	Avant-procès/enquête
Richtervorbehalt	RV	Compétence réservée du juge
Staatsanwalt(schaft) und	StA U.	Procureur/(ministère public) Et
Unschuldsvermutung	UV	Détention provisoire
Untersuchungshaft	UH	Présomption d'innocence
Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin	BerlVerfGH	Cour Constitutionnelle du Land (= État fédéré) de Berlin
Verlag	Verl.	Maison d'édition
Verordnung	VO	Ordonnance
von	V.	De
Wahlperiode, Protokolle	Wahlp. Prot.	Mandature, protocole
Zeichen beim BGH für Verfahren über Beschwerden in Strafsachen	StB	Réf. dossier pour les procédures de recours en droit pénal devant la Cour fédérale de Justice
Zeichen beim BVerfG für Verfahren über Verfassungsbeschwerden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a sowie über Kommunalverfassungsbeschwerden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG	BvR	Réf. dossier auprès de la Cour fédérale const. all. pour les plaintes const. conformément à l'art. 93 al. 1 n° 4a et les plaintes constit. communales sur le fondement de l'art. 93 al. 1, n° 4b de la loi fondamentale
Zu	Z.	Relatif/relative/sur

– INTRODUCTION –

« Aucune puissance ni le roi, ni le garde des sceaux, ni le Premier ministre ne peuvent empiéter sur le pouvoir d'un juge d'instruction. Rien ne l'arrête, rien ne lui commande. C'est un souverain soumis uniquement à sa conscience et à la loi... La société déjà bien ébranlée par l'inintelligence et par la faiblesse du jury serait menacée de ruine si on brisait cette colonne qui soutient notre droit criminel. »

Honoré De BALZAC, *Splendeur et misère des courtisanes*, 1845, 3^e partie (Où mènent les mauvais chemins), Explorer la Comédie humaine, Texte intégral, Académia, 1999, p. 23.

Ein edler Mensch kann einem engen

Kreise

Nicht seine Bildung danken.

Vaterland und Welt muss auf ihn wirken.

Johann Wolfgang Von GOETHE, *Tasso*, 1. Aufzug. 2. Auftritt, 1790.

Wer immer in die Fremde geht, kehrt endlich zu sich selbst zurück

Bernhard GROSSFELD, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, p. 1, 1996.

1. Après de longues années d'âpres négociations, 20 États membres¹ de l'Union Européenne sont finalement parvenus le 12 octobre 2017 à un accord sur la création du nouveau ministère public européen chargé de s'occuper des délits portant atteinte à ses intérêts financiers.² Mais, la question de son articulation avec les juges de l'avant-procès nationaux pour un contrôle effectif des droits des protagonistes privés à la procédure pénale inquisitoire,³ tandis que la phase des investigations dans ces pays mêmes demeure un segment procédural à l'équilibre extrêmement fragile qui interpelle au regard des principes directeurs de la procédure pénale. Terrain d'affrontement entre plusieurs intérêts divergents (I), la mise en état de l'affaire pénale voit les réformes se succéder et représente un véritable challenge pour le législateur national qui peine à trouver la balance idéale entre les fins, les moyens et les exigences d'un procès équitable.⁴ Ma curiosité piquée par la superficialité d'un des projets de réforme

¹ L'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, la Croatie, Chypre, la République tchèque, l'Estonie, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, le Portugal, la Roumanie, la Slovaquie, l'Espagne et la Slovénie.

² Tandis que l'idée avait émergé avec le *Copus juris*, recherche réalisée par la professeure Mireille Delmas-Marty au début des années 1990 à la demande de la Commission Européenne (v. DELMAS-MARTY, Mireille, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne = introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, Paris, Economica, 1997 ; retraçant l'évolution du projet de parquet européen not. THONY, Jean-François, « Genèse du parquet européen, interview », *AJP*, n° 6, 2018, p. 276-278), ce n'est qu'avec le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} déc. 2009, que ce projet se concrétise et accorde une base juridique explicite à la création d'un ministère public européen à l'art. 86 du traité, qui prévoit que le Conseil, à l'unanimité, est en mesure d'adopter un règlement dans ce sens. Le principe d'un procureur européen consacré, il faudra attendre le 12 oct. 2017 pour que celui-ci soit véritablement institué par le règlement n° 2017/1939 qui constitue le premier transfert de souveraineté dans le domaine judiciaire aux fins de protection d'un intérêt général au niveau européen. À préciser que l'avenir de cette nouvelle institution dépendra en très grande partie du contenu des textes de transposition de la directive qui devront être adoptés avant le 6 juil. 2019. Le parquet européen ne deviendra ainsi réalité qu'entre 2020-2021. V. sur ce point not. l'intégralité du dossier à ce sujet dans la revue juridique *AJP* « Dossier: Parquet européen : c'est parti ! », *AJP*, n° 6, 2018, p. 275-297 ; dont not. THONY, Jean-François, « Genèse du parquet européen », *dos. préc.*, p. 276-278 ; CASSUTO, Thomas, « La collaboration entre le procureur européen et les parquets nationaux », *dos. préc.*, p. 279-282 ; CSONKA, Peter, « Le parquet européen : le nouvel acteur de l'espace judiciaire européen », *dos. préc.*, p. 283-286 ; ou encore du côté allemand MAGNUS, Dorothea, « Die endgültige EU-Verordnung zur Europäischen Staatsanwaltschaft - der Große Wurf? », *HRRS*, n° 4, 2018, p. 143-155.

³ V. à ce propos du côté français e. a. CASSUTO, Thomas, « La collaboration entre le procureur européen et les parquets nationaux », *AJP*, 6-2018, *art. cit.*, p. 281-282 ; sur cet aspect du côté allemand p. ex. MAGNUS, Dorothea, « Die endgültige EU-VO z. Europäischen StA », *HRRS*, 4-2018, *art. cit.*, p. 154.

⁴ En France, cela est particulièrement visible dans la succession des réformes en matière de procédure pénale à un rythme effréné qui nuit à l'intelligibilité et à la clarté des textes, raison pour laquelle nombreux sont ceux qui appellent à une réforme de fond du code de procédure pénale. Ces réformes perpétuelles ont d'ailleurs largement impacté l'écriture de cette thèse alors que, jusqu'au moment du dépôt de celle-ci, les lois se sont succédées, la dernière en date étant la loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la Justice apportant encore dans une large mesure des modifications (loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice). À ce sujet, v. e. a. égal. CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », Paris, ass. plén., 20 novembre 2018, p. 1-36, en ligne :

français pour régler la question de la meilleure équation fonctionnelle et statutaire pour les différents acteurs de la phase préparatoire du procès pénal, à savoir le rapport « Léger »⁵ du nom du directeur de la commission correspondante, naquit chez moi le désir de consacrer une

<https://www.cncdh.fr/sites/default/files/181120_avis_sur_la_lutte_sur_la_reforme_de_la_justice_penal_pour_mail.pdf>, consulté dernièrement le 30.04.2019 ; GOETZ, Dorothée, « Réforme de la justice : focus sur la matière pénale », *Dal. act.*, 16 mars 2018 ; BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de procédure pénale relatifs à la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, ét. 6 », *Procédures*, n° 4, 2019 ; « Loi de programmation 2018-2020 : l'essentiel à retenir - Veille, alerte 5 », *Procédures*, n° 4, 2019 ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice : principales dispositions pénales », *Dal. act.*, 2 avril 2019. Pour comprendre véritablement l'étendue de ce phénomène, il suffit de se rapporter aux tables des éditions commerciales du code. Pour donner un ordre d'idée, alors que la partie législative du CPP comprenait 802 articles en 1959, il en comptait plus du double (1722) au 1^{er} juillet 2008, v. : DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, Paris, Economica, 4e édition, 2015, p. 14-16, n° 22-23, p. 18, n° 27 et p. 112-116, n° 209-214. Concernant la frénésie législative en matière pénale, v. notamment (not.) : CANIVET, Guy, « 1958-2005 : Que reste-t-il du Code de Procédure pénale ? Propos introductifs », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, Dalloz, 2007, p. 5-10 ; dans le même ouvrage et du même auteur, « Qui inspire les réformes pénales?, propos introductifs », p. 61-64 ; dans le même ouvrage NADAL, Jean-Louis, « 1958-2005 : Que reste-t-il du Code de Procédure pénale ? », p. 12-14 ; CHEVALLIER, Jean-Yves, « Vol au-dessus d'un nid de réformes. Observations sur des réformes en rafales. L'adaptabilité du législateur dans la lutte contre la criminalité organisée », dans CENTRE DE DROIT PÉNAL DE L'UNIVERSITÉ DE JEAN-MOULIN-LYON 3 (éd.), *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges en l'honneur de Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006 (abrégé *Mélanges Pradel*, 2006), p. 253-269 ; DEBOVE, Frédéric, « L'overdose législative, ét. 12 », *Dr. pén.*, 2004, p. 6-10 ; JEAN, Jean-Paul, « Dossier : Les réformes pénales 2000-2010, entre inflation législative et révolutions silencieuses », *Reg. actu.*, n° 357, 2010, p. 8-22 ; Plus récemment égal. CHAVENT-LECLÈRE, Sophie, « Des évolutions en cours à la révolution attendue en procédure pénale ? Dossier 6 », *Procédures*, n° 1, 2015, en partic. n° 1-3. Du côté allemand, les réformes sont moins nombreuses mais la question de l'équilibre entre les différents intérêts au stade de l'avant-procès revient également régulièrement au cœur des débats lorsqu'il s'agit de réformer la procédure pénale, comme l'indique à juste titre DÖLEMEYER, Barbara, « Ministère public und Staatsanwaltschaft - Der Einfluss des "modèle judiciaire français" im Rheinland », dans e. a. B. DURAND (éd.), *Staatsanwaltschaft, europäische und amerikanische Geschichten*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, p. 85-86. V. à titre d'ex. : BT, « Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrecht, (1. StVRG, 1^e projet de loi sur la réforme de la procédure pénale) », *BT-Drs. (doc. parl.) 7/551*, p. 33, 3^e tiret, en ligne :

<<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/07/005/0700551.pdf>>, consulté dernièrement le 18.04.2016, où la nécessité de la réforme repose en partie sur l'évolution de l'interprétation de l'État de droit qui vient renforcer la position de l'individu et de ses libertés ; ou plus récemment GROBE STRAFRECHTSKOMMISSION DES DEUTSCHEN RICHTERBUNDES (GRANDE COMMISSION DE DROIT PÉNAL DE LA CONFÉDÉRATION DES JUGES), « Gutachten zum Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-)Entwicklungen [rapport relatif aux relations entre le tribunal, le ministère public et la police au cours de l'enquête, à ses règles processuelles et à son évolution (dévoyée ?)] », BMJV, 2008, en ligne :

<http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Das_Verhaeltnis_von_Gericht_Staatsanwaltschaft_und_Polizei_im_Ermittlungsverfahren.pdf?__blob=publicationFile>, consulté dernièrement le 18 avril 2016. Plus réc., v. égal. la réforme concernant le renforcement des droits procéduraux du mis en cause en procédure pénale et portant modification du droit des échevins : « RegE: Zweites Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts », 14 juin 2016, en ligne :

<https://www.BMJV.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Beschuldigtenrecht.html>, consulté dernièrement le 19.04.2019 ; BT, « Zweites Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts », *BGBl.*, partie I, n° 60, septembre 2017, p. 3295.

⁵ COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LA JUSTICE PÉNALE DIRIGÉ PAR PHILIPPE LÉGER, « Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale dit "rapport Léger" », 1 septembre 2009, en ligne :

<http://www.justice.gouv.fr/art_pix/sg_rapport_leger2_20090901.pdf>, consulté dernièrement le 20.04.2019.

recherche au traitement de ce problème de fond de la procédure pénale. L'ancien chef de l'État français, Nicolas Sarkozy, devant les conclusions du comité Léger qu'il avait lui-même chargé de réfléchir à l'évolution de la procédure pénale, faisait alors part le 7 janvier 2009, de son intention de supprimer la fonction du juge d'instruction, pour en confier l'essentiel des attributions aux magistrats du parquet. Il s'agissait ici de remplacer le cadre dualiste de la mise en état de l'affaire pénale⁶ en vigueur (qui comprend aussi bien l'enquête, dirigée par la police judiciaire sous la direction du procureur,⁷ que l'instruction menée par le juge d'instruction personnellement)⁸ par celui unique de l'enquête. Pour appuyer cette intention, il fut fait référence, entre autres, aux modèles d'autres États européens⁹ qui en grande majorité ne comprenaient plus d'institution comparable à celle du juge d'instruction français dans leur système pénal.¹⁰ Cette démarche comparative semble au premier abord particulièrement appropriée pour éviter l'enfermement dans la continuité et la tradition d'un système ainsi que pour ouvrir ses horizons à de nouvelles idées. Pour autant, le danger que le droit comparé ne

⁶ La mise en état de l'affaire pénale s'entend de l'ensemble des investigations effectuées par l'autorité judiciaire afin de réunir les éléments d'information nécessaires à la manifestation de la vérité au vu desquels sera appréciée l'opportunité d'exercer l'action publique ou de saisir la juridiction de jugement et comprend à l'heure actuelle aussi bien l'enquête, que l'instruction (DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1001, n° 1481).

⁷ Art. 12, 41, 53 et 75 CP.

⁸ Art. 81 et 151 CP. Mais le recours toujours plus fréquent du juge d'instruction aux commissions rogatoires (à l'exception des interrogatoires qu'il est tenu de mener lui-même) par lesquelles il délègue ses pouvoirs d'enquêteur à la police judiciaire relativise néanmoins la portée de cette différence majeure. Ainsi apparaît-il désormais, à l'instar du procureur, davantage comme un directeur et un contrôleur d'enquête qui fait appel au même personnel, aux mêmes unités ou services de police chargés sur le terrain des investigations durant l'enquête et l'instruction. V. pour plus de précisions à cet égard dév. aux n° 814 et s., p. 724 et s. et n° 939, p. 834 de cette thèse.

⁹ V. COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LA JUSTICE PÉNALE, « Rapport Léger », 2009, *rap. préc.*, p. 3 et annexe IV. Ainsi, comme le site d'actualité de l'E.N.M. en faisait alors état, la présentation du projet Léger fut précédée, entre autres, d'un éclairage de droit comparé faisant intervenir plusieurs auditeurs rapportant sur les systèmes procéduraux de Grande Bretagne, de l'État de New York, d'Allemagne, d'Espagne et d'Italie lors de la journée du 16 juillet 2009, à l'occasion du regroupement de la promotion des auditeurs de justice.

¹⁰ V. pour un bref aperçu de l'évolution du juge d'instruction à l'étranger MAURO, Cristina, « La suppression du juge d'instruction : éléments de droit comparé », *AJP*, 2010, p. 433-436 ; NITSCHMANN, Kathrin, « Untersuchungsrichter vs Staatsanwalt – Eine Strukturfrage. Überlegungen vor dem Hintergrund von Claude Chabrols Film "l'ivresse du pouvoir" », dans J. LEBLOIS-HAPPE et INSTITUT DROIT ET ÉCONOMIE DES DYNAMIQUES EN EUROPE. METZ (éds.), *Vers un nouveau procès pénal ? Neue Wege des Strafprozesses ?*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 81, 82 et 89 ; PRADEL, Jean, « Un problème français : que faire du juge d'instruction ? », dans MÜLLER-DIETZ, H. (éd.), *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 2007 (abrégé *FS-Jung*, 2007), p. 730 et 731 ; JUNG, Heike, « Der Untersuchungsrichter – ein Nachruf ? », dans R. MOOS (éd.), *Strafprozessrecht im Wandel. Festschrift für Roland Miklau zum 65. Geburtstag*, Innsbruck (e.a.), Studien-Verl., 2006 (abrégé *FS-Miklau*, 2006), p. 229.

devienne qu'un « *argument d'autorité* » est réel.¹¹ Et s'il est incontestable que la comparaison de droits offre des avantages certains au législateur en devenir, il faut en revanche se méfier des « *bazars de droits étrangers* » selon la formule de la Professeure Geneviève Giudicelli-Delage, où chacun fait ses courses dans le sens qui l'arrange (II).¹² Cet avertissement s'impose d'autant plus face aux divergences importantes de l'équilibre de l'avant-procès quand on examine les principes directeurs de la procédure pénale en Allemagne ou en France (III).

I/ L'avant-procès pénal : terrain d'affrontement d'intérêts divergents

2. Point de rencontre d'intérêts divergents générant l'antagonisme, la mise en état de l'affaire pénale est un terrain propice aux atteintes aux droits et libertés fondamentaux de la personne privée et aux principes directeurs de la procédure pénale comme l'indépendance de la justice. Confrontant directement les libertés individuelles, la présomption d'innocence, mais aussi la nécessité de procéder à des investigations pour parvenir à l'éclaircissement des faits délictueux et assurer leur juste répression dans le but de rétablir la paix sociale troublée et de garantir ainsi la protection des intérêts de la société, l'avant-procès se situe au carrefour d'idéologies ambivalentes et conflictuelles.¹³ Et c'est là tout l'équilibre perpétuel de la procédure pénale, qui aspire à concilier la nécessité de préserver l'ordre social et l'obligation de garantir les droits individuels (A).¹⁴ Par ailleurs, la question du contrôle entre les pouvoirs exécutif et judiciaire est également une autre source importante de conflits à examiner à l'aune du principe d'indépendance de la justice (B).

¹¹ PONTTHOREAU, Marie-Claire, « Le droit comparé et la théorie juridique », dans J. DU BOIS DE GAUDUSSON (éd.), *Le devenir du droit comparé en France : journée d'études à l'Institut de France, 23 juin 2004*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 52.

¹² Propos repris par JEAN, Jean-Paul, « Le ministère public français au regard des justices pénales d'Europe », *AJP*, n° 3, 2011, p. 107.

¹³ LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, Paris, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 2011, p. 20, n. 14 ; MERLE, Roger et VITU, André, *Traité de droit criminel, Tome 2. Procédure pénale*, vol. 2, 5^e éd., Paris, Cujas, 2001, p. 16, n° 4 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 19^e éd., 2017, p. 19 et s. n° 3. Du côté allemand v. par ex. Paul Kerbel qui considère que le ministère public « est le point de convergence d'intérêts contraires » (traduit librement de la formule originale « *Sie [die Staatsanwaltschaft] steht damit im Brennpunkt gegensätzlicher Interessen* »), *Zur Stellung, Organisation und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft*, Frankfurt a. M., J. W. Goethe-Universität, 1974, p. 29.

¹⁴ V. l'ens. des réf. préc. en n. 13.

A – L'avant-procès pénal : phase de collision des intérêts de la société avec les droits et libertés de la personne soupçonnée

3. Tandis que le droit pénal jouit d'une certaine stabilité, la procédure pénale fait, elle, l'objet de réflexions et de réformes incessantes,¹⁵ la raison fondamentale de cette instabilité résidant principalement dans la grande difficulté du législateur à trouver un point d'équilibre entre la protection de l'intérêt social attaché à l'éclaircissement des faits délictueux et la nécessité de défendre les droits et libertés de la personne mise en cause.¹⁶ Et c'est précisément lors de la phase préparatoire du procès pénal, objet d'étude de cette thèse, que cet ajustement entre le souci d'efficacité et le respect des droits de la personne se révèle être le plus délicat.¹⁷ Ce stade de la procédure, appelé également avant-procès, ou mise en état de l'affaire pénale, concerne l'ensemble des mesures d'investigations effectuées par l'autorité judiciaire afin de réunir les éléments d'information nécessaires à la manifestation de la vérité qui permettront d'apprécier l'opportunité d'exercer l'action publique ou de saisir la juridiction de jugement.¹⁸ Il comprend ainsi aussi bien l'enquête que, le cas échéant selon les pays, l'instruction.¹⁹ Il s'agit

¹⁵ Jean-Marie Coulon n'hésite pas à parler en ce sens de « *boulimie législative* » dans : *La justice à l'épreuve*, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 67. Guy Canivet, premier président de la Cour de Cassation s'exprimait en 2007 en ces termes : « *C'est un déferlement de lois qui s'est abattu sur notre CPP, devenu chantier permanent* » dans ses propos introductifs au cycle de conférences « la procédure pénale en quête de cohérence » (« 1958-2005 : Que reste-t-il du Code de Procédure pénale ? Propos introductifs », dans C. CASS. (éd.), *La proc. pén. en quête de cohérence*, art. préc., p. 5).

¹⁶ La Cour de Cassation, consultée en 1896 par le Gouvernement français concernant le projet de loi Royer (issue de la Commission Faustin Hélie) décrit parfaitement cet enjeu en ces termes : « *Le problème pénal comportera éternellement deux termes irréductibles : l'intérêt général de la société qui se défend, et l'intérêt personnel de l'homme qu'elle accuse [...]* », propos repris dans la contribution de LAINGUI, André, « Une révolution permanente : la réforme de la procédure pénale française (1780-1958) », dans ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT PRIVÉ, PARIS 2 (éd.), *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2010 (abrégé CP et CIC, livre du Bicentenaire, 2010), p. 81.

¹⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1002, n° 1481. V. aussi PRADEL, Jean, « La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme, chron. LII », *Rec. Dal.*, 1990, p. 301, qui compare la phase préparatoire du procès pénal à « *l'homme malade de la procédure criminelle* » au chevet duquel se pressent régulièrement les médecins pour prescrire chacun leurs « *potions plus ou moins révolutionnaires* » sans qu'aucune ne parvienne réellement à guérir le mal... Le même auteur parlera peu de temps après d'une crise de la mise en état de l'affaire pénale provoquée par « *la sempiternelle hésitation du législateur entre le primat de l'individu et la conciliation entre celui-ci et la société* » se traduisant par une « *suite ininterrompue de lois – parfois même abrogées avant d'être entrées en application* », v. *ibid.*, p. 299.

¹⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1001, n° 1481.

¹⁹ *Ibid.*, p. 21 et 1002, n° 30 et 1481. À cet égard, Hélie Faustin caractérisa de manière très pertinente ce problème dans les termes suivants : « *Deux intérêts également puissants, également sacrés, veulent être à la fois protégés : l'intérêt général de la société, qui veut la juste et prompte répression des délits et l'intérêt des accusés, qui est bien aussi un intérêt social et qui exige une complète garantie des droits de la cité et des droits de la défense. De là, l'un des problèmes le plus difficile que la législation ait à résoudre. Il s'agit de concilier les garanties nécessaires à la conservation de l'ordre dans la société et les garanties que réclame en même temps la liberté civile ; il faut*

d'une phase cruciale²⁰ mais aussi des plus litigieuses de la procédure pénale. Elle représente ni plus ni moins, dans les systèmes à dominance inquisitoire comme la France et l'Allemagne, la « pierre de l'édifice » du procès : il y est en effet constitué le dossier sur lequel la décision de la poursuite et, le cas échéant le verdict des juges, reposera.²¹ En ce sens, c'est elle qui déterminera l'issue de l'affaire et toute « malfaçon » qui l'affecterait serait à même d'entraîner l'effondrement du dossier.²² Certes, le principe d'oralité de la preuve en France, en vertu duquel la juridiction de jugement n'est en principe autorisée à fonder sa décision que sur des éléments probatoires apportés lors de l'audience et débattus contradictoirement,²³ et, davantage encore, celui d'immédiateté (« *Unmittelbarkeitsgrundsatz* », § 250 StPO [abréviation du Code de procédure pénale allemand]) en Allemagne, qui impose au juge du fond de se baser sur ses propres observations et interdit en principe le recours à des preuves médiates (telle la lecture des protocoles de police) pour remplacer les éléments probatoires immédiats,²⁴ limitent la possibilité d'utiliser directement comme preuves les actes réalisés au

que l'accusation ait les moyens de rechercher et de convaincre; que la défense ait les moyens de se justifier; il faut que cette lutte solennelle, qui s'engage entre l'accusé et la puissance publique, ne subisse aucune autre influence que celle de la justice; il faut enfin que l'un et l'autre trouvent dans les institutions judiciaires une protection également efficace, des garanties également fortes" (Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle, Histoire et théorie de la procédure criminelle, vol. 1, Paris, Henri Plon, 1866, p. 4, n° 1).

²⁰ De fait, comme l'indique à juste titre Jean Pradel, « Toute l'importance de cette phase éclate à l'énoncé de sa définition », *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes : rapports de synthèses des colloques de l'ISISC*, Ramonville-Saint-Agne, Erès, 1998, p. 9. Voir aussi du côté allemand : GEISLER, Werner, « Stellung und Funktion der Staatsanwaltschaft im heutigen deutschen Strafverfahren », *ZStW*, vol. 93, n° 4, 1981, p. 1119 et s. ; PETERS, Karl, *Fehlerquellen im Strafprozeß, Band 2 : Systematische Untersuchungen und Folgerungen*, vol. 2, Karlsruhe, Müller, 1972, p. 195 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 120, 142 ; HILGER, Hans, « Über den „Richtervorbehalt“ im Ermittlungsverfahren », dans K. GEPPERT (éd.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlin, de Gruyter, 1990 (abrégé *GS-Karlheinz Meyer*, 1990), p. 224, qui soulignent tous l'importance de l'avant-procès pour le procès lui-même.

²¹ Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer comparent ainsi cette phase à juste titre aux « fondations d'une maison » (*Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 21, n° 30).

²² *Ibid.* ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, op. cit.*, p. 120, 142 ; GEISLER, Werner, « Stellung und Funktion der StA », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1119 et s. ; PETERS, Karl, *Fehlerquellen im Strafprozeß, Band 2 : Systematische Untersuchungen und Folgerungen, op. cit.*, p. 195 ; HILGER, Hans, « Über den „Richtervorbehalt“ im EV », dans *GS-Karlheinz Meyer*, 1990, *art. cit.*, p. 224.

²³ V. à ce propos not. DELMAS-MARTY, Mireille, *Procédures pénales d'Europe*, Paris, PUF, 1995, p. 262 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 866-867, n° 961-962, qui, tout en reconnaissant que le principe a davantage d'importance en Allemagne, souligne les ressemblances entre la règle française d'oralité des preuves et la maxime allemande d'immédiateté, la connaissance directe et immédiate requise par le principe allemand s'obtenant la plupart du temps par l'oralité ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « L'immédiateté de l'administration de la preuve », dans J. LEBLOIS-HAPPE et C.-F. STUCKENBERG (éds.), *Was wird aus der Hauptverhandlung?*, Göttingen, V&R unipress, 2014, p. 83 et s.

²⁴ V. à ce sujet not. FRISTER, Helmut, « Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme », dans J. LEBLOIS-HAPPE et C.-F. STUCKENBERG (éds.), *Was wird aus der Hauptverhandlung?*, Göttingen, V&R Unipress, 2014, p. 65 et s. ; DELMAS-MARTY, Mireille, *Procédures pénales d'Europe, op. cit.*, p. 83.

cours de l'enquête ou de l'instruction préparatoire.²⁵ L'influence des investigations lors de la mise en état sur les constatations retenues pour catégoriser l'infraction n'en demeure pas moins largement décisive alors que les erreurs commises à ce stade seront extrêmement difficiles à rectifier par la suite.²⁶ Or, pour atteindre son objectif, à savoir, dans l'idéal, la manifestation de la vérité ou tout du moins, l'établissement de charges suffisantes pour un renvoi en jugement devant la juridiction compétente, l'État peut avoir recours à des mesures comme la détention provisoire, susceptibles de porter gravement atteinte à la liberté individuelle. Le redoutable appareil étatique s'oppose alors à la personne privée mise en cause et le déséquilibre structurel originel peut conduire en l'absence de contre-pouvoirs adéquats à l'anéantissement de la partie la plus faible, alors même que celle-ci est présumée innocente jusqu'à son jugement. L'affaire « d'Outreau »²⁷ en France, en fut la triste illustration et rouvrit le débat sur le problème de l'équilibre des fonctions entre les acteurs de l'avant-procès,²⁸ le juge d'instruction ayant ici souvent servi de bouc émissaire, origine du mal de l'avant-procès français du fait de son caractère décrit par certains comme « *schizophrène* »²⁹ d'enquêteur et de juge.

²⁵ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 866, n° 961.

²⁶ V. en ce sens l'ens. des réf. préc. en n. 20

²⁷ Dans cette affaire, 17 personnes ont été renvoyées devant la Cour d'assises du chef de viols en réunion sur mineurs de 15 ans. 13 d'entre elles furent acquittées, 7 par arrêt de la Cour d'assises du Pas de Calais du 2 juillet 2004 et 6 autres, en appel, par arrêt de la Cour d'assises de Paris du 1^{er} déc. 2005. Le scandale vient d'abord de l'étendue du démenti ainsi infligé au juge d'instruction et de la gravité de l'atteinte portée à l'honneur et à la considération des personnes innocentées (dont deux se sont suicidées), perçues pendant la durée de la procédure comme des « monstres ». À cela s'ajoute le fait qu'à l'exception de l'une d'entre elles, toutes avaient subi une détention provisoire, parfois particulièrement longue : de plus de trois ans pour deux d'entre elles, de plus de deux ans pour six d'entre elles et de plus d'un an pour deux autres. V. pour un court exposé du cas DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 13 et 14, n° 20 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 67 et s., n° 70. Pour une analyse détaillée voir le rapport de l'ass. nat. en libre accès sur son site (Rapport d'enquête de M. Philippe Houillon chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, n° 3125, juin 2006, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp>>, consulté dernièrement le 25.04.2016). V. égal. pour une analyse critique des causes du scandale e. a. « Dossiers consacrés aux suites de l'affaire d'Outreau », *AJP*, n° 10, 2006, p. 385-399 ; « Dossiers consacrés aux suites de l'affaire d'Outreau », *AJP*, n° 9, 2006, p. 333-349 ; GARAPON, Antoine et SALAS, Denis, *Les nouvelles sorcières de Salem : leçons d'Outreau*, Paris, Seuil, 2006 ; INCHAUSPÉ, Dominique, *L'erreur judiciaire*, Paris, PUF, 2010, p. 369 et s.

²⁸ L'affaire a ainsi conduit à une profusion de commentaires et de nombreux ouvrages lui ont même été dédiés tels que par exemple GARAPON, Antoine et SALAS, Denis, *Les nouvelles sorcières de Salem*, *op. cit.* ; AUBENAS, Florence, *La méprise*, Paris, Éd. du Seuil, 2005.

²⁹ BADINTER, Robert, « La mort programmée du juge d'instruction », *Le Monde*, 21 mars 2009, p. 17 qui critique le cumul des fonctions d'investigation et décisionnelles du juge d'instruction.

B – L'avant-procès : théâtre d'une lutte des pouvoirs exécutif et judiciaire

4. Enfin, la phase préparatoire du procès est, il est vrai plus encore en France qu'en Allemagne, le théâtre d'une véritable lutte au sein même de l'État entre le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire, dont le statut ambigu³⁰ du procureur est l'illustration. Il s'agit ici de considérer l'exercice de l'action publique confié au procureur qui, d'un côté réclame une cohérence d'ensemble d'une politique pénale dont le gouvernement apparaît comme l'organe de contrôle légitime³¹ et qui, d'un autre côté, appartient à la société entière et doit à ce titre obéir aux seuls impératifs de justice.³² Cette pluralité de tendances à laquelle est soumis le procureur n'engendre en général aucune difficulté dans la pratique puisque le pouvoir exécutif n'est pas censé poursuivre d'autres intérêts que ceux de la société et de la justice.³³ Et pourtant, il ne peut être entièrement exclu que le pouvoir exécutif cède à la tentation d'user de son autorité sur le procureur afin que ce dernier préserve dans le cadre d'une affaire pénale ses intérêts politiques personnels contraires à ceux de la société. Il pourra en ce sens profiter de ses pouvoirs hiérarchiques sur le parquet pour instrumentaliser certains faits délictueux au grand potentiel médiatique dans le but de promouvoir la politique poursuivie par le gouvernement ou tenter de protéger les siens lorsque l'implication de membres éminents de la scène politique est en jeu dans des affaires particulières.³⁴ Plane alors la menace que la

³⁰ JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, n° 15, 1993, p. 15.

³¹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 593, n° 835. C'est cet aspect qui pousse Treilhard à assimiler le procureur à « l'œil du gouvernement », propos repris par HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle, vol. 1, op. cit.*, p. 577 n° 487.

³² HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle, vol. 1, op. cit.*, p. 577 n° 487.

³³ *Ibid.*, p. 578, n° 487.

³⁴ Il suffit ici de se rapporter aux très nombreuses affaires politico-financières qui ne cessent de défrayer la chronique en France. La commission dite « Truche » n'hésitera pas en ce sens à souligner « la multiplication d'affaires de corruption mettant en cause des responsables politiques et économiques » qui participe assurément à faire naître « une réelle suspicion de l'opinion publique préjudiciable à la démocratie », (TRUCHE, Pierre (dir.) « Rapport au Président de la République de la commission de réflexion sur la Justice dite "Commission Truche" », décembre 1997, doc. fr., p. 10, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/974072100.pdf>>, consulté dernièrement le 26.04.2016). Tous les praticiens français interrogés pour les besoins de ma thèse m'ont par ailleurs confirmé l'existence de pressions politiques plus ou moins fortes selon les différentes législatures. Ils notaient néanmoins une nette amélioration de la situation depuis la législature sous François Hollande lors de laquelle a, e. a., été prohibée explicitement l'intervention du garde des Sceaux dans les affaires individuelles par la loi n° 2013-69 du 25 juillet 2013 (v. art. 30 al. 3 CPP). Du côté allemand, la pression de l'exécutif est moins forte mais le problème, présent dès les origines de la procédure pénale allemande réformée (V. not. WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 93 ; MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen*, Stuttgart [u.a.], Cotta, 1845, p. 104), n'a pas entièrement disparu (v. les dernières affaires évoquées au n° 58, p. 72 de cette thèse).

proximité et la dépendance du procureur du pouvoir exécutif mette à mal le principe de l'indépendance de la justice au détriment des personnes soupçonnées.

5. La difficile résolution de ce problème de fond est particulièrement visible dans la simple considération de la diversité des statuts du parquet en Europe.³⁵ En effet, si les juges ont des statuts et garanties constitutionnelles d'indépendance similaires dans les deux pays à l'étude dans cette thèse, le statut des procureurs est lui très disparate et reste dans la pratique très controversé.³⁶ L'Allemagne et la France sont à cet égard un échantillon particulièrement représentatif de cette diversité : en Allemagne, les membres du ministère public ont le statut de fonctionnaire soumis hiérarchiquement au ministre de la justice,³⁷ mais le principe de légalité des poursuites³⁸ est ici censé protéger les investigations d'une prise illégale d'influence de la part du pouvoir politique en place, le ministre de la Justice étant lui-même soumis au principe de légalité.³⁹ En France, les procureurs ont certes la qualité de magistrat⁴⁰ mais ils restent soumis au contrôle du ministère de la justice.⁴¹ Ainsi ne bénéficient-ils pas des mêmes garanties que les juges contrairement, par exemple, à leurs homologues italiens⁴². Par ailleurs, le principe d'opportunité des poursuites valant dans le système français⁴³ tend à favoriser l'intervention du ministre de la Justice, puisqu'il lui revient de donner les lignes générales de la conduite de ce principe.⁴⁴ Le garde des Sceaux pouvait même – jusqu'à ce que

³⁵ C. LAZERGES, ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT COMPARÉ et UNITÉ MIXTE DE RECHERCHE DE DROIT COMPARÉ (éds.), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006 rend très bien compte de cette situation hétéroclite.

³⁶ V. la suite des dév., p. 65 et s., n° 51 et s. ainsi que n° 184 et s., p. 198 et s.

³⁷ § 146 GVG (loi sur l'organisation judiciaire).

³⁸ §§ 152, 160 StPO (CPP allemand).

³⁹ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, 29^e éd., München, C.H. Beck, 2017, chap. 1, § 9, n° 12 et chap. 2, § 14, n° 2.

⁴⁰ Ainsi l'art. 64 de la Constitution française affirme leur indépendance statutaire.

⁴¹ Le lien de subordination à l'autorité hiérarchique du Garde des Sceaux résulte de l'art. 5 de l'ord. du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, n° 58-1270.

⁴² En Italie, l'indépendance des procureurs résulte d'une part, de leur statut de magistrat afférent à leurs fonctions – ils bénéficient à ce titre des garanties constitutionnelles similaires à celles des juges (l'indépendance n'est certes pas expressément prévue par la Constitution, mais elle se dégage des art. 104, 107, 108 al. 2 et 110 de la Constitution de la République italienne, v. PARIZOT, Raphaële, « Au nom de l'indépendance : Le ministère public en Italie », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, op. cit., p. 105 ; DUCOULOUX-FAVARD, Claude, « La position du ministère public italien », dans J. LELIEUR (éd.), *Combattre la corruption sans juge d'instruction*, Université de Rouen, Secure finance, 2011, p. 37-44 ; TONINI, Paolo, *Manuale di procedura penale*, Mailand, Giuffrè, 2009, p. 102) – et, d'autre part, du principe de la légalité des poursuites exprimé à l'art. 112 de la Constitution de la République italienne, v. CHIAVARIO, Mario, *Diritto processuale penale*, 6^e édition, Turin, UTET, 2015, p. 129, chap. V, n° 7.

⁴³ Art. 40-1 Code de procédure pénale (CPP).

⁴⁴ Art. 30 et 35 CP. V. également DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 773 et s. n° 1139 et s.

la loi n° 2013-69 du 25 juillet 2013 prohibe avec l'art. 30 al. 3 CPP explicitement cette pratique – intervenir dans les affaires individuelles (v. anc. art. 30 CPP). C'est en grande partie ce qui explique que le juge d'instruction, chargé de conduire les investigations sur saisine préalable du procureur⁴⁵ ou à la suite de l'introduction d'une plainte à la victime⁴⁶ et sur lequel – contrairement au procureur – le pouvoir exécutif n'a aucune prise, soit souvent perçu comme un symbole de lutte contre la corruption de la classe politique. Or, la figure de ce magistrat semble très fragilisée alors qu'il cristallise de plus en plus souvent l'ensemble des critiques faites à la mise en état de l'affaire pénale. Ainsi selon certains, sa suppression en France, telle qu'elle a déjà eu lieu en Allemagne et en Italie, permettrait de mettre fin à la plus grande partie des maux de l'avant-procès pour mener enfin à l'équilibre procédural idéal recherché.⁴⁷ C'est ici aussi la position finalement défendue par plusieurs projets de réforme pénale en France dont le rapport de fond « *Justice pénale et Droit de l'homme* » en 1990⁴⁸ et dernièrement en 2009 le rapport plus superficiel « *Léger* ». ⁴⁹ Et, si l'idée d'une complète suppression de l'institution n'est plus à l'ordre du jour depuis lors, le législateur continue de poursuivre plus insidieusement son dessein en marginalisant cet acteur dès que l'occasion s'en présente, comme semblait le dénoncer à juste titre le Conseil constitutionnel dans sa plus longue décision jamais rendue⁵⁰ alors qu'il censurait partiellement la dernière loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice⁵¹.⁵² C'est donc sur cette question, toujours d'entière actualité, que cette thèse souhaite revenir sous l'angle du droit comparé

⁴⁵ Art. 80 CP.

⁴⁶ Art. 85, 86 CP. En effet, conformément à l'art. 51 CPP, le juge d'instruction ne peut, contrairement au procureur, s'autosaisir. V. aussi plus précisément les dév. n° 830 et s., p. 738 et s. de cette thèse.

⁴⁷ À titre d'ex. : GERBER, François, *De l'inutilité du juge d'instruction*, Paris, Bourin, 2010 ; DECOCQ, André, « Dialogue des morts sur la réforme de la procédure pénale », dans J.-M. COULON (éd.), *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010 (abrégé *Mélanges Guinchard*, 2010), p. 939-949 ; GUINCHARD, Serge, « De l'irresponsabilité des juges d'instruction, pour combien de temps encore ? », dans *Mélanges Pradel*, 2006, *op. cit.*, p. 349-367 etc. V. pour un exposé succinct et référencé sur la question de l'utilité du juge d'instruction : GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 97 et s., n° 104 et s.

⁴⁸ COMMISSION JUSTICE PÉNALE ET DROITS DE L'HOMME DITE AUSSI "DELMAS-MARTY", « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », doc. fr., 1991, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/914059500/>>, consulté dernièrement le 28.04.2016.

⁴⁹ COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LA JUSTICE PÉNALE, « Rapport Léger », 2009, *rap. préc.*

⁵⁰ V. communiqué de presse relatif à la déc. n° 2019-778 DC du 21.03.2019 sur le site du CC

⁵¹ L. n° 2019-222 du 23.03.2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁵² En ce sens JACQUIN, Jean-Baptiste, « La réforme de la justice partiellement censurée », *Le Monde*, 23 mars 2019, p. 12 à propos de la déc. du CC du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice.

en menant une réflexion approfondie sur les modèles de l'avant procès français et allemand pour tenter de sortir des ornières imposées par les limites frontalières.

II/ La comparaison des systèmes procéduraux pénaux allemand et français : une comparaison justifiée

6. La première question qui se pose en amont de cette thèse est naturellement avant tout celle de la pertinence d'une comparaison entre la France et l'Allemagne (A), et d'une explication de sa méthode (B).

A – L'utilité et la justification de la comparaison de l'avant-procès allemand et français

7. L'utilité du droit comparé en général pour le législateur en devenir est désormais chose acquise.⁵³ Ainsi permet-il de « distraire de l'idée fixe »⁵⁴ le juriste national qui a « tendance à penser le droit en termes de continuité, de fixité et de stabilité »⁵⁵ ; il lui permet un raisonnement « en termes de mouvement »⁵⁶, « une réflexion juridique dynamique »⁵⁷ et riche du fait de la diversité des systèmes confrontés⁵⁸. C'est une source d'inspiration qui offre pour un même problème – soit ici la conciliation des intérêts divergents de l'avant-procès – une multitude de solutions dont on a la possibilité au-delà du dogme d'apprécier la pratique et d'en tester l'effectivité, en observant les répercussions qu'a produit une réforme dans un pays

⁵³ V. à ce sujet e. a. KISCHEL, Uwe, *Rechtsvergleichung*, München, Beck, 2015, p. 57 et s., n° 22 et s. ; NUVOLONE, Pietro, « Il diritto penale comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale », *Indice penale*, 1980, p. 5 et s. ; CADOPPI, Alberto, « Les six niveaux de la comparaison », dans *Mélanges Pradel*, 2006, *op. cit.*, p. 730 et s. ; SCHULZ, Hans, « Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung », dans H.-H. JESCHECK et G. KAISER (éds.), *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, p. 20 et s. ; PRADEL, Jean, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2008, p. 12-13 ; ANCEL, Marc, « Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative », dans M. ROTONDI (éd.), *Buts et méthodes du droit comparé*, Padova, Cedam, 1973, p. 4.

⁵⁴ LEGRAND, Pierre, « Comparer », dans CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ (éd.), *Le droit comparé : aujourd'hui et demain, Colloque, 1er décembre 1995*, Paris, Société de législation comparée, 1996, p. 60.

⁵⁵ ANCEL, Marc, « Intérêt et nécessité nouvelle de la recherche pénaliste comparative », dans *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Paris, Pédone, 1980, p. 8.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ PARIZOT, Raphaële, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée : le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment d'argent en France et en Italie*, Paris, Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2010, p. 24, n° 32.

⁵⁸ GLEB, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT, B. de LAMY et M. GIACOPELLI (éds.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Paris, Dalloz, 2009, p. 203-204.

donné.⁵⁹ De plus, cette question implique de traiter tout un pan de notre procédure pénale et tout changement en la matière réclame de repenser l'intégralité de la phase concernée, la prise de mesures esseulées étant ici à même de menacer la cohérence et l'équilibre de la mise en état de l'affaire pénale.⁶⁰ Or, une telle restructuration représente une prise de risque non négligeable, qu'une observation attentive et approfondie d'un système étranger, similaire au bon fonctionnement déjà en place, peut permettre de minimiser tout en rassurant le législateur et en évitant l'écueil de l'utopie.⁶¹ En résumé, la comparaison constitue « *un vecteur de circulation des idées* » qui a pour but « *de promouvoir [...] la décentration de l'horizon du juriste* ». ⁶² Cet exercice, loin de mener à la négligence de son propre droit, permet bien plus de mieux le cerner⁶³ et ce, malgré les écarts des systèmes constatés. En effet, les divergences entre institutions voisines permettent de prendre conscience de l'importance d'éléments dont on aurait négligé, voire ignoré l'existence et l'opposition.⁶⁴ Le droit comparé fera ici ressortir le réseau subtil et profond des liens, des rapports entre les diverses institutions que sont le ministère public et les juges de l'avant-procès. Il permettra ainsi de révéler si le juge d'instruction est un acteur essentiel de l'avant-procès au regard des principes directeurs de la procédure pénale et s'il constitue la nature intime du système français, les assises auxquelles on ne peut toucher sans procéder à une révision générale des idées morales et structures sociales qui les ont inspirées. En d'autres termes et pour reprendre la célèbre formule de Balzac, le magistrat instructeur est-il la « *colonne vertébrale* »⁶⁵ de notre droit

⁵⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, « Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform », *ZStW*, vol. 86, n° 3, 1974, p. 765 ; RODIÈRE, René, *Introduction au droit comparé*, Barcelone, Institut de Droit Comparé du Conseil Supérieur des Recherches Scientifiques de l'Espagne [e.a.], 1967, p. 30.

⁶⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 14 et s., n° 22-28.

⁶¹ RODIÈRE, René, *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 30 ; en ce sens égal. GLEß, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans MALABAT ET AL. (éd.), *Opinio doctorum*, *art. cit.*, p. 204.

⁶² LEGRAND, Pierre, « Comparer », dans CENTRE FR. DE DR. COMPARÉ (éd.), *Le droit comparé : aujourd'hui et demain*, *art. cit.*, p. 60.

⁶³ Ainsi celui qui part à la découverte de l'étranger finit-il par se trouver lui-même (traduction libre d'après la formule originale „*Wer immer in die Fremde geht, kehrt endlich zu sich selbst zurück*“, GROßFELD, Bernhard, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr, 1996, p. 1) ; ou comme le rappelle Marc Ancel : „*le droit comparé permet au juriste une meilleure connaissance et une meilleure compréhension de son droit dont les caractères particuliers se dégagent mieux au vu d'une comparaison avec l'étranger* », ANCEL, Marc, *Utilité et méthodes du droit comparé : éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Ides et calendes, 1971, p. 9-10 ; V. dans ce sens égal. PRADEL, Jean, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 11 ; KISCHEL, Uwe, *Rechtsvergleichung*, *op. cit.*, p. 56, n° 20-21 ; LEGRAND, Pierre et SACCO, Rodolfo, « Questions à Rodolfo Sacco », *RIDC*, vol. 47, n° 4, 1995, p. 944, n° 1-4.

⁶⁴ RODIÈRE, René, *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁵ DE BALZAC, Honoré, « Splendeur et misère des courtisanes », dans *L'œuvre de Balzac.*, vol. 5, Paris, Le Club français du livre, 1962, p. 391, 3^e partie (Où mènent les mauvais chemins).

criminel ? C'est ici par le biais du droit comparé qu'il sera recherché une réponse pour établir le fondement du système de l'avant-procès français en le confrontant au modèle allemand pour éclairer tout ce qui, dans ces systèmes est fioritures, cloisonnements légers qui ne soutiennent pas l'édifice.⁶⁶

8. Enfin le droit comparé permet de révéler un fond de valeurs communes permettant, en Europe, de renouer avec l'idée d'un *jus commune*,⁶⁷ d'autant plus nécessaire dans le contexte de développement de l'espace européen en matière de coopération judiciaire.⁶⁸ Ainsi cette comparaison pourrait aider à mieux cerner les enjeux à venir pour l'articulation du nouveau ministère public européen avec les instances nationales déjà en place. Et pourquoi ne pas alors tendre à se rapprocher du rêve de tout comparatiste⁶⁹ et espérer ici voir émerger de cette comparaison un modèle idéal en mesure de solutionner, du moins pour partie, la question de l'agencement du procureur européen avec les acteurs judiciaires nationaux ?

9. L'utilité prouvée du droit comparé en général, il convient plus précisément de s'attacher désormais à la justification du choix des systèmes de droit ici confrontés, à savoir l'avant-procès pénal allemand et français. De prime abord, « *les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre... Elles doivent être relatives au physique du pays, au climat, à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur, au genre de vie des peuples... ; elles doivent se rapporter... à la religion des habitants, à leurs inclinaisons, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières...* ».⁷⁰ Ainsi pour qu'une comparaison soit

⁶⁶ RODIÈRE, René, *Introduction au droit comparé*, op. cit., p. 38.

⁶⁷ DELMAS-MARTY, Mireille, *Pour un droit commun*, Paris, Éd. du Seuil, 1994 ; DELMAS-MARTY, Mireille, *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, Textuel, 2005 ; RENOUX-ZAGAMÈ, Marie-France, « Jus commune », dans L. CADIEU et S. AMRANI-MEKKI (éds.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 720 et s.

⁶⁸ On pense ici tout naturellement au niveau européen à l'ouvrage DELMAS-MARTY, Mireille, *Corpus juris*, op. cit. V. aussi sur l'intérêt du droit comparé pour les projet d'harmonisation du droit : KISCHEL, Uwe, *Rechtsvergleichung*, op. cit., p. 68 et s. n° 41 et s.

⁶⁹ PRADEL, Jean, *Droit pénal comparé*, op. cit., p. 23 ; SCHULZ, Hans, « Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung », dans H.-H. Jescheck (éd.), *Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft*, art. cit., p. 21-22. V. aussi LISZT, Franz (von), « Zur Einführung - Rückblick und Zukunftspläne », dans INTERNATIONALE KRIMINALISTISCHE VEREINIGUNG (éd.), *Die Strafgesetzgebung, der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*, vol. 1, Berlin, O. Liebmann, 1894, p. XII, XIX et XXI dont l'objectif idéal était de parvenir, déjà à l'époque, à voir se détacher des travaux de droit comparé un „code de droit pénal européen“.

⁷⁰ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède (de), *De L'Esprit des lois*, Paris, Garnier frères, 1871, liv. I, chap. III, al. 12.

somme toute possible il faut avant tout trouver des points communs rapprochant les systèmes comparés.⁷¹

10. Le choix est certes nécessairement subjectif puisqu'il faut, pour que le travail de comparaison soit de qualité, opérer une sélection selon ses propres qualifications (langues maîtrisées, systèmes connus et étudiés etc.). Il n'en reste cependant pas moins justifié par des critères objectifs tenant à la proximité de ces ordres juridiques, tant sur le plan historique (1) que du fait de leur appartenance à des mêmes ensembles supra-étatiques communs, imposant le respect de principes directeurs similaires de la procédure pénale (2). De fait, pour reprendre la formule de la Professeure Jocelyne Leblois-Happe sur le système procédural allemand, « *Le droit d'Outre-Rhin se prête particulièrement bien à un tel exercice. De tradition romano-germanique comme le droit français, il est suffisamment proche de celui-ci pour que la comparaison soit aisée et dénuée d'artifice et suffisamment éloigné pour qu'elle présente un intérêt et se révèle fructueuse* ». ⁷²

1) Une justification historique

11. C'est donc d'abord parce que ces deux pays se réclamaient de la même tradition – avant que l'Allemagne, en 1974, ne supprime le juge d'instruction – et qu'ils restent tous deux fortement inspirés d'un système inquisitoire continental⁷³ qu'une comparaison semble ici particulièrement propice. Considérant l'importance de l'histoire du droit pour toute comparaison, celle-ci contribuant, à côté des éléments culturels, politiques et sociaux, à donner des clefs de lecture indispensables pour la compréhension d'un système donné,⁷⁴ il

⁷¹ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande. L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celles du juge dans la phase préliminaire du procès », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence, op. cit.*, p. 241.

⁷² GLEB, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et al. (éd.), *Opinio doctorum, art. cit.*, p. 205 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence, art. cit.*, p. 241.

⁷³ V. pour le rapprochement du système français au système allemand : JUNG, Heike, « Le procès pénal en RFA », dans M. DELMAS-MARTY (éd.), *Procès pénal et droits de l'homme : vers une conscience européenne, actes de colloque, Paris, 26 et 27 mars 1991*, Paris, PUF, 1992, p. 110 ; MATHIAS, Éric, « Le ministère public en Allemagne au XIX^{ème} siècle », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 297 et s.

⁷⁴ Ainsi, le fait que le droit ne doit jamais être considéré à part, c'est-à-dire sans l'histoire, la vie politique sociale et culturelle du pays, est un principe capital érigé dès les débuts du droit comparé. V. e. a. VON FEUERBACH, Paul-Johann-Anselm, « Versuch einer Criminaljurisprudenz des Koran », *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, vol. 2, 1804, p. 164-166 ; SCHULZ, Hans, « Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung », dans H.-H. Jescheck (éd.), *Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft, art. cit.*, p. 14 ; MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, *Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Europa and Amerika, über ihre Vorzüge, Mängel und Abhülfe*, Erlangen, F. Enke, 1865, p. 1, 22, 43, 96 et s.

semble ici fondamental de rappeler certains éléments historiques essentiels pour appréhender l'évolution et la place actuelle tant des juges de l'avant-procès que des procureurs. L'exposé n'a pas vocation à l'exhaustivité mais souhaite seulement rappeler au regard du passé les ressemblances mais aussi les différences nécessaires à la bonne compréhension des systèmes confrontés.

a. Le Code d'instruction criminelle (CIC) ou l'avènement de la procédure pénale européenne « moderne »

12. Il semble ici tout naturel de commencer par présenter l'évolution historique du modèle français reposant sur le Code d'instruction criminelle, celui-ci marquant l'avènement du ministère public moderne en Europe⁷⁵ et dessinant par là « l'ossature » de l'avant-procès tel que nous le connaissons aujourd'hui aussi bien en France qu'en Allemagne. La première chose qui interpelle est ici l'omniprésence du juge d'instruction.⁷⁶ Ainsi Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer n'hésitent-ils pas, dans leur ouvrage de référence en procédure pénale, à faire remonter la structure de la mise en état de l'affaire pénale à l'ordonnance criminelle de 1690, celle-là même qui institua le lieutenant criminel, communément présenté comme l'ancêtre⁷⁷ du juge d'instruction. Ils considèrent à cet égard que le développement imparfait de la procédure pénale de ce côté du Rhin est largement dû au fait du législateur, « qui le regard rivé sur le magistrat instructeur, n'a jamais pensé globalement la phase préparatoire du procès ».⁷⁸

13. C'est en France le Code d'instruction criminelle (CIC),⁷⁹ promulgué le 16 décembre 1808 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1811, qui introduit les principes fondamentaux dominant encore aujourd'hui notre procédure pénale.⁸⁰ Face au dilemme d'un système

⁷⁵ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, Paris, CNRS, 1999, p. 17 et s. ; JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, art. cit., p. 16.

⁷⁶ À cet égard, les étudiants du Master 2 Droit pénal et sciences criminelles de l'université de Toulouse n'hésiteront pas à affirmer que « l'histoire du juge d'instruction est indissociable de l'histoire de la procédure pénale française », v. « L'avenir du juge d'instruction », *Droit pénal*, septembre 2007, p. 6.

⁷⁷ GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Paris, Dalloz, 2019 2018, p. 16, n° 11.05 ; ÉTUDIANT DU MASTER 2 DROIT PÉNAL ET SCIENCES CRIMINELLES DE TOULOUSE, « L'avenir du juge d'instruction », art. cit., p. 6.

⁷⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 21, n° 31.

⁷⁹ Texte intégral du Code de l'instruction criminelle de 1808 disponible en ligne : <http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808.htm>, consulté dernièrement le 21 avril 2016.

⁸⁰ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2018, p. 66-67 n° 78 et 80.

accusatoire, tel celui dominant lors du droit intermédiaire en France ou en Angleterre, ou inquisitoire à l'image de celui de l'Ancien Régime – dont il n'était néanmoins pas question de reproduire les excès tel l'emploi de la torture – le législateur post-révolutionnaire privilégia finalement « *une solution transactionnelle* ». ⁸¹ Il opéra un partage du procès en deux phases : l'une, préparatoire de type inquisitoire – objet de cette thèse – dans laquelle le procureur ainsi que le juge d'instruction comme juge professionnel unique sont les acteurs prépondérants et l'autre, de jugement de type accusatoire. ⁸² Le magistrat instructeur était cependant cantonné au départ dans des fonctions d'enquêteur et ne détenait aucun pouvoir juridictionnel, le contentieux de la détention provisoire relevant bien plus de la chambre du conseil ⁸³ qui était chargée de trancher pour les demandes de mise en liberté (art. 114 CIC). ⁸⁴ Il revenait de surcroît à cette même Chambre, que le juge d'instruction était tenu d'informer régulièrement du cours de ses affaires, de prendre la décision relative au règlement de la procédure (art. 127 et 128 CIC). Certes le magistrat instructeur disposait du pouvoir de placer une personne sous mandat de dépôt (art. 94 CIC). Cette décision n'était néanmoins originellement pas conçue comme une décision juridictionnelle susceptible de recours. ⁸⁵ En outre, ce dernier était un juge à l'indépendance entravée, subordonné au parquet (art. 57 et 279 CIC). ⁸⁶

14. Cet élément vient rappeler ici l'interdépendance de ces deux acteurs de l'avant procès dès leurs origines et leur poids égal pour juger de la question de l'équilibre de cette phase. Le procureur est, dès son apparition, un organe ambivalent au double visage. ⁸⁷ Ses origines en France sont sujettes à de nombreuses controverses. ⁸⁸ Sans vouloir entrer dans les méandres

⁸¹ *Ibid.*, p. 66, n° 79.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Il s'agit en l'espèce d'une formation de trois juges au sein de laquelle siégeait le juge d'instruction en qualité de rapporteur.

⁸⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 23, n° 34.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 23, n° 34.

⁸⁶ Le procureur était ainsi appelé à évaluer le juge d'instruction comme n'importe quel officier de police judiciaire jusqu'en 1959. Lorsqu'il existait plusieurs juges d'instruction dans un tribunal, la répartition des dossiers entre eux était par ailleurs décidée par le procureur impérial – devenu par la suite procureur de la République – lequel pouvait de la sorte choisir le juge le plus favorable à ses vues, STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2018, p. 520, n° 585 ; COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 120.

⁸⁷ Dans ce sens entre autres : MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, *op. cit.*, p. 27 ; JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, *art. cit.*, p. 15.

⁸⁸ V. pour une exposition des diverses opinions sur le sujet par exemple : RASSAT, Michèle-Laure, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, p. 12 et s., n° 17 et s. ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, *op. cit.*, p. 14 et s. ; ROYER, Jean-Pierre, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 1996, p. 56 et s., n° 29 bis.

de cette discussion, sera ici privilégiée, suivant Éric Mathias, une approche pragmatique en se référant aux caractéristiques fondamentales de l'institution, à savoir la représentation des intérêts supérieurs de la société et la mise en œuvre des poursuites, pour en déterminer la provenance.⁸⁹ Force est alors de constater l'émergence progressive⁹⁰ de fait d'une magistrature chargée de la « *défense des intérêts généraux de l'État* »⁹¹ et des poursuites dès la fin du XIIIe siècle, avec l'arrivée de l'inquisition en réponse aux dérives du système accusatoire, jusque-là dominant.⁹²

La thèse « *classique* » majoritaire, selon laquelle l'institution du ministère public remonterait approximativement à la fin du XIII^e et au début du XIV^e siècle, s'oppose ici aux théories modernes minoritaires qui considèrent que cette institution n'est bien plus apparue qu'avec le CIC. C'est ici en particulier le caractère politique des attributions du ministère public d'Ancien Régime (v. RASSAT, Michèle-Laure, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, p. 23 et s., n° 32) conjugué à l'aspect résiduel de ses prérogatives judiciaires (*Ibid.*, p. 26 et s., n° 36 et s.) qui justifierait le refus des affirmations « *traditionnelles* ».

V. pour les auteurs défendant la thèse classique par exemple : COUMOUL, Jules, « Précis historique sur le ministère public », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, vol. 5, 1881, p. 303, qui voit dans l'ordonnance du 23 mars 1303 de Philippe Le Bel « l'acte de naissance » du parquet ou ROYER, Jean-Pierre, *Histoire de la justice en France* (1996), *op. cit.*, p. 56 ; AUBERT, Félix, « Le ministère public de Saint Louis à François I », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, vol. 18, 1894, p. 487 ; ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Frankfurt am Main, Sauer & Auvermann, 1882 (rééd.), p. 101, moins tranchés qui estiment que l'ordonnance du 23 mars 1303 de Philippe le Bel ne fait qu'entériner une situation de faits acquise depuis déjà longtemps.

V. pour les auteurs défendant la thèse moderne notamment : DE MOLÈNES, Alexandre-Jacques-Denis-Gaston, *Traité pratique des fonctions de procureur du roi, suivi d'une discussion sur la question de duel*, vol. 2, Paris, France, 1843, p. IX, et plus réc. : RASSAT, Michèle-Laure, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, p. 16 et s., n° 23 et s.

⁸⁹ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, *op. cit.*, p. 14 et 15.

⁹⁰ La formule de Charles Pluyette à ce propos selon laquelle « *Il en est des institutions comme toutes les choses humaines, elles se forment graduellement* » illustre bien qu'il ne s'est pas ici s'agit d'une apparition soudaine mais bien plus d'un processus progressif s'étendant sur plusieurs siècles (v. PLUYETTE, Charles, *Du ministère public*, Thèse, Rennes, France, 1877, p. 59). V. en ce sens également : HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, *op. cit.*, p. 267 n° 216: « *On chercherait vainement la date où les baillis royaux furent établis, où le ministère public fut investi de son pouvoir [...]. Chacun de ces faits est né dans l'ombre, s'est développé sans bruit et ne se montre aux yeux de l'histoire que lorsqu'il a déjà pris la hauteur d'une institution* ».

⁹¹ HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, *op. cit.*, p. 303 n°248.

⁹² MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, *op. cit.*, p. 16 et s. ; KRIEGL, Blandine, « Le Parquet dans la construction de l'Etat », dans E.N.M. et al. (éd.), *Le Parquet dans la République : vers un nouveau Ministère public ?*, Bordeaux, France, Association d'Études et de recherches de l'E.N.M., 1996, p. 19 et s. ; LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du Parquet*, Paris, GIP Mission de recherche droit et justice, 1999, p. 26 et s.

15. En pleine période féodale,⁹³ la justice est la première victime du processus « *d'émiettement* » du pouvoir que chaque seigneur tente de tourner à son avantage.⁹⁴ L'équité n'est plus au cœur des préoccupations et le désir de puissance, la recherche du profit règnent en maître.⁹⁵ La justice est perçue non plus comme obligation morale mais comme un moyen de s'accaparer le pouvoir, pouvoir qui se révèle particulièrement lucratif (taxes de plais, confiscation des biens des condamnés à mort et des bannis, diverses amendes etc., raison pour laquelle les procureurs sont d'abord dénommés « fiscaux »).⁹⁶ Outre ses fondements anarchiques, le droit est de surcroît profondément inégal : ménageant les forts, pour lesquels la vengeance est plus que jamais légitime, il est extrêmement sévère et arbitraire à l'égard des faibles.⁹⁷ Son caractère fortement patrimonial conduit à de violentes rivalités entre les diverses seigneuries qui tentent de s'imposer.⁹⁸ Ces conflits débouchent finalement – bien que de manière diffuse – sur une répartition sommaire des compétences au sein des juridictions laïques entre la haute-justice, dotée d'une compétence complète et essentiellement caractérisée par la justice du sang, et la basse-justice à laquelle le droit de juger des causes de sang les plus profitables est refusé.⁹⁹ Le roi, affaibli, n'est alors qu'un seigneur parmi d'autres qui n'a juridiction que sur les terres composant le domaine royal.¹⁰⁰

⁹³ Le Moyen-Âge, défini par sa féodalité, présente une grande homogénéité sur le plan juridique caractérisée par une incroyable pluralité de coutumes (v. CARBASSE, Jean-Marie, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, Presses universitaires de France, 6^e édition, 2015, p. 87 et s., n° 53 ; LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 26 et 27). On est ici confronté, pour reprendre les formules très justes de Jean-Marie Carbasse, à une « *mosaïque très fine de milliers de coutumes locales juxtaposées* » sur le territoire français correspondant à l'« *émiettement* » du pouvoir entre les différents seigneurs (CARBASSE, Jean-Marie, *Manuel d'introduction historique au droit*, op. cit., p. 87 et s., n° 53). Il s'agira en l'espèce de donner une vision schématique globale de la situation médiévale française sans que celle-ci n'ait vocation à l'exhaustivité. Pour une étude plus approfondie et détaillée de cette période, se rapporter par exemple aux œuvres citées dans les listes bibliographiques détaillées de Jean-Marie Carbasse à ce sujet dans son ouvrage : *Introduction historique au droit pénal*, Paris, France, PUF, 1990, p. 98 et s., 106 et s. et 156 et s., n° 51 et s., 60 et s. et 87 et s.

⁹⁴ CARBASSE, Jean-Marie, *Introduction historique au droit pénal*, op. cit., p. 79 et s., n° 41 et 42.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 80, n° 42.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 80, 81, n° 42 ; LAINGUI, André et LEBIGRE, Arlette, *Histoire du droit pénal, la procédure criminelle*, Paris, Cujas, 1979, p. 58. Ainsi la moindre incartade entre paysans donnait-elle prétexte à profit : les « coupables » était emprisonnés jusqu'à ce que quelqu'un veuille bien payer pour sa délivrance, v. DUBY, Georges, *La société aux XI^e et XII^e siècles dans la région mâconnaise*, Paris, Editions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1982, p. 322 et 323 ; BONNASSIE, Pierre, *La Catalogne du milieu du Xe à la fin du XI^e siècle: croissance et mutations d'une société*, Toulouse, Association des publications de l'Université de Toulouse-Le Mirail, 1976, p. 588 et 589.

⁹⁷ CARBASSE, Jean-Marie, *Introduction historique au droit pénal*, op. cit., p. 79, n° 41.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 81, n° 42.

⁹⁹ Il s'agit là de la seule répartition des compétences qui n'a aucun caractère hiérarchique. Aucun appel n'est donc possible du bas-justicier au haut-justicier. *Ibid.*, p. 81, 82, n° 42.

¹⁰⁰ ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, op. cit., p. 9.

À côté des justices seigneuriales séculières cohabitent les tribunaux ecclésiastiques, seuls compétents pour juger des affaires des clercs.¹⁰¹ Ils revendiquaient également fréquemment des accusés laïques pour des actes d'hérésie, d'apostasie, de sorcellerie, d'adultère et d'usure.¹⁰² Leur action était néanmoins considérablement restreinte en matière criminelle car ils n'étaient pas en mesure de prononcer de peine capitale.¹⁰³ S'ils estimaient qu'un des crimes portés à leur connaissance ne pouvait être expié que par la mort, ils devaient en conséquence transférer le coupable aux justices séculières pour le prononcé de la peine et de son exécution.¹⁰⁴

16. Au commencement de l'an mille la justice était donc divisée, multiple et éparse. Cela n'empêche pas de noter que la procédure - en matière civile comme criminelle - alors en vigueur était majoritairement clairement accusatoire dans le sens le plus étroit du terme, et ce, qu'il s'agisse des cours laïques féodales ou des juridictions ecclésiastiques qui conserveront cette tendance jusqu'au Pontificat d'Innocent III.¹⁰⁵ L'intervention du juge n'était ainsi prévue qu'à la suite d'une accusation de la victime ou d'un membre de sa famille.¹⁰⁶ L'observation stricte du principe d'égalité des parties pouvait mener à des situations pour le moins singulières qui finissaient par dissuader quiconque aurait souhaité faire appel à la justice.¹⁰⁷ À titre d'exemple, lorsqu'il était décidé une détention préventive, celle-ci frappait généralement à la fois l'accusé mais aussi, chose plus curieuse, l'accusateur.¹⁰⁸ En outre, ce dernier devait

¹⁰¹ Si le terme de clerc dans le sens de membre du clergé, peut sembler restrictif, il donna lieu très vite à une large interprétation. Ainsi, comme le relate Adhémar Esmein dans son ouvrage de référence, suffisait-il que le malfaiteur soit tonsuré pour que la justice ecclésiastique reconnaisse sa compétence. Cela mena à de nombreux abus, les malfaiteurs se faisant souvent tonsurer dans l'unique but d'être jugé par l'Église. *Ibid.*, p. 18 et 19 et spécifiquement n. 5.

¹⁰² *Ibid.*, p. 18.

¹⁰³ « *la justice espérutuel ne doit nului mètre à mort* », BEAUMANOIR, Philippe (de), *Les coutumes du Beauvoisis*, vol. 1, Paris, J. Renouard, 1842, p. 158, chapitre (chap.) XI, n° 2.

¹⁰⁴ ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, *op. cit.*, p. 19 ; BEAUMANOIR, Philippe (de), *Les coutumes du Beauvoisis*, vol. 1, *op. cit.*, p. 158, chap. XI, n° 2.

¹⁰⁵ LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, *art. cit.*, p. 26 et s. ; ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, *op. cit.*, p. 43 et s. (concernant les cours féodales laïques) et 66 et s. (à propos des tribunaux ecclésiastiques).

¹⁰⁶ ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, *op. cit.*, p. 43 et 44. Ce principe est ancré dans de nombreuses coutumes. On le retrouve par exemple chez BEAUMANOIR, Philippe (de), *Les coutumes du Beauvoisis*, vol. 2, Paris, J. Renouard, 1842, p. 417, chap. LXIII, n° 1.

¹⁰⁷ LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, *art. cit.*, p. 29-31 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, *op. cit.*, p. 16 ; TARDIF, Adolphe, *La procédure civile et criminelle aux XIIIe et XIVe siècles : ou procédure de transition*, Paris, A. Picard L. Larose et Forcel, 1885, p. 142.

¹⁰⁸ ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, *op. cit.*, p. 57. Se rapporter par ex. à : VIOLLET, Paul, *Les établissements de Saint Louis, accompagnés des textes primitifs et des textes dérivés*, Paris, Renouard, 1881, p. 187-190, livre I, chap. CVIII.

régulièrement accepter d’être soumis au risque du talion – consistant à subir la peine requise par lui-même en cas d’absolution de l’accusé – valant encore dans de nombreuses coutumes.¹⁰⁹ Si l’on ajoute à cela le système de preuves, qui loin d’être gouverné par la rationalité et la logique faisait bien plus la part belle à l’ordalie¹¹⁰ et au duel,¹¹¹ il n’est guère étonnant qu’il restât difficile de trouver un accusateur volontaire.¹¹² En pratique, ce système conduisait, en l’absence de personne encline à déclencher l’action publique, à l’impunité d’une large part des actes criminels difficilement soutenable moralement.¹¹³ Par ailleurs, ce phénomène contrevenait à la maxime élémentaire « [qu’] il [était] de l’intérêt public que les crimes ne restent pas impunis » (*interest rei publicae ne maleficia remaneant impunita*)¹¹⁴ dégagée dès le milieu du XII^e siècle par les civilistes et qui se répandait progressivement sur l’ensemble du territoire, grâce au rayonnement de l’enseignement du droit italien à l’origine d’une véritable renaissance du droit romain.¹¹⁵ L’Église avait pour sa part certes développé une procédure de dénonciation selon laquelle un fidèle, choqué par le comportement d’un de

¹⁰⁹ « et accusator se obligare tenetur ad poenam talionis », e. a. BONONIENSIS, Tancredus, « Ordo iudiciarius », dans *Libri de Iudiciorum Ordine*, Göttingen, 1842 (rééd.), Scientia, Aalen, p. 157 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 16 ; LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 31.

¹¹⁰ Il s’agit ici d’épreuves physiques – telles les épreuves du feu ou de l’eau bouillante – subies par les parties (ou une personne choisie par ces dernières pour les représenter) censées manifester le « jugement de Dieu » et déterminer la « pureté » de la partie concernée. V. not. CARBASSE, Jean-Marie, *Introduction historique au droit pénal*, op. cit., p. 71-75, n° 38 ; KRIEDEL, Blandine, « Le parquet dans la construction de l’État », dans E.N.M. et al. (éd.), *Le parquet dans la République*, art. cit., p. 21 qui définit l’ordalie par les seuls termes de « jugement de Dieu ».

¹¹¹ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 16 ; LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 31 ; CARBASSE, Jean-Marie, *Introduction historique au droit pénal*, op. cit., p. 69-75 et 89, n° 38 et 46, qui renvoie au contenu des n° préc.

¹¹² « Personne ne voulait être ni accusateur, ni dénonciateur », v. TARDIF, Adolphe, *La procédure civile et criminelle aux XIII^e et XIV^e siècles*, op. cit., p. 144.

¹¹³ « Sans accusateur, personne ne peut être puni » (« *regula est quod sine accusatore nemo punitur* »), v. DE SAXOFERRATO, Bartolus et al., *In secundam Digesti novi partem commentaria*, Italie, ex officina Ioannis de Ionuelle dicti Piston, 1523, f° 168, n° 2-3 ; LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 26-27 et 38.

¹¹⁴ V. p. ex. R. PERNOD (éd.), *Les statuts municipaux de Marseille*, Monaco, Paris, Archives du Palais, A. Picard, 1949, p. 178, début du § 25 : « *Cul rei publice intersit plurimum ne maleficia remaneant impunita, et presertim homicidia illicita commissa...* ». V. concernant l’origine du principe JEROUSCHEK, Günter, « “Ne crimina remaneant impunita”, Auf dass Verbrechen nicht unbestraft bleiben: Überlegungen zur Begründung öffentlicher Strafverfolgung im Mittelalter », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kanonische Abteilung*, 2003, p. 323-337.

¹¹⁵ CARBASSE, Jean-Marie, « Introduction », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, p. 11 ; du même auteur, *Introduction historique au droit pénal*, op. cit., p. 94 et s., n° 49 et 50 ; LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 37. V. pour une explication détaillée de l’influence du droit romain sur les territoires français due au rayonnement de l’enseignement du droit à Bologne qui attirait tous les étudiants européens not. CARBASSE, Jean-Marie, *Manuel d’introduction historique au droit*, op. cit., p. 131-138, n° 81-84.

ses congénères, était tenu d'avertir ce dernier, en secret d'abord puis devant témoins et enfin, faute de résultat, de le dénoncer en dernier recours à la communauté qui infligeait des blâmes et/ou des pénitences.¹¹⁶ Cet instrument trouvait néanmoins rapidement ses limites dans le sens où il s'agissait en l'espèce uniquement d'obtenir du coupable qu'il se ressaisisse et non qu'il soit puni.¹¹⁷ Les failles éclatantes de ce système ne pouvaient que mener au déclin progressif du modèle accusatoire au profit d'une procédure inquisitoire¹¹⁸ qui s'applique dès le milieu du XIII^e siècle d'abord dans le Midi avant de se généraliser à l'ensemble du royaume et dans laquelle le juge est autorisé à mener des enquêtes d'office indépendamment d'une plainte de la victime.¹¹⁹ L'Église donna en l'occurrence l'impulsion nécessaire au développement d'un nouveau protagoniste sur la scène pénale, en systématisant en droit canonique, sous le règne d'Innocent III, pour la première fois, la procédure inquisitoire adoptée par la suite peu à peu par les tribunaux laïques.¹²⁰ Mais ces textes ne prévoyaient au départ aucunement qu'un tiers puissent provoquer l'inquisition.¹²¹ Cette mission revenait bien plus au juge, et à lui seul.¹²² Ce système lacunaire, qui mêlait au fond poursuites et jugement, contrevenait cependant à la règle alors bien établie selon laquelle « *Nus en sa querele ne doit estre juge et partie* »¹²³ et appelait donc à être perfectionné. L'évolution logique vers une spécialisation fonctionnelle pour répondre à ces carences se fit alors spontanément selon la pratique en vigueur au sein des juridictions séculières comme ecclésiastiques,¹²⁴ de manière simultanée¹²⁵ en confiant d'abord à une personne, puis à une

¹¹⁶ ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, op. cit., p. 67.

¹¹⁷ *Ibid.* ; LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 28.

¹¹⁸ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 16 et s. ; LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 31.

¹¹⁹ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 16 et s.

¹²⁰ ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, op. cit., p. 66 ; LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 32 et s. et 40 et s.

¹²¹ LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 33.

¹²² *Ibid.*

¹²³ V. par ex. : BEAUMANOIR, Philippe (de), *Les coutumes du Beauvoisis*, vol. 1, op. cit., p. 35, chap. I, n° 24.

¹²⁴ Devant les juridictions ecclésiastiques, la fonction apparaît sous le terme de « *promotor inquisitionis* » qui désigne le fait de susciter, de provoquer ou de donner l'impulsion, v. not. LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, p. 33-35.

¹²⁵ En ce sens, v. not. CARBASSE, Jean-Marie, « Introduction », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 10 ; dans le même ouvrage LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », art. cit., p. 40-41. La question de savoir devant quelles juridictions la fonction de procureur s'est mise en place n'est néanmoins pas vue de manière unanime dans la doctrine. Paul Fournier affirme par exemple de manière plus tranchée que le procureur du roi a précédé le promoteur (*Les officialités au moyen âge: Étude sur l'organisation*,

institution, le soin de déclencher les poursuites et d'aider le juge dans son travail.¹²⁶ Le « procureur » est d'abord désigné très diversement et n'apparaît que sporadiquement dans les textes¹²⁷ ce qui laisse présager de la relative imprécision originelle de la fonction.¹²⁸ Elle est finalement concrétisée et consacrée pour les tribunaux royaux la première fois par les articles 15¹²⁹ et 20¹³⁰ de l'ordonnance du 23 mars 1303¹³¹ de Philippe Le Bel.¹³² Mais l'évolution du ministère public ne fut pas linéaire, elle suivit bien plus les aléas d'un État en pleine construction.¹³³ Dans un premier temps chargés de défendre les seuls intérêts de leur « maître », les procureurs du roi voient leur domaine de compétences croître rapidement jusqu'à s'étendre à la préservation de l'intérêt général.¹³⁴ Ils s'arrogent ensuite aussitôt le droit de déclencher les poursuites.¹³⁵ La théorie n'avait cependant à l'origine jamais prévu un

la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques en France, de 1180-1328, Paris, E. Plon et cie, 1880, p. 30-31). V. pour un exposé succinct de cette controverse LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 40-41.

¹²⁶ V. pour un développement détaillé de cette thématique : LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 26, 33 et s. et 40 et s.

¹²⁷ V. par ex. BEUGNOT, Arthur Auguste, *Les Olim, ou Registres des arrêts rendus par la Cour du Roi : sous les règnes de Saint Louis, de Philippe Le Hardi, de Philippe Le Bel, de Louis Le Hutin et de Philippe Le Long*, vol. 2, Paris, Impr. royale, 1839-1948, p. 447 ; BONONIENSIS, Tancredus, « Ordo iudiciarius », dans *Libri de Iudiciorum Ordine*, art. cit., p. 153, Tit. 7, § 3 etc.

¹²⁸ V. à titre d'ex. les différentes dénominations du promoteur devant les cours ecclésiastiques : LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 34-35 et références bibliographiques correspondantes.

¹²⁹ « Volumus insuper quod ipsi, et procuratores nostri jurent secundum formam infra scriptam », v. DE LAURIÈRE, Eusèbe, *Ordonnances des roys de France de la troisième race, Contenant ce qu'on a trouvé d'ordonnances imprimées ou manuscrites, depuis Hugues Capet, jusqu'à la fin du règne de Charles Le Bel*, vol. 1, Paris, Impr. royale, 1723, p. 360, art. 15.

¹³⁰ « Certerum volumus quod procuratores nostri, in causis quas nostro nomine ducent, contra quascumque personas jurent de calumnia, sciut predicte persone », *Ibid.*, art. 20.

¹³¹ À titre informatif, les ordonnances des rois de France de la « troisième race », dite Ordonnances du Louvre, ont été publiées par Eusèbe de Laurière (*Ordonnances des roys de France de la troisième race*, 22 volumes, Paris, Impr. royale, 1723-1747) ; les textes postérieurs au Moyen-Âge l'ont été par François André Isambert et al. dans *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789 dit recueil Isambert*, 28 volumes, Paris, Belin-Leprieur Plon, 1827.

¹³² ROYER, Jean-Pierre, *Histoire de la justice en France* (1996), *op. cit.*, p. 56 n° 29 bis ; AUBERT, Félix, « Le ministère public de Saint Louis à François I », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, vol. 18, 1894, p. 487 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, *op. cit.*, p. 14-15.

¹³³ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, *op. cit.*, p. 22.

¹³⁴ CARBASSE, Jean-Marie, « Introduction », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 10-11.

¹³⁵ ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, *op. cit.*, p. 101 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, *op. cit.*, p. 19 et s. Comme le relève Eric Mathias, dans le passage donné, les textes de l'époque tels que, par exemple, les ordonnances royales du 18 juillet 1318 (DE LAURIÈRE, Eusèbe, *Ordonnances des roys de France de la troisième race*, vol. 1, *op. cit.*, p. 657, art. 29) ou du mois de juin 1338 (DE LAURIÈRE, Eusèbe, *Ordonnances des roys de France de la troisième race, Ordonnances du roy Philippe de Valois et celles du roy Jean jusqu'au commencement de l'année 1355*, vol. 2, Paris, Impr. royale, 1729, p. 124), témoignent *a contrario* de ce rôle important du procureur. En effet, tout porte ici à croire que ces tentatives de suppression de cette institution ou du moins de limitation de ses pouvoirs sont directement dirigées contre les fonctions nouvelles de poursuite

monopole de la poursuite pour ce nouvel acteur, « tout juge » restant au contraire jusqu'à la fin de l'Ancien Régime « procureur général ».¹³⁶ Le pouvoir en place tenta bien plus à maintes reprises de lier « [les] main[s] active[s] »¹³⁷ des procureurs.¹³⁸ L'ordonnance du 18 juillet 1318 entreprend ainsi, suite à la résistance de la noblesse envers cette institution dans les pays coutumiers, de supprimer une première fois momentanément les procureurs du roi dans ces régions.¹³⁹ Sans succès véritable, elle laissa place à l'ordonnance du mois de juin 1338 qui essaya, à défaut d'une interdiction totale, du moins de limiter le rôle de la fonction à celui d'un simple dénonciateur subordonné au juge.¹⁴⁰ Les textes prévoyaient pour ce que seul le magistrat du siège était à même de décider, après une information préalable secrète, du déclenchement des poursuites qui donnait alors lieu à l'ouverture d'une enquête contradictoire.¹⁴¹ La pratique fut néanmoins à l'évidence tout autre comme en atteste le rappel à l'ordre contenu dans l'ordonnance du 22 novembre 1371.¹⁴² Les procureurs continuèrent ainsi de gérer l'essentiel de l'action publique en déclenchant les poursuites malgré les instructions restrictives contenues dans les textes.¹⁴³ Corrélativement l'enquête devint peu à peu secrète jusqu'à rendre l'information préalable superflue, raison pour laquelle cette-dernière fut finalement remplacée par le cadre unique de « l'instruction » secrète qui correspondait aux usages en vigueur.¹⁴⁴ L'information et l'enquête fusionnées, le déclenchement des poursuites n'avait plus lieu d'être subordonné à l'autorisation préalable

dont ce nouvel acteur s'est accaparé en s'engouffrant avec un peu trop de zèle dans la brèche (v. KRIEGEL, Blandine, « Le parquet dans la construction de l'État », dans E.N.M. et al. (éd.), *Le parquet dans la République*, art. cit., p. 23) qu'avait ménagée la partie lésée en délaissant son droit périlleux d'accusation par partie formée.

¹³⁶ CARBASSE, Jean-Marie, « Introduction », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 11 ; LAINGUI, André et LEBIGRE, Arlette, *Histoire du droit pénal, la procédure criminelle*, op. cit., p. 59.

¹³⁷ ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, op. cit., p. 89.

¹³⁸ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 19-21 ; ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, op. cit., p. 102. C'est ici ce sur quoi s'appuie Marie-Laure Rassat pour refuser de parler de « ministère public » de l'Ancien Régime. En effet, « le procureur n'a pas à proprement parler d'initiative personnelle quant à la poursuite criminelle : il est entièrement subordonné au tribunal » (*Le ministère public entre son passé et son avenir*, op. cit., p. 27, n° 36).

¹³⁹ Art. 29 (DE LAURIÈRE, Eusèbe, *Ordonnances des roys de France de la troisième race*, vol. 1, op. cit., p. 657).

¹⁴⁰ DE LAURIÈRE, Eusèbe, *Ordonnances des roys de France de la troisième race*, vol. 2, op. cit., p. 124. Ce principe est réaffirmé par l'art. 7 de l'ord. de déc. 1344 (*ibid.*, p. 215) et l'art. 15 de l'ord. du 5 avril 1350 (*ibid.*, p. 407).

¹⁴¹ DE LAURIÈRE, Eusèbe, *Ordonnances des roys de France de la troisième race*, vol. 2, op. cit., p. 124.

¹⁴² DE LAURIÈRE, Eusèbe, *Ordonnances des roys de France de la troisième race, contenant les ordonnances de Charles V données depuis le commencement de l'année 1367, jusqu'à la fin de l'année 1373*, vol. 5, Paris, Impr. royale, 1736, p. 433 et s.

¹⁴³ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 18-22 ; CARBASSE, Jean-Marie, « Introduction », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 11.

¹⁴⁴ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 20-21 ; LAINGUI, André et LEBIGRE, Arlette, *Histoire du droit pénal, la procédure criminelle*, op. cit., p. 69-70.

du juge, si bien que plus rien ne s'opposait à accorder aux procureurs la possibilité de déclencher les poursuites¹⁴⁵ – sans qu'il s'agisse ici pour autant d'un monopole.¹⁴⁶ Face à ces vaines tentatives de cantonner les fonctions des procureurs, l'ordonnance de 1498¹⁴⁷ et surtout celle de Villers-Cotterêts du mois d'août 1539¹⁴⁸ et celle de Blois du mois de mai 1579¹⁴⁹ finissent par entériner cet état de fait et systématiser les règles établies.¹⁵⁰ En accord avec Éric Mathias, il paraît alors justifié d'admettre pleinement à partir de là l'établissement de l'institution du ministère public moderne avec ses fonctions essentielles de représentation de l'intérêt général et déclenchement de l'action publique.¹⁵¹

17. Il ressort de ce bref aperçu historique un aspect véritablement précurseur du ministère public en ce qu'il permet de remédier à certains travers du système inquisitoire. Il participa en effet à l'amélioration de ce système, la spécialisation et séparation des fonctions de jugement et de poursuites renforçant « l'impartialité » du procès.¹⁵² Il répond également à une préoccupation morale « *pacificatrice* »¹⁵³ certaine et grandissante à partir du XII^e siècle en ce qu'il rend possible la répression des délits et des crimes indépendamment d'une plainte de la victime.¹⁵⁴ Ce souci de pacification trouve sa parfaite illustration dans le serment que les procureurs du roi devaient prêter : « *En premier, ils jureront que tant qu'ils seront en fonction ou chargés de l'administration qui leur a été confiée, ils rendront un juste jugement à toutes les personnes, grandes et petites, étrangères et du lieu, de quelque condition qu'elles soient, et à chaque sujet, sans acception de personne ni de nationalité, en servant et en gardant diligemment les usages locaux et les coutumes approuvées. Item. Ils jureront de bonne foi de*

¹⁴⁵ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 21.

¹⁴⁶ « *Tout juge* » restant au contraire jusqu'à la fin de l'Ancien Régime « *procureur général* », v. ci-dessus n. 136.

¹⁴⁷ Reproduite dans : ISAMBERT, François-André et al., *Recueil Isambert*, tome 11, op. cit., p. 344 et s.

¹⁴⁸ ISAMBERT, François-André et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789, 1514-1546*, vol. 12, Paris, Belin-Leprieur et Plon, 1828, p. 600 et s., v. par ex. en particulier l'art. 145 p. 630 qui confirme que l'information peut être déclenchée d'office, sur plainte de la partie lésée ou, e. a., du procureur du roi.

¹⁴⁹ ISAMBERT, François-André et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789, 1559-1589*, vol. 14, Paris, Belin-Leprieur et Plon, 1829, p. 380 et s., n° 103.

¹⁵⁰ V. pour un exposé détaillé de ce processus de systématisation : ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, op. cit., p. 135 et s.

¹⁵¹ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 21-22.

¹⁵² MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 26-27 ; LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 26.

¹⁵³ Expression empruntée à KRIEGLER, Blandine, « Le parquet dans la construction de l'État », dans E.N.M. et al. (éd.), *Le parquet dans la République*, art. cit., p. ex. p. 21.

¹⁵⁴ E. a. : LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 37-39.

*conserver et de servir notre droit, sans diminution ni empêchement et sans porter préjudice au droit d'autrui ... ».*¹⁵⁵ Il est à ce titre perçu comme le représentant légal de la société chargé du respect de l'application des lois, l'œil de la justice, le surveillant du bien public : La Roche Flavin les décrira à ce titre très justement comme les « *dieux tutélaires de la République* ».¹⁵⁶

18. Cela ne doit néanmoins pas amener à occulter l'autre réalité qui joua assurément un rôle très important dans le développement prolifique de cette institution en France : l'ambition d'unification, de centralisation des justices royales au détriment des autres justices seigneuriales.¹⁵⁷ En effet, le ministère public constitue dans le cadre de la lutte du roi contre les féodaux un redoutable instrument entièrement dévoué aux intérêts royaux qui participera clairement à la restauration du pouvoir central, atteinte au XV^e siècle lorsque la compétence des hauts-justiciers passe sous le contrôle des juridictions royales en matière criminelle.¹⁵⁸ Les procureurs s'immiscèrent ici dans les brèches naissantes du système inquisitoire pour le démanteler de l'intérieur en le réorganisant au seul profit de l'État royal¹⁵⁹ : « *le procureur du roi ne se contentait pas, tel le coucou, de construire son nid dans celui d'autres tribunaux, il détournait aussi le cours des justices seigneuriales ou communales en demandant leur renvoi devant la justice royale par l'invocation des cas royaux ou [du défaut] de droit. Bref, il restructurait et déroutait la justice pour la conformer à la volonté d'unification de l'État* ».¹⁶⁰ Le protocole en vigueur devant le roi sous l'Ancien Régime donne la mesure de l'ampleur de cette soumission. Ainsi était-il normal de voir le procureur général du parlement de Paris entouré par exemple de deux avocats généraux s'incliner devant le roi en lui disant : « *Sire, ce sont vos gens* », raison pour laquelle les membres du ministère public sont souvent désignés

¹⁵⁵ Traduction reprise de *ibid.*, p. 55. V. pour l'intitulé original l'art. 15 combinés aux art. 38 à 41 de l'ord. de Philippe Le Bel du 23.03.1303 (DE LAURIÈRE, Eusèbe, *Ordonnances des roys de France de la troisième race, vol. 1, op. cit.*, p. 360 et 364).

¹⁵⁶ DE LA ROCHE-FLAVIN, Bernard, *Treize ["sic"] livres des parlements de France, esquels est amplement traicté de leur origine et institution et des présidens conseillers ["sic"], gens du roy, greffiers, secrétaires et de leur charge, devoir et jurisdiction*, Bordeaux, S. Millanges, 1617, f° 96, n° XXVII.

¹⁵⁷ KRIEGEL, Blandine, « Le Parquet dans la construction de l'État », dans E.N.M. et al. (éd.), *Le parquet dans la République, art. cit.*, p. 21-23 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 27.

¹⁵⁸ KRIEGEL, Blandine, « Le parquet dans la construction de l'État », dans E.N.M. et al. (éd.), *Le parquet dans la République, art. cit.*, p. 21-23 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 27.

¹⁵⁹ KRIEGEL, Blandine, « Le parquet dans la construction de l'État », dans E.N.M. et al. (éd.), *Le parquet dans la République, art. cit.*, p. 23 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁰ KRIEGEL, Blandine, « Le parquet dans la construction de l'État », dans E.N.M. et al. (éd.), *Le parquet dans la République, art. cit.*, p. 23.

comme « les gens du roi ».¹⁶¹ Ce caractère hybride de la fonction les voue à une obéissance forcée qui les placera lors de l'opposition parlementaire à la fin de l'Ancien Régime dans une situation particulièrement inconfortable : « *obéir en sauvant les apparences* ».¹⁶²

19. Quoique non ciblé directement par les critiques présentes dans les cahiers de doléances, le procureur étant bien plus englobé dans le mécontentement général contre la justice,¹⁶³ il ne surprend point que le parquet en tant qu'organe intimement lié à la Royauté et symbole d'une justice patrimoniale intéressée, subisse de plein fouet l'impact des bouleversements de la Révolution. La grande majorité de la doctrine s'accorde même pour dire en l'espèce que l'institution de l'Ancien Régime disparut tout bonnement.¹⁶⁴ Le législateur, guidé par son aversion pour le despotisme et la volonté de placer le « peuple » au cœur des préoccupations a à cœur de démanteler le ministère public pour en fixer les nouvelles limites.¹⁶⁵ Pour couper court à tout soupçon d'une justice intéressée, résultant du caractère lucratif de la fonction sous l'Ancien Régime, la vénalité de l'institution est abolie « *pour toujours* ».¹⁶⁶ Il s'agissait de surcroît d'éviter à tout prix la mainmise du roi sur les parquets et de prévoir la participation du citoyen à l'exercice de l'action publique car la peur que le procureur se révèlent être davantage « *l'homme de la cour et du ministre* » plutôt que « *l'homme du peuple et du citoyen* »¹⁶⁷ était omniprésente.¹⁶⁸ Suivant le principe de séparation des pouvoirs établi par Montesquieu, il est opéré une division fonctionnelle du ministère public : les procureurs du roi disparaissent¹⁶⁹ et leurs missions sont réparties entre

¹⁶¹ Cet usage est même étendu comme le rapporte l'art. « Parlement » dans *Dictionnaire universel raisonné de justice naturelle et civile. Tome X, OBE-PLU*, vol. 10, Yverdon, Impr. de M. De Felice, 1777, p. 282.

¹⁶² V. pour un exposé de la situation délicate des procureurs à la fin de l'Ancien Régime : POUMARÈS, Jacques, « Le roi, ses "gens" et ses juges : La place du parquet dans l'opposition parlementaire à la fin de l'Ancien Régime », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 205-219.

¹⁶³ ROYER, Jean-Pierre, « L'évolution historique du parquet », dans C. CASS. (éd.), *Quel avenir pour le ministère public ? actes de la conférence tenue le 12 octobre 2007 au Sénat*, Paris, Dalloz, 2008, p. 23.

¹⁶⁴ DE MARI, Éric, « Le parquet sous la Révolution, 1789-1799 », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 222.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 223.

¹⁶⁶ Art. 2, Titre II de la loi des 16-24 août 1790, v. J.-B. DUVERGIER (éd.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État*, vol. 1, Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 310 ; V. égal. les dév. à ce propos de ROYER, Jean-Pierre et al., *Histoire de la justice en France : du XVIIIe siècle à nos jours*, Paris, PUF, 2010, p. 235-237, n° 125 ; DE MARI, Éric, « Le parquet sous la Révolution », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 222.

¹⁶⁷ Formules empruntées au discours de M. Brevet à la séance du 09.08.1790 et cité par HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, op. cit., p. 512 n° 436.

¹⁶⁸ DE MARI, Éric, « Le parquet sous la Révolution », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 223.

¹⁶⁹ Lors de la séance du 24.03.1790 il est en effet décidé que « *l'ordre judiciaire sera entièrement reconstitué* », v. pour la décision elle-même M.J. MADIVAL et M.E. LAURENT (éds.), *Archives parlementaires, Assemblée nationale*,

les commissaires du roi, nommés à vie par le monarque et chargés de garantir l'application de la loi et l'exécution des jugements,¹⁷⁰ et un accusateur public, élu par le peuple pour soutenir l'accusation devant les tribunaux répressifs.¹⁷¹ La mission de déclencher les poursuites appartient quant à elle à un juge de paix qui peut commencer une information d'office ou sur plainte ou dénonciation d'un citoyen (art. 5 et 6, Tit. III de la loi des 16-29 sept. 1791).¹⁷² Il revenait à ces mêmes juges aussi bien de conduire l'information que d'apprécier la valeur des charges ; ils réunissaient à ce titre aussi bien les fonctions de jugement des anciens juges que les pouvoirs du ministère public de l'Ancien Régime (art. 1^{er}, Titre I de la loi des 16-29 sept. 1791).¹⁷³ Mais le discrédit du ministère public en raison de son lien – pourtant faible – avec le roi perdure.¹⁷⁴ Cette institution pourtant entièrement repensée est la cible de pamphlets, de caricatures et d'anathèmes politiques¹⁷⁵ qui aboutissent finalement à la suspension pure et simple des commissaires du roi le 18 août 1792 en urgence¹⁷⁶ et durant toute la période de la Terreur. Ce nouveau système trouve néanmoins rapidement ses limites alors que le pays s'enfonce dans la terreur et le chaos.¹⁷⁷ Tandis que l'État doit faire face à une insécurité

1e série, Tome XII : *Compte rendu des séances du 2 mars au 14 avril 1790*, vol. 12, Paris, Impr. Paul Dupont, 1881, p. 349 ainsi que le discours de Thouret précédant cette décision *ibid.*, p. 344-349.

¹⁷⁰ V. al. 1 du Décret du 8 mai - 27 sept. 1790, J.-B. DUVERGIER (éd.), *Collection complète des lois, vol. 1, op. cit.*, p. 171.

¹⁷¹ V. pour la répartition des fonctions not. le décret des 16-24 août 1790, Titre VIII, et particulièrement art. 1 et 4, *ibid.*, p. 324-325.

¹⁷² V. DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, vol. 3, Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 290. Ces articles mentionnent certes « l'officier de police », mais conformément à l'art. 1 du Tit. I de cette même loi, (*ibid.*, p. 289), les juges de paix y sont assimilés.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 289. Cet article fait ici état des « fonctions de la police de sûreté » qui comprennent trois attributions distinctes, à savoir : la recherche, la poursuite et l'instruction, v. HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, *op. cit.*, p. 519 n° 443.

¹⁷⁴ DE MARI, Éric, « Le parquet sous la Révolution », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet, art. cit.*, p. 230-231.

¹⁷⁵ P. ex., Cambon relate à titre anecdotique lors de la séance législative du 21 juil. 1792 comment aux obsèques de l'Anglais Paul Jones auxquelles il avait été commis par l'Assemblée, il prit sur le fait un commissaire du roi qui réclamait – à l'image des anciens procureurs du roi lors des enterrements protestants – un salaire indemnisant sa présence et qui affirmait qu'il lui revenait un « privilège exclusif » pour cette sorte de cérémonie (M.J. MADIVAL et M.E. LAURENT (éds.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860, 1^e série, du 21 juillet 1792 au 10 août 1792*, vol. 47, Paris, Impr. Paul Dupont, 1896, p. 7-8).

¹⁷⁶ Décret des 18-30 Août 1792, al. 1 : « L'Assemblée nationale réclamant la suspension et le prompt remplacement des commissaires du Roi près les tribunaux, décrète qu'il y a **urgence** », J.-B. DUVERGIER (éd.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État*, vol. 4, Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 322.

¹⁷⁷ VERCIER, Jean, *La justice criminelle dans le département de l'Hérault pendant la Révolution, 1789-1800*, Causse-Graille et Castelnau, Montpellier, 1925, p. 154 et s. ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 232.

galopante, les poursuites pénales diminuent.¹⁷⁸ Une grande part de responsabilité revient ici indéniablement aux jurys, leurs membres redoutant des représailles en cas d'accusation.¹⁷⁹ L'impunité des criminels s'explique néanmoins tout autant par le comportement des juges de paix dont la médiocrité et l'inertie favorise la délinquance de même que par l'échec du modèle de l'accusateur public.¹⁸⁰ C'est ce qui explique dans un premier temps le rétablissement des commissaires par la Constitution du 5 fructidor an III qui fonde le Directoire.¹⁸¹ Dans son art. 234, cette même Constitution rétablit le lien originel avec l'exécutif en prévoyant dans chaque tribunal correctionnel entre autres « *un commissaire du Pouvoir exécutif, nommé et destituable par le Directoire exécutif* ». Les articles 238, 240 et 245 de ce même texte de loi consacrent quant à eux les principes de l'accusateur public et du jury d'accusation. Enfin, la Constitution du 22 frimaire an VIII réattribue aux commissaires les fonctions de l'accusateur public (art. 63)¹⁸² avant que les lois consulaires – 27 ventôse an VIII et 7 pluviôse an IX –

¹⁷⁸ V. à ce propos l'analyse de Jacques-Antoine Delpon dans son essai qui livre une illustration de la situation à l'époque (*Essai sur l'histoire de l'action publique et du ministère public*, vol. 2, Paris, A. Désauges, 1830, p. 194-195). Il dépeint comme suit les circonstances : « *Dès le moment, en effet, que le pouvoir exécutif eut perdu le droit de poursuivre la répression des crimes, il perdit aussi toute influence sur la tranquillité intérieure. [...] Les attentats se multipliaient, les propriétés étaient dévastées, les personnes attaquées, et toutes les passions conduites par les intérêts les plus opposés se réunissaient pour renverser le trône constitutionnel, sans que le chef du gouvernement pût donner l'ordre de saisir les coupables, de les traduire devant les tribunaux. Les factieux de toutes les couleurs ne cachaient pas leurs prétentions, leurs projets et leurs espérances ; partout leur audace triomphait et leurs crimes restaient impunis* ».

¹⁷⁹ V. par ex. la lettre du ministre de la police au premier consul en date du 18 frimaire an IX dont fait état Duveyrier dans son discours devant le corps législatif le 17 pluviôse an IX (*Archives parlementaires, 2^e série, recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres Françaises de 1800 à 1860, Du 29 frimaire an IX au 8 frimaire an X*, vol. 2, Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1863, p. 308) : « *Si ces désordres n'ont pas encore un terme, il faut le dire avec courage, c'est que beaucoup de tribunaux et les jurés ne remplissent pas leur devoir. Des scélérats pris les armes à la main ont été acquittés et mis en liberté par les tribunaux* ». Napoléon dira également lui-même du jury d'accusation qu' « *il ne présente que des inconvénients* » (LOCRÉ, Jean-Guillaume, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, vol. 24, Paris, Treuttel et Würtz, 1831, p. 611).

¹⁸⁰ VERCIER, Jean, *La justice criminelle dans le département de l'Hérault pendant la Révolution, 1789-1800, op. cit.*, p. 223-224 ; v. également l'exposé des motifs de la l. du 7 pluviôse an IX cité par Faustin Hélie (HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle, vol. 1, op. cit.*, p. 526-528 n° 450-452).

¹⁸¹ Ainsi, conformément aux art. 241, 248 et 249 de la Constitution du 5 Fructidor An III (disponible en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-5-fructidor-an-iii.5086.html>>, consultée dernièrement le 03.06.2016), le parquet, qui en était réduit au seul accusateur public depuis octobre 1792, retrouve en 1795 sa dualité originellement instaurée par le décret des 16-24 août 1790. V. aussi MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 27-28 ; DE MARI, Éric, « Le parquet sous la Révolution », dans J.-M. Carbasse (éd.), *Histoire du parquet, art. cit.*, p. 242.

¹⁸² Disponible en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>>, consultée dernièrement le 03.06.2016.

renouent avec le passé en revenant à une institution du ministère public, si non identique, du moins étrangement ressemblante à celle de l’Ancien Régime.¹⁸³

20. Il s’agissait ici certes toujours de garantir le principe de séparation des fonctions judiciaires dans la perspective d’une justice impartiale et de rétablir l’ordre, en substituant au juge de paix défaillant, un agent du gouvernement qui « *élevé au-dessus de toutes les influences et de toutes les considérations locales, peut déployer tout le zèle et toute l’activité que demandent ses fonctions* ». ¹⁸⁴ À noter néanmoins que l’institution n’était pas restaurée au nom de « *l’impartialité des poursuites* », mais bien plus parce qu’elle participait de « *l’impartialité de la justice* » dans son ensemble grâce à une « *répartition bipartite* » des fonctions judiciaires.¹⁸⁵ Il est de surcroît évident que le pouvoir autoritaire alors en place y voyait, à l’instar de l’Ancien Régime, pareillement un moyen de garder le contrôle sur la Justice grâce aux procureurs qui lui étaient hiérarchiquement soumis.¹⁸⁶ Le procureur était ici l’« *œil du gouvernement* », ¹⁸⁷ lié aux ordres de celui-ci par le biais du ministre de la justice auquel il était tenu de rendre compte de tous ses actes et duquel il exécutait les instructions.¹⁸⁸ Il s’agissait en l’espèce d’un organe hiérarchique constitué d’officiers ayant la qualité d’agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux et étant à ce titre amovibles et révocables.¹⁸⁹ Cette dépendance de l’exécutif fit naturellement très tôt naître la question des conflits d’intérêts dès lors que l’État était impliqué dans une affaire criminelle donnée. Ainsi cette « *grave* »¹⁹⁰ question se voit-elle déjà agitée dans le sein du Conseil d’État à la séance du 24 vendémiaire

¹⁸³ LAINGUI, André et LEBIGRE, Arlette, *Histoire du droit pénal, la procédure criminelle*, op. cit., p. 141.

¹⁸⁴ Propos tenu par l’orateur du Conseil d’État lors de l’exposé des motifs de la loi du 7 pluviôse an IX et repris par LOCRÉ, Jean-Guillaume, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, vol. 25, Paris, Treuttel et Würtz, 1831, p. 133.

¹⁸⁵ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 29.

¹⁸⁶ L’orateur du Tribunal Thiessé exprime ainsi très justement qu’il s’agissait ici avant tout de placer « *un ressort vigoureux dans la main du gouvernement* » afin de rétablir l’ordre social malmené durant les années suivant la révolution (*Arch. parl., 2^e série, vol. 2, op. cit., p. 214*).

¹⁸⁷ Selon la formule de M. Treilhard, reprise par HÉLIE, Faustin, *Traité de l’instruction criminelle*, vol. 1, op. cit., p. 577, n° 487.

¹⁸⁸ *Ibid.*, n° 487. En ce sens, le statut des procureurs égale celui des commissaires du roi devenus commissaires du pouvoir exécutif. Il n’a finalement, contrairement au juge d’instruction, peu évolué, (ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, op. cit., p. 481) car s’ils deviennent avec le CPP des magistrats, leur dépendance à l’exécutif reste affirmée.

¹⁸⁹ Loi du 16-24 août 1790, Tit. VII, art. 1 (J.-B. DUVERGIER (éd.), *Collection complète des lois*, vol. 1, op. cit., p. 325) ; Const. 5 fruct. an III, art. 216 et 261 (voir n. 181) ; HÉLIE, Faustin, *Traité de l’instruction criminelle*, vol. 1, op. cit., p. 574, n° 485. Le lien de subordination à l’autorité hiérarchique du Garde des Sceaux résulte aujourd’hui de l’art. 5 de l’ord. du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, n° 58-1270.

¹⁹⁰ Selon les termes d’HÉLIE, Faustin, *Traité de l’instruction criminelle*, vol. 1, op. cit., p. 578, n° 487.

an XIII (16 octobre 1804),¹⁹¹ sans qu'il soit décidé de revenir sur le lien du parquet à l'exécutif. En revanche, gardant présent à l'esprit que « *le défaut le plus sensible* » du système antérieur, qui reposait sur les juges de paix et les directeurs du jury, était « *qu'au premier comme au deuxième degré de l'instruction, le même homme est tout à la fois chargé de poursuivre et de décider, de présenter les preuves et de les constater, c'est qu'en un mot il réunit deux caractères que toute bonne législation a regardés comme incompatibles dans la même personne, celui de partie et celui de juge* »¹⁹², le légiférant du Code d'instruction criminelle prit le soin de veiller à renforcer l'impartialité de la procédure pénale par « *une distribution tripartite des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement entre trois organes différents* »¹⁹³ : le procureur, le magistrat instructeur et le juge du fond. De fait, le parquet n'est donc autorisé qu'à accomplir les investigations en cas de flagrance (art. 32 CIC). Dans les autres hypothèses, l'information judiciaire relève de la compétence exclusive du magistrat instructeur, érigé en ce sens comme un véritable et puissant enquêteur de principe, dont l'indépendance est toutefois toute relative, celui-ci opérant jusqu'en 1958 sous le contrôle du ministère public.¹⁹⁴ Quand aux décisions juridictionnelles, telles celles prises à la clôture de l'instruction, elles relèvent des magistrats du siège de la chambre du conseil (art. 127 CIC).¹⁹⁵ Toutefois, alors que le procureur est selon le Code d'instruction criminelle, hors flagrance, en principe seulement chargé de décider de l'orientation des plaintes, dénonciations ou rapports, sans pouvoir faire procéder à des investigations préalables, le pouvoir d'enquête de la police judiciaire sous la direction du procureur apparaît officieusement, dicté par des impératifs pratiques, venant petit à petit mordre sur le domaine d'intervention du juge d'instruction.¹⁹⁶ Pour prendre sa décision, il était en effet évident que le procureur devait être éclairé sur les circonstances de l'affaire, sans qu'il soit pour autant nécessaire d'encombrer les juridictions avec des dossiers promus au non-lieu, à la relaxe ou à l'acquittement.¹⁹⁷ C'est dans ce contexte

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 578-579, n° 488.

¹⁹² Législateur de la loi du 7 pluviôse an IX tel que cité par *Ibid.*, p. 525-526, n°450.

¹⁹³ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 29. Dans le même sens égal. BELFANTI, Ludovic, « Le juge d'instruction », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, octobre 2015.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ CLÈRE, Jean-Jacques, « L'instruction préparatoire depuis les réformes du Consulat et de l'Empire jusqu'à la promulgation du Code de procédure pénale (1799-1958) », dans J.-C. FARCY et J.-J. CLÈRE (éds.), *Le juge d'instruction : approches historiques*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2010, p. 228-229.

¹⁹⁶ LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, Paris, LexisNexis, 24 avril 2018, n° 3-4.

¹⁹⁷ *Ibid.* n° 4.

que naît le second cadre juridique de la mise en état de l'affaire pénale : l'enquête, conduite par la police judiciaire sous la direction du ministère public.¹⁹⁸ Longtemps officieuse avant que la Cour de cassation ne lui trouve un fondement dans l'art. 125 de la loi du 28 germinal relative à la gendarmerie nationale,¹⁹⁹ le législateur, acculé par la pratique à reconnaître ce nouveau cadre, la consacre finalement lors de la réforme du Code de procédure pénale (CPP) en 1959, sans néanmoins s'attarder à son articulation avec l'instruction, alors même que ce cadre remet directement en question le système fondé sur le monopole du juge d'instruction.²⁰⁰

21. Ainsi dès ses origines le Code de procédure pénale actuellement en vigueur est caractérisé par un équilibre bancal qui ne cessera d'être remis en cause par la pratique : au départ prévue comme l'exception, l'enquête plus rapide et moins complexe dans son encadrement législatif finit par s'imposer comme la règle, alors que l'instruction ne représente aujourd'hui plus qu'autour de 3%²⁰¹ des affaires.²⁰² De plus, la loi du 17 juillet 1856, constatant l'échec de la collégialité, supprima la chambre du conseil pour confier le pouvoir décisionnel au seul juge d'instruction, ce qui marqua le début de l'érosion de cette institution.²⁰³ Les fonctions du magistrat instructeur, largement concurrencé par ses collègues du parquet, commencent à susciter la controverse quant à leur prétendue incompatibilité et l'image d'un juge solitaire et trop puissant du fait de ses attributions cumulées ne cesse d'occuper la

¹⁹⁸ Pratique dont la jurisprudence a très rapidement admis la validité (Cass. crim., déc. du 08.10.1840, publiée au *bull.* n° 300), estimant même qu'elle interrompait la prescription (Cass. crim., déc. du 25.06.1890). V. à ce sujet LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, n° 5.

¹⁹⁹ Cass. crim., déc. du 26.01.1955, publiée au *bull.* n° 64.

²⁰⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 30, n°47. V. concernant l'évolution du cadre de l'enquête dans le CPP not. LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 6 et s.

²⁰¹ Ce chiffre se base ici sur les derniers chiffres-clés de la justice parus en 2018 qui font état pour l'année 2017 sur un total de 595 261 affaires poursuivies de 16 936 dossiers transmis à l'instruction (≈ 2, 85 % de l'ensemble des affaires poursuivies). V. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, p. 14, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/justice-chiffres-cles-2018.pdf>, consultés dernièrement le 22.04.2019.

²⁰² DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 28, n° 44.

²⁰³ V. concernant la suppression de cette chambre et ses raisons not. : CLÈRE, Jean-Jacques, « L'instruction préparatoire (1799-1958) », dans J.-C. Farcy et al. (éd.), *Le JI : approches historiques, art. cit.*, p. 239-240. Pour plus de détails à se propos, se reporter égal. aux n° 238, p. 241 et s., n° 839, p. 748 et s. et n° 918, p. 808 et s. de cette thèse.

doctrine²⁰⁴ puis finalement le législateur, hantés tantôt par le spectre de la collégialité, tantôt par l'idée de suppression pure et simple de l'institution.²⁰⁵

22. S'inspirant des courants critiques doctrinaux à partir de la deuxième moitié du 19^e siècle tels que représentés par exemple Faustin Hélie, défenseur d'une juridiction collégiale,²⁰⁶ ou plus tard par René Garraud, qui préconisait déjà l'abolition du magistrat instructeur,²⁰⁷ Henri Donnedieu de Vabres fut le premier à proposer dans son projet de réforme du CIC de 1949, de confier l'entière responsabilité des opérations d'investigation (c'est-à-dire aussi bien l'enquête que l'instruction) au ministère public, sous le contrôle d'une chambre de l'instruction à compétence exclusivement juridictionnelle, qui aurait donc vocation à statuer en matière de détention provisoire.²⁰⁸ Si le projet n'est finalement pas adopté,²⁰⁹ la question du juge d'instruction est loin d'être réglée et la tourmente ne fait que commencer. L'idée d'une « *chambre du conseil* » reparait sous la pression de l'opinion publique, alors que « *l'affaire Grégory* »²¹⁰ fait rage, avec la loi n° 85-1303 du 10 décembre 1985, dite « *Badinter*

²⁰⁴ Par ex. : HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle, De la mise en prévention, de la mise en accusation, du règlement de la compétence*, vol. 5, Paris, Henri Plon, 1867, p. 66 et s., n° 2044 et 2045. MORIZOT-THIBAUT, Charles, *De L'instruction préparatoire (étude critique du Code d'instruction criminelle)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1906, p. 130 et s. et 494 et s.

²⁰⁵ V. pour un aperçu des étapes les plus importantes de l'évolution récente du juge d'instruction e. a. : LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, Paris, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 2011, p. 23-28, n° 9-13 ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 13 et s. ; GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Paris, Dalloz, 2019 2018, p. 16-17, n° 11.05.

²⁰⁶ Ainsi Faustin Hélie percevait-il la collégialité comme « *un pouvoir modérateur et une force pour le juge [...], un appui pour résister aux obsessions importunes des parties ou à d'excessives réquisitions du ministère public [...], une garantie de justice [...]* [enlevant] à l'action isolée du juge ses dangers et ses entraînements, [en lui donnant] les lumières utiles » (HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 5, *op. cit.*, p. 66-67, n° 2044).

²⁰⁷ GARRAUD, René, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, vol. 3, Paris, Sirey, 1912, p. 5, n° 764.

²⁰⁸ Pour un exposé du projet, v. DONNEDIEU DE VABRES, Henri (de), « *Projet de Code d'instruction criminelle* », *Rev. sc. crim.*, 1949, p. 433-454, 499-511, 617-651 et 796-811 ; ARNAL-DONNEDIEU DE VABRES, Marguerite, *Le Projet de Code d'Instruction criminelle: les réformes qu'il introduit, les critiques qu'il soulève*, Paris, Paris, 1952. Le projet déclencha de vives critiques. V. à ce sujet not. : COLOMBINI, Albert, « *Considérations sur le projet du Code d'instruction criminelle, doctr.* », *JCP G*, 1950, I. 854 ; VOÛIN, Robert, « *Le projet de réforme du Code d'instruction criminelle, chron.* », *Rec. Dal.*, 1950, p. 37 et s., v. spéc. I/ A – a) sous lequel l'auteur fait part, e. a., de ses craintes résultant du lien trop étroit entre le procureur et le gouvernement.

²⁰⁹ Il est en effet abandonné au cours des séances parlementaires des 19 novembre 1951 et 21 janvier 1952 (v. ROBERT, Philippe, « *Ordre, insécurité, liberté : les incertitudes de la procédure pénale* », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence, op. cit.*, p. 39, n. 8).

²¹⁰ Il s'agit ici d'un véritable naufrage judiciaire marqué par les dysfonctionnements des personnes en charge des investigations et un acharnement médiatique extrêmement violent envers les divers protagonistes. Le Figaro parlera à juste titre d'« *enquête de tous les excès* » (« *Fiasco judiciaire et dérives médiatiques : l'enquête de tous les excès* », *Le Figaro*, 4 décembre 2008, en ligne : <<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2008/12/04/01016-20081204ARTFIG00011-fiasco-judiciaire-et-derives-mediaticues-l-enquete-de-tous-les-exces-.php>>, consulté dernièrement le 06.06.2016). Au fil des années, gendarmes, magistrats, policiers et journalistes ont tour à tour

»²¹¹, puis la loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987.²¹² Celles-ci sont néanmoins toutes deux abrogées avant même leur entrée en vigueur à la suite d'importantes controverses et faute de moyens.²¹³ Après ce double échec, la loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 opère un retour en

été pointés du doigt. Le 16 octobre 1984, Grégory, un enfant de 4 ans, est retrouvé assassiné après avoir été jeté pieds et poings liés dans une rivière, à Lépanges, dans les Vosges. Un mystérieux correspondant anonyme revendique alors ce crime en invoquant comme motif une vengeance personnelle. Ce fait divers déclenche les passions et les médias se déchaînent. Deux hypothèses principales sont retenues et clivent opinion publique, journalistes et professionnels intervenant pour élucider l'affaire : l'assassin serait soit l'oncle de l'enfant, Bernard Laroche, ou la mère elle-même, Christine Villemin. Aujourd'hui encore, le mystère reste entier et cette affaire demeure dans la mémoire comme un véritable fiasco judiciaire, un cas exemplaire de surenchère médiatique qui a conduit au meurtre d'un des suspects, Bernard Laroche, par le père de l'enfant assassiné, Jean-Marie Villemin, et à une véritable torture psychologique des personnes soupçonnées ainsi que de leurs proches. V. à cet égard la multitudes d'articles, de livres et de documentaires sur cette affaire, par ex. : FRANCE 2, *Faites entrer l'accusé - L'assassinat du petit Gregory*, France, 10 juillet 2014, en ligne : <http://www.dailymotion.com/video/x216wi0_l-assassinat-du-petit-gregory-faites-entrer-l-accuse-fela_tv>, consulté dernièrement le 06.06.2016 ; « L'affaire Grégory, 30 ans après: un naufrage judiciaire toujours sans vérité », *Le Huffington Post*, 16 octobre 2014, en ligne : <http://www.huffingtonpost.fr/2014/10/16/affaire-petit-gregory-villemin-30-ans-naufrage-judiciaire-verite_n_5990572.html>, consulté dernièrement le 06.06.2016 ; LAMBERT, Jean-Michel, *Le petit juge*, Paris, France, A. Michel, 1987 ; LACOUR, Laurence, *Le bûcher des innocents: l'affaire Villemin*, Paris, France, Plon, 1993, etc.

²¹¹ Cette loi prévoit la création d'une chambre de l'instruction au sein de chaque tribunal de grande instance comprenant trois magistrats (dont au moins deux juges d'instruction), compétente pour décider du placement en détention provisoire mais aussi de l'ouverture d'une instruction, dont elle devra le cas échéant assurer le bon déroulement. Pour une analyse de cette réforme, v. par ex. : ZENATI, Francis, « La loi n° 85-1303 du 10 décembre 1985 portant réforme de la procédure d'instruction en matière pénale », *RTD civ.*, 1986, p. 139 et s. concernant spéc. l'instruction ; JEAN-LUC, « Le juge d'instruction, ce chêne qu'on abat », *Act. lég. Dal.*, 1985, p. 119-124.

²¹² Il était ici prévu de remplacer les chambres d'instruction par des « *chambres de demande de mise en détention provisoire* », composées chacune de trois magistrats, excluant le juge d'instruction. Le magistrat instructeur n'avait ainsi plus de pouvoir dans le cadre de la détention provisoire, excepté celui de décider l'élargissement de la personne détenue, d'office ou à la demande de l'intéressé (anc. art. 144-1 CPP). Pour un commentaire de la loi, se rapporter e. a. à : BAUVE, Jean-Pierre, « Le juge d'instruction en question », *Gaz. Pal.*, mai 1987, p. 334 ; CHAMBON, Pierre, « La loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 : réflexions sur la législation : analyse et appréciation de la loi, doctr. », *JCP G*, n° 19, 1988, I., 3335 ; LEHMAN, Hervé, « Détention durable et réformes provisoires, doctr. », *Gaz. Pal.*, octobre 1988, II., p. 590-591 ; JEAN-LUC, « Le juge d'instruction, ce chêne qui cache la forêt, doctr. », *Gaz. Pal.*, décembre 1987, II., p. 796-803 ; JEAN-LUC, « Commentaire de la loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 ou Préambule d'une nouvelle réforme de l'instruction, doctr. », *Gaz. Pal.*, mai 1988, I., p. 293-300. V. aussi la critique du député J.-L. Debré, estimant le projet de loi de 1987 inapplicable, dangereux et illogique (LIMOUZY, Jacques, « Rapport au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 1094 », *ASS. NAT., Impressions, projets de loi, propositions, rapports, 8^e législature, n° 1071-1096*, Paris, Impr. de l'Ass. nat., 1987, p. 17 et s. ; *ASS. NAT.*, « J.O. 10 décembre 1987, 3^e séance », *comptes rendus des débats parlementaires*, p. 7045-7046, en ligne : <<http://archives.assemblee-nationale.fr/8/cr/8-1987-1988-ordinaire1.asp>>, consulté dernièrement le 06.06.2016.

²¹³ Pour donner un ordre d'idée, la loi n° 85-1303 du 10 décembre 1985 portant réforme de l'instruction en matière pénale impliquait selon les prévisions le recrutement de 150 magistrats supplémentaires, v. sur cet aspect not. LEMOULAND, Jean-Jacques, « La réforme de la procédure d'instruction en matière pénale », *Act. lég. Dal.*, 1985, p. 52, qui livre également une analyse détaillée de cette loi (p. 47-53). Pour d'autres commentaires sur cette loi, se rapporter aux art. préc. cités n. 211.

Concernant La réforme prévue par la loi n° 87-1062 du 30 déc. 1987 rel. aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du Code de procédure pénale, celle-ci requerrait égal. la nomination de nouveaux magistrats, dont le nombre était estimé à 70 (LIMOUZY, Jacques, « Rapport n° 1094 », 1997, *rap. préc.*, p. 12). Se rapporter aussi pour une analyse de cette réforme aux textes cités préc. en n. 212.

arrière et revient au juge unique.²¹⁴ Mais cela n'empêche pas la question du magistrat instructeur et de ses fonctions de ressurgir de plus belle au cours de la réflexion profonde au sujet de la procédure pénale française, conduite par la Commission Justice pénale et droits de l'homme, présidée par la professeure Mireille Delmas-Marty. Ses propositions invitent ici à dissocier clairement les fonctions d'investigation et juridictionnelles, les premières revenant en totalité au procureur tandis qu'il est préconisé de confier les secondes à un juge « de » l'instruction, chargé à ce titre de statuer notamment en matière de détention provisoire et de contrôler l'action du ministère public.²¹⁵ Si le projet ne parvient toujours pas à pousser le législateur à franchir le pas décisif de l'abolition du juge d'instruction, il n'en reste pas moins un texte de référence, qui remet à juste titre les préoccupations publicistes en matière notamment de droits de l'homme au cœur des préoccupations pour faire évoluer positivement la procédure pénale.²¹⁶ C'est en effet la première fois que la question du magistrat instructeur est véritablement abordée en profondeur et non dans le seul but de simplifier superficiellement la procédure pour gagner prioritairement en célérité.²¹⁷ Le souci

²¹⁴ V. art. 21 de la loi n° 89-461 du 6 juillet 1989. Pour une analyse critique de cette réforme, v. not. CHAMBON, Pierre, « La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le Code de procédure pénale et relative à la détention provisoire : analyse et réflexions, doct. », *JCP G*, n° 46, 1989, p. I. 3417, à propos du retour au juge unique spéc. n°6.

²¹⁵ COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.* Pour un commentaire de ce projet, v. not. COUVRAT, Pierre, « Le projet Donnedieu de Vabres, en parallèle avec les travaux de la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme », *Archives de philosophie du droit*, n° 13, 1991, p. 67-73 ; JEAN-LUC, « Commentaire du rapport préliminaire sur la mise en Etat des affaires pénales dit "Rapport Delmas-Marty" ou l'enfer pavé de bonnes intentions », *Gaz. Pal.*, février 1990, p. 137-141 ; PRADEL, Jean, « Propos sceptiques sur le rapport de la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme, chron. LII », *Rec. Dal.*, 1990, *art. cit.* ; SAURON, Jean-Luc, « Les vertus de l'inquisitoire ou l'Etat au service de la mise en état des affaires pénales », *Revue Pouvoirs*, n° 55, 1990, p. 53-64 ; JUNG, Heike, « Vers un nouveau modèle de procédure pénale ? Réflexion sur les rapports "la mise en état des affaires pénales" », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 1991, p. 526-536.

²¹⁶ En France, s'il est majoritairement reconnu au droit pénal un caractère mixte ou autonome résultant de ses influences publicistes et privatistes (v. p. ex. PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 2014, p. 72, n° 78 ; DESPORTES, Frédéric et LE GUNEHEC, Francis, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2011, p. 19-21, n° 43-46 ; DREYER, Emmanuel, *Droit pénal général*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 142 et s., n° 184-185), il existe une très nette tendance à vouloir associer à tout prix le droit pénal au droit privé. Ce mouvement s'exprime en particulier fortement dans le domaine universitaire où les programmes rattachent le droit pénal au droit privé et où les professeurs de droit pénal sont systématiquement désignés comme privatistes – contrairement à l'Allemagne, où le droit pénal est vu comme un 3^e domaine à part entière dans les universités (v. concernant le rattachement du droit pénal au droit privé notamment DREYER, Emmanuel, *Ibid.*, p. 140 et s., n° 181-182). Cela conduit inéluctablement à minimiser en droit pénal le rôle joué par les droits et libertés fondamentaux relevant clairement du droit public. Les travaux de la commission Delmas-Marty sont donc ici particulièrement importants en ce qu'ils remettent les inquiétudes publicistes trop longtemps négligées au cœur de la réflexion sur la procédure pénale.

²¹⁷ À titre d'ex., bien que Jean Pradel soit plutôt critique à l'égard du projet, il n'hésite pas à souligner à deux reprises que les travaux sont ici bien plus « élaborés » que ceux d'Henri Donnedieu de Vabres en son temps, v. PRADEL, Jean, « Propos sceptiques sur le rapport de la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme, chron. LII », *Rec. Dal.*, 1990, *art. cit.*, p. 301 et 307.

de travailler à une meilleure préservation des droits de la défense pour un meilleur équilibre de la procédure pénale est au contraire sincère et bien visible et la prise de conscience des dangers d'un juge d'instruction trop puissant face à une défense trop faible, qui ressortira de ces travaux, amorce assurément le début d'une lente déposition du magistrat instructeur de ses fonctions. Ainsi la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 instaure-t-elle des « *chambres d'examen des mises en détention provisoire* »²¹⁸ qui ôtent à ce dernier le pouvoir décisionnel relatif au placement en détention et à sa prolongation éventuelle.²¹⁹ Le dispositif, dont l'entrée en vigueur était prévue pour le 1^{er} janvier 1994, est assorti d'un système transitoire pour la période du 1^{er} mars au 31 décembre 1993, qui octroie au président du tribunal ou à un juge délégué le pouvoir d'ordonner le placement en détention provisoire²²⁰. De fait, même si le contentieux des demandes de mise en liberté continue de relever de la responsabilité du magistrat instructeur, ce dernier est durant plusieurs mois, tenu de saisir le juge délégué dès qu'il estime qu'une mesure de placement en détention provisoire ou d'une prolongation corrélative est nécessaire. Il s'agit en l'espèce de la première ébauche de ce qui deviendra peu de temps après le « *juge des libertés et de la détention* ».²²¹ Mais ce système transitoire ne conduit pas aux résultats escomptés.²²² Il ne subsiste péniblement que pendant six mois avant que la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 privilégie à nouveau la tendance inverse, en rendant au juge d'instruction la plénitude de ses attributions.²²³ Ce n'est finalement qu'avec la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000²²⁴ qu'est pris un véritable tournant avec l'entrée d'un nouveau juge – le

²¹⁸ Celles-ci sont composées du président du tribunal de grande instance et de deux assesseurs non professionnels. Cette initiative déclenche d'importantes controverses dans la doctrine. V. à ce propos not. : PRADEL, Jean, « Observations brèves sur une loi à refaire », *Rec. Dal.*, 1993, p. 39-40 ; MAISTRE DU CHAMBON, Patrick, « Propos critiques et désabusés sur une réforme mort-née de la procédure pénale », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, p. 191-202 ; JEAN-LUC, « Le projet Sapin de réforme de la procédure pénale ou "de l'inculpé à l'encausé", doct. S065 », *Gaz. Pal.*, février 1992, p. 160-166.

²¹⁹ Art. 57 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 ; v. aussi LE GUNEHEC, Francis, « La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale, I. doct. 3720 », *JCP G*, 1993, p. 504, n° 91.

²²⁰ Art. 228, 235 et art. 57 de la l. n° 93-2 du 4 janv. 1993 ; V. aussi *ibid.*, n° 93.

²²¹ LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention, op. cit.*, p. 27, n° 12.

²²² En effet, les constellations dans lesquelles le magistrat délégué ne suit pas la demande du juge d'instruction s'avèrent très rares en pratique, v. LE GUNEHEC, Francis, « La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale, I. doct. 3720 », *JCP G*, 1993, *art. cit.*, p. 504, n° 93.

²²³ À ce sujet, v. not. *ibid.*, p. 504 et s., n° 90 et s. PRADEL, Jean, « Un législateur se muant en Pénélope ou se faisant perfectionniste?, chron. LXXVIII », *Rec. Dal.*, 1993 ; p. 299. et s. ; BOULOC, Bernard, « L'instruction par le juge d'instruction après la loi du 24 août 1993 », *RPDP*, vol. 118, n° 2, 1994, p. 89-101.

²²⁴ Se rapporter not. aux deux rapport à ce propos : LAZERGES, Christine et COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, « Rapport n° 1468 sur le projet de loi (n° 1079) renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », Paris, Ass. nat., 16 mars 1999,

juge des libertés et de la détention – sur la scène procédurale pénale au stade de l’avant-procès. Cela revient dans une certaine mesure à un « *dédoublement* » du juge de l’avant-procès.²²⁵ Il est confié à ce nouveau magistrat un rôle central dans la décision des mesures gravement attentatoires aux libertés individuelles, puisque c’est désormais lui et non plus le juge d’instruction qui décidera d’ordonner un placement en détention provisoire ou de prolonger cette mesure et qui traitera les demandes de mise en liberté (art. 137-1 CPP). Pensé à l’origine pour fonctionner en « binôme » avec le juge instructeur dont il était censé enrayer les pouvoirs et empêcher les excès, en particulier en matière de détention,²²⁶ ce nouvel acteur s’inscrit dans le cadre d’une compétence plus ou moins collective en coopération avec le reste de la machine judiciaire²²⁷ pour contrer certains dévoiements de l’avant-procès. Réforme annoncée comme prometteuse d’un meilleur équilibre de la procédure pénale, elle vient néanmoins se rajouter à la complexité des relations déjà mal agencées du procureur et du juge d’instruction. L’évolution législative qui s’ensuit avec les lois du 15 novembre 2001, de celles des 9 septembre 2002, 9 mars 2004 et 5 mars 2007²²⁸ ne fait que confirmer les

en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1468.asp>>, consulté dernièrement le 09.09.2018 ; LAZERGES, Christine et COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L’ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, « Rapport d’information sur l’évaluation de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d’innocence et les droits des victimes », n° 3501, Ass. nat., déc. 2001, en ligne, <<http://www.assemblee-nationale.fr/legislatures/11/pdf/rap-info/i3501.pdf>>, consulté dernièrement le 09.09.2018. V. égal. au sujet de cette loi qui constitua un véritable tournant dans la procédure pénale française e. a. : LAZERGES, Christine, « Le renforcement de la protection de la présomption d’innocence et des droits des victimes : histoire d’une navette parlementaire », *Rev. sc. crim.*, n° 1, 2001, p. 7-23 ; LE GUNEHÉC, Francis, « Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d’innocence et les droits des victimes, 2^e partie : dispositions spécifiques à l’enquête ou à l’instruction », n° 27, 2000, p. 1299-1302 ; CHARBONNEAU, Cyrille et PANSIER, Frédéric-Jérôme, « Commentaire article par article de la loi sur la présomption d’innocence (1^{re} partie) », *LPA*, n° 129, 2000, p. 3 et s. ; des mêmes auteurs égal. « Commentaire article par article de la loi sur la présomption d’innocence (suite et fin) », *LPA*, n° 130, 2000, p. 6 et s., de même que « La loi du 15 juin 2000 sur la présomption d’innocence : première approche », *Gaz. Pal.*, n° 174, juin 2000, p. 11 et s. ; PRADEL, Jean, « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution ? », *Rec. Dal.*, n° 13, 2001, p. 1039 et s.

²²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille, « Une nouvelle procédure pénale ? Présentation, Actes de la journée d’étude organisée par les éditions Dalloz sur la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d’innocence et les droits des victimes », *Rev. sc. crim.*, n° 1, 2001, p. 4.

²²⁶ LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, op. cit., p. 41, n° 34 ; Michel Seurin parle ici explicitement de la « *complémentarité juge d’instruction / JLD* » (SEURIN, Michel, « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004. Quel avenir pour l’instruction préparatoire ? », dans *Mélanges Pradel*, 2006, op. cit., p. 570).

²²⁷ Selon la formule de LAROCHE-FLAVIN, Charles, *La machine judiciaire*, Paris, Éd. du Seuil, 1968.

²²⁸ L. n° 2001-1062 du 15.11.2001, relative à la sécurité quotidienne ; l. n° 2002-1138 du 09.09.2002, d’orientation et de programme pour la justice ; l. n° 2004-204 du 09.03.2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; l. n° 2007-291 du 05.03.2007, tendant à renforcer l’équilibre de la procédure pénale. Pour une analyse de la frénésie législative en matière pénale, v. not. CHEVALLIER, Jean-Yves, « Vol au-dessus d’un nid de réformes », *Mélanges Pradel*, 2006, art. cit., p. 253-269 ; CANIVET, Guy, « 1958-2005 : Que reste-t-il du Code de

louvolements maladroits du législateur ; et la phase préparatoire du procès semble se perdre sous l'accumulation de dispositions éparses au détriment d'une cohésion d'ensemble.²²⁹ C'est dans ce contexte de « *boulimie législative* »²³⁰ que s'inscrit le projet Léger, qui tenta en vain une nouvelle fois d'imposer une réforme globale de la procédure pénale.

b. L'Allemagne, une mise en état de l'affaire pénale influencée par le modèle du CIC mais centrée sur l'institution du ministère public

23. La structure moderne de la procédure pénale allemande est également fortement marquée par le modèle napoléonien et pourtant, contrairement au cas français, celle-ci n'est pas centrée sur l'institution du juge d'instruction, tout du moins depuis la suppression de cette institution en 1974, mais sur celle du ministère public. Ainsi la comparaison est-elle particulièrement propice à une « *décentration* » bénéfique « *de l'horizon* »²³¹ du juriste français trop fixé sur l'institution du magistrat instructeur, pour ouvrir de nouvelles perspectives aux débats dans la doctrine française.

24. La recherche de documents historiques au niveau allemand fut particulièrement évocatrice de cette particularité : aucune monographie consacrée au juge d'instruction n'a pu être trouvée. Cette figure reste très largement méconnue dans la société qui semble souvent ne même pas en connaître le nom alors même que cette institution a existé aux côtés du procureur pendant près d'un siècle jusqu'à son abolition en 1974.

25. Le ministère public (Staatsanwaltschaft) procède en Allemagne non pas d'une longue mutation progressive de la procédure pénale comme en France depuis le Moyen-âge mais bien plus d'une création législative relativement récente.²³² En effet, les avis convergent ici pour admettre que l'apparition de cette institution résulte avant tout de l'application du CIC

Procédure pénale ? Propos introductifs », dans C. Cass. (éd.), *La proc. pén. en quête de cohérence*, art. cit., p. 5-10.; DEBOVE, Frédéric, « L'overdose législative, ét. 12 », *Dr. pén.*, 10-2004, art. cit., p. 6-10 ; JEAN, Jean-Paul, « Les réformes pénales 2000-2010, entre inflation législative et révolutions silencieuses », *Reg. actu.*, 357-2010, art. cit., p. 8-22 ; CHAVENT-LECLÈRE, Sophie, « Des évolutions en cours à la révolution attendue en proc. pén. ?, dos. 6 », *Procédures.*, 1-2015, art. cit., en partic. n° 1-3.

²²⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 112-116, n° 209-214. V. aussi réf. en n. 228.

²³⁰ La formule est ici empruntée à Jean-Marie Coulon dans l'ouvrage COULON, Jean-Marie et SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel, *La justice à l'épreuve*, op. cit., p. 67.

²³¹ LEGRAND, Pierre, « Comparer », dans CENTRE FR. DE DR. COMPARÉ (éd.), *Le droit comparé : aujourd'hui et demain*, art. cit., p. 60.

²³² CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, Breslau, Freiburg, 1932, p. 1 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 22.

à partir de 1811 dans les territoires de la rive gauche du Rhin à la suite des guerres napoléoniennes.²³³

26. Les territoires germaniques ont connu un développement de la procédure pénale somme toute assez similaire à celui évoqué plus haut pour les territoires français. De fait, jusqu'à l'arrivée du procès inquisitoire au XIII^e siècle, le droit pénal procédural germanique était une affaire privée suivant un modèle strictement accusatoire qui érigeait la vengeance en véritable règle de droit,²³⁴ où toute initiative relevait de la victime²³⁵ et où les preuves irrationnelles relevaient du domaine sacré (ordalies et duels²³⁶).²³⁷ L'action publique contre la criminalité était une rare exception, même si elle commençait à gagner en importance avec l'établissement d'une juridiction royale à la fin du règne des francs et sous la dynastie carolingienne aux V^e et VI^e siècles.²³⁸ Il faudra attendre les mouvements dits de la Paix de Dieu à l'initiative de l'Église à partir du XI^e siècle, dirigés directement contre les débordements de la justice pénale privée²³⁹ alors en vigueur, pour que l'idée de poursuites publiques en matière criminelle commence véritablement à remettre en cause la structure accusatoire même du procès pénal.²⁴⁰ Un système inquisitoire basé sur des preuves rationnelles²⁴¹ et les principes de la poursuite d'office et de la recherche de la vérité matérielle se met alors peu à peu en

²³³ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 132 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 22 ; JUNG, Heike, « Einführung », dans H. JUNG et M. FINCKE (éds.), *Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen*, Berlin [u.a.], de Gruyter, 1990, p. 2 ; JESCHECK, Hans-Heinrich, « Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform », *ZStW*, 1974, art. cit., p. 766 ; JUNG, Heike, « Le rôle du ministère public en procédure pénale allemande », *Rev. sc. crim.*, 1983, p. 224 ; SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1965, p. 324 et s., § 284 et s. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 1. V. pour une explication détaillée de l'adoption du modèle français en Allemagne not. WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 132-137.

²³⁴ SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., p. 23, § 5.

²³⁵ *Ibid.*, p. 37-40, §§ 27 et 29 ; ELLING, Karl, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, Breslau, Schletter, 1911, p. 4-5.

²³⁶ SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., p. 38-40, § 29.

²³⁷ KERBEL, Paul, *Zur Stellung, Organisation und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 30 ; SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., p. 37-45, §§ 27-32.

²³⁸ KERBEL, Paul, *Zur Stellung, Organisation und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 30.

²³⁹ Il s'agit ici des mêmes débordements que ceux constatés pour le système français, à savoir en particulier l'irrationalité des preuves (v. n. 236), les dangers pour l'accusateur (risque du talion, de détention, v. par ex. *Ibid.*, p. 38, en particulier n. 39 ; SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., p. 126, n° 108) et l'impunité des crimes (*ibid.*, p. 84, n° 68 ; ELLING, Karl, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, op. cit., p. 4-5).

²⁴⁰ KERBEL, Paul, *Zur Stellung, Organisation und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 30.

²⁴¹ Frédéric II interdit à titre d'exemple les ordalies dans les constitutions de Melfi pour son royaume de Sicile (1231) et limita le recours aux duels à de rares constellations, v. SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., p. 77, n° 65.

place d'abord de manière informelle et indépendamment des influences étrangères,²⁴² même s'il convient de souligner le rôle important que joua le droit canonique dans ce processus, droit qui prévoyait au plus tard en 1215 une procédure d'instruction. L'aveu, obtenu si besoin sous la torture,²⁴³ devient la pierre angulaire de la phase de recherche des preuves et par là même un trait caractéristique du modèle inquisitoire au Moyen-Âge.²⁴⁴ À l'image de l'histoire procédurale française médiévale, il convient néanmoins de souligner la forte hétérogénéité des règles de droit, qui varient, non seulement d'un territoire germanique à l'autre, mais aussi à l'intérieur de ces mêmes espaces géographiques.²⁴⁵ Cependant, les principes inquisitoires s'appliquant à l'avant-procès restèrent, en l'absence d'ancrage légal, informels jusqu'au début du XVI^e siècle et à la seule discrétion des juges ce qui menait à des décisions souvent injustes et arbitraires.²⁴⁶ L'enseignement d'une véritable science du droit faisant en Allemagne défaut, ce qui incitait les juristes allemands à suivre leur formation en Italie, le système inquisitoire fut finalement consacré au début du XVI^e siècle d'après les modèles italien et canonique²⁴⁷ déjà existant à l'étranger dont l'importance décisive avait déjà été soulignée pour la procédure pénale française. La pensée juridique italienne fut systématisée une première fois dans une source juridique allemande avec la réforme de Worms en 1498, avant que ne vienne l'ouvrage législatif de référence sur la procédure pénale germanique à cette époque, la *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507). Ce dernier fut lui-même presque intégralement repris par la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 (CCC),²⁴⁸ première loi impériale en droit et procédure pénale qui servira de modèle aux législateurs des différents territoires germaniques.²⁴⁹ D'un

²⁴² KERBEL, Paul, *Zur Stellung, Organisation und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 30-33.

²⁴³ Dont l'usage ressort déjà des sources datant du XIII^e siècle, v. par ex. le droit de la ville Wiener Neustadt (1221-1230), *Ibid.*, p. 32 et n. 11.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Eberhard Schmidt rend très bien compte de la complexité de la situation dans son ouvrage de référence *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, *op. cit.*, p. 46-47, n° 33.

²⁴⁶ KERBEL, Paul, *Zur Stellung, Organisation und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 33 et 37-38 ; SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, *op. cit.*, p. 99-108 n° 79-85, l'auteur va ici jusqu'à parler de "*l'arbitraire extrême des juges*" (« *krasse richterliche Willkür* », p. 102, n° 81).

²⁴⁷ KERBEL, Paul, *Zur Stellung, Organisation und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 33-37.

²⁴⁸ SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, *op. cit.*, p. 109, n° 87.

²⁴⁹ KERBEL, Paul, *Zur Stellung, Organisation und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 37-38 ; SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, *op. cit.*, p. 141-144, n° 124. À titre informatif, v. pour l'intégralité du texte du CCC : « *Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V, Constitutio Criminalis Carolina* », 1532, en ligne:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:GUwJWM205LUJ:https://login.gmg.biz/earchivmanagement/projektdatein/earchiv/Media/1532_peinliche_halsgerichtsordnung.pdf+&cd=1&hl=de&ct=clnk&gl=d&client=firefox-b-ab>, consulté dernièrement le 27.06.2016.

point de vue strictement formel, la CCC, prévoyant le déclenchement du procès sur accusation de la victime (art. 11 et s.) semble toujours reposer sur le modèle accusatoire dans lequel toute poursuite dépendait de la seule initiative de la partie lésée.²⁵⁰ Mais si l'on considère les suites clairement inquisitoires accordées au procès (art. 45 et s. CCC) de même que le choix laissé à la victime de recourir au juge pour déclencher la procédure, évitant ainsi les risques de détention provisoire auxquels l'aurait exposée son accusation privée (art. 12 CCC), l'aspect accusatoire ne revêt ici plus qu'un caractère théorique, dépassé dans la pratique par l'application du principe de la poursuite d'office (art. 6-10 CCC).²⁵¹ Par ailleurs, la *Constitutio Criminalis Carolina* mit un terme à la pratique inquisitoire informelle et arbitraire des juges en prévoyant des conditions précises telles que celles concernant par exemple le jugement (art. 66 CCC) ou l'usage de la torture (art. 18 et s. CCC).²⁵² En résumé, comme cela était également le cas en France, du moins en théorie, les mesures d'investigation nécessaires pour la mise en état de l'affaire étaient ici désormais entièrement entre les mains du juge inquisiteur.²⁵³

27. Le système inquisitoire en place, toutes les conditions étaient réunies pour l'arrivée sur la scène procédurale pénale d'une nouvelle institution aux origines similaires à celle du ministère public français qui tenta de s'imposer aux côtés du juge, à savoir le « *Fiskalat* ». ²⁵⁴ Le « *Fiskal* » (descendant du « *procurator* » latin)²⁵⁵ est un acteur de la procédure pénale médiévale allemande dont la fonction principale résidait dans la représentation des intérêts fiscaux des seigneurs en matière de procédure judiciaire.²⁵⁶ Dans le cadre de cette mission, le « *Fiskal* » pouvait être amené à agir en tant qu'accusateur public en déclenchant l'action publique.²⁵⁷ Il partageait néanmoins ce rôle, à l'instar de son homologue français, avec le juge inquisiteur qui pouvait dans certains territoires laisser apparaître cette dernière fonction

²⁵⁰ KERBEL, Paul, *Zur Stellung, Organisation und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 37-38.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² *Ibid.*, p. 38.

²⁵³ *Ibid.*, p. 39.

²⁵⁴ V. pour une courte présentation du *Fiskalat* : *Ibid.*, p. 40-42 ; CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, *op. cit.*, p. 1-7 ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 66 ; Pour une analyse plus détaillée de cette institution, v. not. l'ouvrage de SCHMIDT, Eberhard, *Fiskalat und Strafprozeß*, München [e.a.], Oldenbourg, 1921 ; HEFFTER, « Das ehemalige und zum Theil noch bestehende Fiskalat in Deutschland mit seinen Fehlern », *Archiv des Criminalrechts*, n° 4, 1845, p. 596-613.

²⁵⁵ CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, *op. cit.*, p. 2.

²⁵⁶ *Ibid.* ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 66.

²⁵⁷ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 66.

comme purement formelle.²⁵⁸ Mais cette institution ne connut pas la même évolution prolifique que son alter ego français. Le « *Fiskalat* » n'eut en effet un impact pratique réel que dans les « lands » (régions autonomes) de Hesse et de Brandebourg-Prusse avant de disparaître complètement à la fin du XVIII^e siècle.²⁵⁹

28. En Prusse, le « *Fiskal* » apparaît pour la première fois au cours du XV^e siècle à la cour d'appel princière.²⁶⁰ D'abord tenu de préserver les droits régaliens, en particulier en matière fiscale et de représenter le cas échéant les intérêts princiers au civil en cas de procès, leur mission s'étend rapidement à la protection de l'intérêt général et au maintien de l'ordre social.²⁶¹ Les premières traces de ses compétences en matière procédurale pénale remontent au XVI^e siècle alors que la domination du modèle inquisitoire (impulsion là aussi nécessaire à l'apparition de ce nouvel acteur) est désormais établie.²⁶² Aux alentours de 1580, le « *Fiskal* » protégeait les intérêts financiers princiers, de même qu'il s'occupait de l'ensemble des investigations au cours de l'avant-procès pour les délits de moindre importance non en tant que juge mais en tant qu'organe de l'exécutif princier.²⁶³ Il est particulièrement intéressant d'observer ici que ce nouveau protagoniste se heurta, comme en France, à une forte opposition des seigneuries qui exprimaient déjà leur méfiance à son égard et dénonçaient qu'un fonctionnaire représentant les seuls intérêts princiers n'était pas à même de rechercher en toute objectivité la vérité matérielle lors d'un procès pénal.²⁶⁴ Cette crainte loin d'être infondée fut bien plus révélatrice. Cette institution fut en effet, à l'image de son équivalent français, un puissant instrument permettant au monarque d'influer sur la justice et le cours des procès, qui contribua assurément à la victoire de la monarchie absolue sur les trois ordres féodaux.²⁶⁵ Cela n'étonne donc pas que la monarchie absolue une fois établie réserve à cet

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 2-7 ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 66 ; ELLING, Karl, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, op. cit., p. 11.

²⁶⁰ Il est mentionné pour la première fois expressément en 1468. L'ordre judiciaire de la Cour d'Appel princière de 1516, réformé en 1540, vint ensuite régler ses attributions, v. à ce propos not. CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 2.

²⁶¹ CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 2 ; SCHMIDT, Eberhard, *Fiskalat und Strafprozeß*, op. cit., p. 6-7.

²⁶² CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 2 ; V. pour un exposé détaillé sur le développement des missions du « *Fiskalat* » en matière procédurale pénale : SCHMIDT, Eberhard, *Fiskalat und Strafprozeß*, op. cit., p. 30 et s.

²⁶³ CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 3.

²⁶⁴ V. à ce sujet e. a. : *Ibid.* ; SCHMIDT, Eberhard, *Fiskalat und Strafprozeß*, op. cit., p. 39-41.

²⁶⁵ CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 3.

acteur une place de plus en plus importante en élargissant ses attributions.²⁶⁶ Ainsi le « *Fiskal* » était-il chargé au niveau procédural pénal de l'inquisition générale (qui correspond à la procédure d'enquête aux fins de réunir des preuves de la commission d'un délit présumé)²⁶⁷ et le cas échéant de l'inquisition spéciale (qui s'entend du droit de procéder à la condamnation et au châtement de prévenus confondus, cette inquisition supposant donc qu'il y ait eu un délit effectif)²⁶⁸ et des arrestations en résultant ainsi que – dans la mesure où le système la prévoyait – de l'accusation, même s'il convient ici de souligner que son action restait subordonnée à celle du juge.²⁶⁹ Il se vit également rapidement chargé de garantir l'ordre judiciaire et d'exercer un contrôle sur l'administration disposant à ce titre d'un véritable pouvoir disciplinaire.²⁷⁰ Au XVIII^e siècle il hérita de certaines branches de l'activité policière – en particulier celle de la régulation du marché et de la monnaie – qui contribuèrent pour beaucoup à faire du « *Fiskal* » un « *garant de la loi* » dans un état policier.²⁷¹ Mais la profusion des attributions n'apaisa pas la méfiance originelle contre cet agent perçu comme l'instrument de la monarchie absolue. Bien au contraire, l'influence du « *Fiskal* » commença à décliner alors que la possibilité de recueillir des preuves sur leur propre initiative sans l'intervention du juge était déclarée irrecevable dans une résolution royale du 3 septembre 1725.²⁷² Toujours plus concurrencé par le juge inquisiteur dans ses fonctions pénales, où il était cantonné aux délits fiscaux de bagatelles, mal rémunéré et victime de la mauvaise organisation de son corps de métier, il perdit rapidement du terrain jusqu'à devenir un garant de la loi dans le mauvais sens du terme, c'est-à-dire un simple dénonciateur de l'État

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ *Ibid.* ; EYMERICH, Nicolau et PEÑA, Francisco, *Le manuel des inquisiteurs*, Paris, La Haye, Mouton, 1973, p. 118.

²⁶⁸ V. l'ens. des réf. préc. en n. 267.

²⁶⁹ CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 3 ; V. aussi Eberhardt Schmidt qui illustre parfaitement le fait que les « Fiscales » n'ont à aucun moment bénéficié de la même indépendance que les juges pour les tâches relevant du domaine inquisitoire : *Fiskalat und Strafprozeß*, op. cit., p. 164-167.

²⁷⁰ SCHMIDT, Eberhard, *Fiskalat und Strafprozeß*, op. cit., p. 53-54.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 138-140.

²⁷² Pour un exposé détaillé et justifié de cet épisode, se rapporter à *ibid.*, p. 165 et à sa n. correspondante n° 2.

policier.²⁷³ Un ordre du cabinet royal du 10 mars 1809 finit par empêcher la réoccupation des postes prévu à cet effet conduisant à la disparition de l'institution.²⁷⁴

29. En Hesse, le « *Fiskal* » était dès ses origines avant tout accusateur public et il lui incombait d'agir d'office.²⁷⁵ Sa mission était de préparer l'accusation sur la base du dossier d'instruction – à l'élaboration duquel il n'avait aucunement participé – et de représenter celle-ci à l'audience devant le tribunal.²⁷⁶ Mais face au procès inquisitoire de droit commun, le « *Fiskalat* » ne réussit finalement pas non plus à s'imposer et fut abandonné implicitement là aussi au début du XIX^e siècle.²⁷⁷

30. Alors que cet ancêtre du procureur allemand avait au début du XIX^e siècle disparu de l'ensemble des territoires germaniques, empêchant ainsi d'y voir une relation directe avec l'institution à venir du ministère public allemand, le parquet en France était au contraire arrivé avec le CIC à son aboutissement.²⁷⁸ Cela explique que lorsqu'il s'agit dans les années 1840 d'instituer une telle institution, il ne fut pas question de raviver le « *Fiskalat* » disparu ; les regards se tournèrent bien plus vers le modèle français qui avait déjà fait ses preuves en la matière.²⁷⁹ En outre, du fait des guerres napoléoniennes ce modèle était déjà appliqué dans

²⁷³ CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 5 ; V. aussi concernant les raisons de la disparition du Fiskalat en Allemagne : HEFFTER, « Das Fiskalat in Deutschland », *Arch. CrimR*, art. cit., p. 611 et s. ; SCHMIDT, Eberhard, *Fiskalat und Strafprozeß*, op. cit., p. 149-153.

²⁷⁴ SCHMIDT, Eberhard, *Fiskalat und Strafprozeß*, op. cit., p. 178 ; HEFFTER, « Das Fiskalat in Deutschland », *Arch. CrimR*, art. cit., p. 611 ; CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 5.

²⁷⁵ V. par ex. art. 50 Philippina de 1535 qui reprend certes en grande partie l'intitulé de l'art. 45 de la CCC mais prévoit à la différence de ce dernier explicitement l'action du Fiscal en tant qu'accusateur public. V. pour un exposé détaillé de cette question en particulier : BOPP, « Der öffentliche Ankläger und der Staats-Procurator in Hessen bei Rhein », *Zeitschrift für deutsches Strafverfahren einschließlich des Gefängniswesens*, n° 2, 1842, p. 317-318, n. 5 ; SCHMIDT, Eberhard, *Fiskalat und Strafprozeß*, op. cit., p. 30-31 ; CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 6 ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 66.

²⁷⁶ BOPP, « Der öffentliche Ankläger und der Staats-Procurator in Hessen bei Rhein », *ZfStrVerf a. F.*, 1842, p. 322 et s. ; CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 6 ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 66.

²⁷⁷ BOPP, « Der öffentliche Ankläger und der Staats-Procurator in Hessen bei Rhein », *ZfStrVerf a. F.*, 1842, p. 338 ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 66.

²⁷⁸ CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 7 ; SCHMIDT, Eberhard, *Fiskalat und Strafprozeß*, op. cit., p. 178-179.

²⁷⁹ E. LANDSBERG (éd.), *Die Gutachten der Rheinischen Immediat-Justiz-Kommission und der Kampf um die rheinische Rechts- und Gerichtsverfassung 1814 - 1819*, Düsseldorf, Droste, 2000, p. XXXIII ; CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 7 ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 135-136.

une partie du territoire.²⁸⁰ Or, ce précédent avait déjà attiré la curiosité de tous les laissés pour compte de l'administration judiciaire dans l'ensemble des territoires germaniques et l'institution s'étendit peu à peu sans coordination aux États de la confédération germanique jusqu'à l'unification de la procédure pénale allemande et la consécration du ministère public en 1877.²⁸¹

31. Cette uniformisation se fit principalement sur le modèle du ministère public prussien instauré par l'ordonnance du 3 janvier 1849,²⁸² elle-même reprenant la quasi-totalité des caractéristiques du CIC. Ainsi le procureur prussien hérita-t-il des fonctions de poursuite similaires à celles du parquetier français (§ 2 ord. du 3 janv. 1849). Toutefois, à la différence du système français, qui, hors cas de flagrance, n'accordait la responsabilité des investigations qu'au seul magistrat instructeur, le procureur prussien, pour mener à bien sa fonction de poursuite, disposait également d'une compétence légale de principe pour diriger les opérations d'enquête – sous le contrôle du juge concernant les mesures de contraintes – dès lors qu'une instruction faisait défaut (§§ 5 et 7 ord. du 3 janv. 1849).²⁸³ Il perdait en revanche sa souveraineté dans la phase préliminaire au procès lorsqu'un délit relevait de la compétence de la Cour d'assises (« Schwurgericht ») en raison de sa gravité, l'ouverture d'une instruction menée par un magistrat instructeur étant alors obligatoire (§§ 5, 78 et 38 ord. du 3 janv. 1849)²⁸⁴ ou pour les délits de moindre gravité lorsqu'il décidait lui-même que l'intervention d'un juge d'instruction était nécessaire (§§ 5, 42 ord. du 3 janv. 1849).²⁸⁵ Le § 3 de

²⁸⁰ ELLING, Karl, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, op. cit., p. 56-57 ; SCHMIDT, Eberhard, *Fiskalat und Strafprozeß*, op. cit., p. 179 ; CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 15-17.

²⁸¹ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 1 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 22-23 ; HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 18-30, v. not. les constatations générales de l'auteur p.18 et 28, qui soulignent particulièrement bien l'influence du modèle français sur la structure originelle du système procédural allemand.

²⁸² En ce sens avec raison not. SCHMITT-FASSBINDER, Ralf, *Die sogenannten Krisen in der Strafrechtsprechung*, Trier, Université de la Sarre, 1978, p. 83-84 ; HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, op. cit., p. 28 ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 185 et 195.

²⁸³ COLLIN, Peter, « Wächter der Gesetze » oder « Organ der Staatsregierung »? : *Konzipierung, Einrichtung und Anleitung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium; von den Anfängen bis 1860*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000, p. 198 ; HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, op. cit., p. 20.

²⁸⁴ Les délits politiques et les délits de presse ne prévoyant pas de peine privative de liberté supérieure à trois ans constituaient ici une exception, v. à ce propos not. COLLIN, Peter, « Wächter der Gesetze » oder « Organ der Staatsregierung »?, op. cit., p. 196-197, n. 94.

²⁸⁵ Sur ces aspects, not. *Ibid.*, p. 196-201 ; HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, op. cit., p. 20.

l'ordonnance du 3 janvier 1849 prévoyait quant à lui, pareillement au modèle français, le contrôle étroit du ministre de la justice sur les procureurs tenus de suivre les instructions de ce dernier.²⁸⁶ En ce sens, le ministère public allemand était perçu comme un « *organe du gouvernement de l'État* ». ²⁸⁷ En outre, valait également le principe d'opportunité des poursuites²⁸⁸ et c'est là toute l'ambiguïté de l'institution qui, en Allemagne, fait naître dès ses origines des espoirs contradictoires.²⁸⁹

32. Ainsi pour les défenseurs des droits de l'homme l'exemple français était-il un moyen d'acquérir enfin une structure respectueuse de ceux-ci.²⁹⁰ À côté du solutionnement des problèmes résultant du système inquisitoire²⁹¹ déjà évoqués pour le système français, le procureur devait permettre, par un contrôle étroit de l'activité policière, de mettre un terme à l'arbitraire policier, alors fréquent, dont souffraient les justiciables germaniques

²⁸⁶ À ce propos e. a. COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, *op. cit.*, p. 118 ; HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, *op. cit.*, p. 20.

²⁸⁷ Selon la formule originale « *Organ der Staatsregierung* », v. § 1 de l'ord. générale du 13.11.1849 telle que citée de manière pertinente par COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, *op. cit.*, p. 113 n. 29. Soulignant égal., à côté de l'aspect libéral officiellement prôné par le législateur d'alors, les intérêts particuliers camouflés du pouvoir exécutif en place lors de l'élaboration du ministère public not. HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, *op. cit.*, p. 36 ; RÜPING, Hinrich, « Die Geburt der Staatsanwaltschaft in Deutschland », *GA*, 1992, p. 156 ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 78 et s.

²⁸⁸ Le principe n'était cependant pas explicitement prévu par les textes et son application était déjà au départ très controversée. V. pour un développement détaillé de cette question : COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, *op. cit.*, p. 183-196.

²⁸⁹ CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, Breslau, Freiburg, 1932, p. 28, 34 et s. et 42 et s. ; exposant cette position sans pour autant la partager, v. e. a. ROXIN, Claus, « Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute », *DRiZ*, 1997, p. 109 ; COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, *op. cit.*, p. 183-196 ; HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, *op. cit.*, p. 17.

²⁹⁰ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 223. V. aussi NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte 1800 - 1866, Band I: Bürgerwelt und starker Staat*, vol. 1, München, Beck, 1983, p. 682 qui considère le principe du monopole de l'action pénale dont dispose le parquet comme un véritable « *acquis libéral* » (traduit librement d'après la formule d'origine « *liberale Errungenschaft* ») ou ROXIN, Claus, « Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft », *DRiZ*, 1969, p. 385-389 qui assure que « *cette institution a vu le jour comme un moyen de libération civique et non comme un instrument de répression au service des autorités publiques* » (traduit librement selon la formule originale « (...) sie [die StA] ist als Mittel staatsbürgerlicher Befreiung, nicht als Instrument obrigkeitlicher Repression ins Leben getreten » ; à noter néanmoins que Claus Roxin, tout en maintenant l'effet bénéfique de l'apparition du ministère public sur la scène pénale, nuance désormais ses propos [v. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 1] à la suite de la parution de la thèse de Peter Collin qui a démontré à la lumière des archives parlementaires prussiennes que la création du ministère public à la française devait au départ permettre avant tout au pouvoir en place d'influer sur une justice considérée comme peu fiable, v. à ce propos n. 295 et 299) ; GÜNTHER, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, Frankfurt/Main [e.a.], Ullstein, 1973 assimile dans le titre même de son ouvrage écrit pour fêter les 125 ans du ministère public berlinois le parquet à un « *enfant de la révolution* ».

²⁹¹ GÖSSEL, Karl Heinz, « Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei », *GA*, 1980, p. 326-328.

(perquisitions illégales, violations du secret de la correspondance, arrestations ou violences corporelles volontaires infondées etc.).²⁹² Quant aux élites au pouvoir - tel Savigny, dans sa fonction de ministre prussien de la législation - elles voyaient en cette institution certes un moyen de remédier aux travers du système inquisitoire²⁹³ et aux excès policiers.²⁹⁴ Il s'agissait néanmoins pour eux avant tout d'une possibilité de garder le contrôle d'une justice de plus en plus indépendante.²⁹⁵ Si le côté éclairé et libéral de la réforme finit par prévaloir dans la doctrine, notamment à la suite des nombreux articles en ce sens d'Eberhard Schmidt, qui ont eu une influence déterminante sur cette question,²⁹⁶ certains qualifiant le ministère public de

²⁹² SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, Berlin, Mensch & Buch Verlag, 2003, p. 20-23 ; GÖSSEL, Karl Heinz, « Überlegungen über die Stellung der StA », *GA*, 1980, *art. cit.*, p. 327-328.

²⁹³ V. e. a. ROXIN, Claus, « Rechtsstellung u. Zukunftsaufgaben der StA », *DRiZ*, 1969, *art. cit.*, p. 385 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 112.

²⁹⁴ V. not. les propos de Savigny dans son expertise du 17.12.1847 tels que repris par OTTO, Gustav, *Die preußische Staatsanwaltschaft*, Berlin, Guttentag, 1899, p. 35, 37-38 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 111.

²⁹⁵ V. les propos de Savigny repris par Gustav Otto et Gustav Otto lui même dans : *Die preußische Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 19, 52, 58 et s. V. à ce sujet aussi : SCHMITT-FASSBINDER, Ralf, *Die sogenannten Krisen in der Strafrechtsprechung*, *op. cit.*, p. 85 et 120 ; JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, *art. cit.*, p. 17 ; CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, *op. cit.*, p. 33 ; GÖSSEL, Karl Heinz, « Überlegungen über die Stellung der StA », *GA*, 1980, *art. cit.*, p. 326. Remettent quant à eux entièrement en question l'origine libérale du ministère public en démontrant que cette institution a avant tout été instaurée comme un organe de contrôle au service du gouvernement, v. not. COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, *op. cit.*, p. ex. e. a. p. 4-5 ou p. 21 et s. WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. ex. p. 78 et s. ou encore p. 105 ; HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, *op. cit.*, p. 36 ; RÜPING, Hinrich, « Die Geburt der StA », *GA*, 1992, *art. cit.*, p. 156. HEFTER, Heinrich, « Der nachmärzliche Liberalismus: die Reaktion der fünfziger Jahre », dans H.-U. WEHLER (éd.), *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, Köln, Kiepenheuer & Witsch, 1976, p. 193 va même jusqu'à parler concernant le ministère public de « *l'amère déception des libéraux* » (« *[die Staatsanwaltschaft] enttäuschte aufs bitterste die Hoffnungen der Liberalen* »), qui constatèrent qu'il s'agissait là de « *l'une des armes les plus aiguisées de l'action bureaucratique* » (« *eine der schneidigsten Waffen der bürokratischen Reaktion* »). Les historiens actuels s'alignent d'ailleurs sur cette opinion (NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte*, vol. 1, *op. cit.*, p. 682 ; WEHLER, Hans-Ulrich, *Von der « Deutschen Doppelrevolution » bis zum Beginn des Ersten Weltkrieges 1849 - 1914*, vol. 3, Munich, Beck, 1995, p. 203 et s.).

²⁹⁶ V. p. ex. : SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, *op. cit.*, p. 330-332, n° 289 ; SCHMIDT, Eberhard, « Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz », *DRiZ*, n° 12, 1957, p. 273-283 ; SCHMIDT, Eberhard, « Die Rechtsstellung der Staatsanwälte », *MDR*, n° 1, 1951, p. 1-7 ; SCHMIDT, Eberhard, « Die Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft und Legalitätsprinzip », *MDR*, n° 4, 1961, p. 269-274. V. pour l'établissement de cette vision dans la doctrine : WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 21 ; HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, *op. cit.*, p. 17-18. V. aussi FROMMEL, Monica, « Die Implementation der liberalen Forderung nach einer Reform des Strafverfahrens in der jüngeren Strafrechtsgeschichte », dans H. MOHNHAUPT (éd.), *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1991, p. 554 et s., qui analyse l'évolution et les nuances de l'argumentation d'Eberhard Schmidt au fil des années quant à ce qu'incarne selon lui le ministère public. Défendent e. a. également cette vision libérale de l'institution not. : JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 223 ; GÜNTHER, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, *op. cit.* ou ROXIN, Claus, « Rechtsstellung u. Zukunftsaufgaben der StA », *DRiZ*, 1969, *art. cit.*, p. 385, qui parle à cet égard d'un moyen de libération civique (« *Mittel staatsbürgerlicher*

«liberale Errungenschaft»²⁹⁷ (acquis libéral) ou même « d'enfant de la révolution »,²⁹⁸ cela n'élimine pas la volonté avérée²⁹⁹ du pouvoir constituant de l'époque de contrôler les juges, ce qui a nécessairement laissé son empreinte dans l'évolution de l'institution. Cela vaut d'autant plus que les thèses de Wolfgang Wohlers³⁰⁰ et de Peter Collin³⁰¹ ont dernièrement mis à mal la thèse d'Eberhard Schmidt.³⁰² En s'appuyant sur une analyse historique détaillée fondée en partie sur les nombreuses archives parlementaires des territoires autonomes germaniques, ils sont en effet parvenus à démontrer que la doctrine jusque-là dominante avait par trop négligé les circonstances politiques dans lesquelles le ministère public était né en exagérant en contrepartie l'impact de la doctrine libérale dans le processus législatif.³⁰³ Le procureur, outre son côté précurseur, était en effet perçu à l'origine avant tout comme un moyen pour le pouvoir exécutif en place d'influer sur la justice et de la contrôler, aspect que le gouvernement prussien mit par exemple largement à profit.³⁰⁴

33. Avant 1848 les souhaits d'une réforme globale au sein de la population³⁰⁵ avaient été bloqués par la très grande majorité des gouvernements monarchiques en place.³⁰⁶ Seuls de rares territoires autonomes (tels le royaume de Württemberg ou le duché de Baden) s'étaient

Befreiung »). À noter cependant, comme énoncé plus haut, les réserves faites dernièrement par ce même auteur (v. n. 290).

²⁹⁷ NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte*, vol. 1, *op. cit.*, p. 682.

²⁹⁸ Selon le titre de l'ouvrage de GÜNTHER, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, *op. cit.*

²⁹⁹ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, Paris, CNRS, 1999, p. 34 ; V. aussi not. les oeuvres de COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, *op. cit.* ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.* ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 1, qui replacent le caractère d'agence du gouvernement du ministère public allemand au coeur des préoccupations du législateur prussien, le but principal de l'introduction du ministère public résidant dans la volonté du pouvoir exécutif de contrôler les juges qu'il considérait comme peu fiables.

³⁰⁰ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*

³⁰¹ COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, *op. cit.*

³⁰² En ce sens not. HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, *op. cit.*, p. 20-21, et p. 36 ainsi que les réf. citées en n. 161 ; Concernant la thèse d'Eberhard Schmidt, v. p. ex. : *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, *op. cit.*, p. 330-332. Se reporter égal. aux réf. indiquées n. 296.

³⁰³ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.* p. 78 et s. ou encore p. 179 et 206 ; COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, *op. cit.*, p. 21 et s. ou encore p. 89-90 ; concernant l'impact de ces travaux sur la thèse jusqu'alors dominante, v. p. ex. HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, *op. cit.*, p. 20-21 et 36.

³⁰⁴ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.* p. ex. e. a. p. 105 ; COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, *op. cit.* p. ex. e. a. p. 4-5, 90 et 104-105.

³⁰⁵ Ces souhaits sont largement portés par la doctrine libérale de l'époque, v. pour un aperçu détaillé de l'état de la doctrine avant les réformes de 1848/50 WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 43-63 ; COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, *op. cit.*, p. 41-53.

³⁰⁶ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 70 et s. et 203 ; ELLING, Karl, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, *op. cit.*, p. 54.

véritablement attelés à cette tâche fastidieuse.³⁰⁷ La réforme résulta finalement non d'une réflexion parlementaire approfondie répondant aux critiques de la doctrine libérale mais fut bien plus la conséquence logique des mouvements insurrectionnels d'abord en Pologne en 1846³⁰⁸ puis en mars 1848 de l'ensemble des territoires germaniques³⁰⁹ qui firent de la publicité et l'oralité des procédures judiciaires une nécessité dont le pouvoir politique en place sut tirer profit.³¹⁰ En raison de la soudaineté des événements, seul le modèle procédural français déjà bien rodé apparaissait approprié pour les législateurs des territoires germaniques.³¹¹ Il permettait en effet de garantir une continuité du droit dans les territoires où il était déjà appliqué et était, en raison de son affinité avec le système inquisitoire, le plus facilement adaptable aux ordres procéduraux en place dans les autres territoires germaniques.³¹² En ce sens, la réception du droit français fut donc avant tout « forcée », c'est-à-dire dictée par des impératifs pragmatiques, avant d'être raisonnée.³¹³ Les discussions doctrinales réformatrices s'orientant selon les modèles anglo-saxons,³¹⁴ jusqu'alors

³⁰⁷ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 78-85 et 203. V. concernant le duché de Baden égal. HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, op. cit., p. 18-19.

³⁰⁸ En 1846, à la suite du partage de la Pologne, il y eut des mouvements insurrectionnels nationaux répétés contre la domination étrangère dans les territoires polonais occupés sous l'autorité prussienne. Le foyer de la révolte dans ces territoires se situait dans la province de Posnanie. Mais le soulèvement échoua avant d'éclater, les commanditaires ayant été dénoncés et arrêtés avant d'avoir concrétisé leur projet. Il fallait alors agir vite et le gouvernement en place souhaitait statuer un exemple. Or la lourde et secrète procédure inquisitoire en place ne permettait pas de répondre à ces attentes alors que des procès contre les 254 inculpés pour haute trahison étaient déjà ouverts. Il fut donc décidé par la loi du 17.06.1846 d'appliquer une procédure publique et orale au moins pour le tribunal régional supérieur de Berlin en charge des dits procès. V. à ce propos *Ibid.*, p. 105-106 ; CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 25 ; ELLING, Karl, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, op. cit., p. 82 et s. ; COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, op. cit., p. 83.

³⁰⁹ Les mouvements révolutionnaires de mars (« *Märzaufstände* ») caractérisent le « *printemps* » des peuples germaniques. Il s'agit de l'ensemble des révolutions qui éclatèrent entre mars 1848 et la fin de l'été 1849 au sein de la Confédération germanique et dans les provinces et pays sous domination de l'empire d'Autriche (Hongrie et Italie du Nord) et du royaume de Prusse (Posnanie). V. pour une présentation détaillée de ces événements p. ex. NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte*, vol. 1, op. cit., p. 595 et s.

³¹⁰ Au sujet de l'impact de la révolution de mars 1848 sur les réformes concernant la procédure pénale : WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 108-110 ; CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op. cit., p. 25-34 ; ELLING, Karl, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, op. cit., p. 54.

³¹¹ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 134-135 et 203.

³¹² *Ibid.*, p. 135-136 et 203.

³¹³ *Ibid.*, p. 132-135 et 203.

³¹⁴ V. p. ex. GNEIST, Rudolf, « Die Staatsanwaltschaft und die Privatanklage », dans R. GNEIST (éd.), *Vier Fragen zur Deutschen Strafproceßordnung mit einem Schlußwort über die Schöffengerichte*, Berlin, Heidelberg, Springer, 1874, p. 16-57 ; MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren: nach ihrer neuesten Fortbildung*, Erlangen, F. Enke, 1856, p. 468 et s.

largement méconnus,³¹⁵ n'apparurent qu'à partir de la deuxième moitié du 19^e siècle alors que le législateur s'était déjà laissé convaincre par le système qu'il avait érigé.³¹⁶ Elles eurent, tout comme la doctrine libérale, qui avait fait de l'instauration du ministère public comme « *instrument de libération citoyenne* »³¹⁷ une question cardinale, essentiellement un impact au cours des phases de réformes ultérieures pour venir éclairer, justifier et améliorer à la lumière d'autres systèmes existants *a posteriori* la décision prise par le législateur.³¹⁸ À titre d'exemple, l'influence du droit anglo-saxon est visible dans le débat concernant l'implication de la victime dans la procédure pénale alors que la suppression du monopole d'accusation du ministère public avec l'introduction de la plainte populaire d'après le modèle anglo-saxon est largement défendue dans la doctrine pour permettre de compenser la dépendance du ministère public du pouvoir exécutif.³¹⁹ Pour le légiférant, les aspects de premier plan imposés par l'urgence à la suite des événements insurrectionnels furent la publicité et l'oralité des débats, dont il pouvait profiter d'un point de vue politique, ainsi que la création du jury criminel pour ouvrir la justice et permettre un contrôle du peuple.³²⁰ Le principe accusatoire fut aussi introduit majoritairement dans l'idée de protéger le défendeur grâce à la limitation de l'objet de la procédure.³²¹ L'instauration du ministère public n'était en revanche pas un but en soi (hormis dans la doctrine) mais fut bien plus la conséquence logique de l'introduction des principes accusatoires, de publicité et d'oralité induite par l'actualité politique.³²²

34. L'avis divergent d'Eberhardt Schmidt est dû à une exagération de l'impact de certains aspects des travaux de Savigny.³²³ Cette conception n'est d'abord pas conforme à l'intégralité des intentions de ce dernier qui voyait avant tout l'influence que pouvait par là exercer

³¹⁵ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 174-175.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 179.

³¹⁷ L'expression l'expression originale (v. n. 290) de ROXIN, Claus, « Rechtsstellung u. Zukunftsaufgaben der StA », *DRiZ*, 1969, art. cit., p. 385.

³¹⁸ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 203-204.

³¹⁹ GNEIST, Rudolf, « Die Staatsanwaltschaft und die Privatanklage », dans R. GNEIST (éd.), *Vier Fragen zur Deutschen Strafproceßordnung mit einem Schlußwort über die Schöffengerichte*, op.cit., p. 20 ; exposant l'opinion de Gneist not. CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, op.cit., p. 51 de même que ses réf. en bas de p. concernant d'autres défenseurs de cette thèse.

³²⁰ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 90-92 et 204.

³²¹ *Ibid.*, p. 88-90 et 204.

³²² *Ibid.*, p. 85-92 et 204.

³²³ HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 20-21 ; COLLIN, Peter, « Wächter der Gesetze » oder « Organ der Staatsregierung »?, op. cit., p. 83-90 ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 100-105.

l'exécutif sur la justice comme un atout certain.³²⁴ De plus, ses écrits n'ont pas eu l'impact prétendu par Eberhardt Schmidt sur la réforme.³²⁵ En effet, Savigny n'a été prévenu que très tard de la réforme en préparation et s'est retrouvé en ce sens devant « *un fait accompli* ». ³²⁶ Son mémorandum sur les questions de principes d'un nouvel ordre judiciaire³²⁷ ne constitua pas non plus la base des débats qui se fondèrent bien plus sur le projet de loi que Friedberg avait rédigé sur demande du ministre de la justice Uhden.³²⁸ Les auteurs Wohlers et Collin arrivent finalement à la conclusion que le ministère public fut dans les législations réformatrices des années 1848/1950 en premier lieu compris – à l'instar de son homologue français – comme un organe partial défenseur des intérêts de l'État (alors compris comme les intérêts des instances monarchiques).³²⁹ Cet aspect fit naître des réserves légitimes à l'encontre de cette nouvelle institution qui conduisirent d'abord à une limitation de la participation du procureur dans le procès.³³⁰ Certes il semblait naturel d'accorder l'accusation à un organe contrôlé par l'exécutif, le devoir de justice criminelle (consistant à ne pas laisser de crimes impunis) incombant à l'État.³³¹ En revanche, la procédure devait rester entre les mains du juge : le juge d'instruction pour les investigations au cours de l'avant-procès dans les cas les plus graves (v. § 176 StPO [1877]) ou le tribunal une fois le procès ouvert.³³² La participation du procureur, perçue comme danger potentiel pour l'objectivité et l'indépendance du tribunal,³³³ n'était nécessaire que pour contrer l'impression de la défense

³²⁴ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 105.

³²⁵ V. à ce sujet en particulier la convaincante démonstration détaillée et documentée de COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, op. cit., p. 83-90. Dans un sens similaire égal. WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994 p. ex. p. 78 et s. ou encore p. 105 ; HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 36 ; RÜPING, Hinrich, « Die Geburt der StA », *GA*, 1992, art. cit., p. 156.

³²⁶ COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, op. cit., p. 84, qui se réfère dans sa n. 10 à la lettre de Frédéric Guillaume IV à Savigny du 24.04.1846.

³²⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl (von) et SCHUBERT, Werner, *Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 1846 2011.

³²⁸ HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, op. cit., p. 20 ; COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, op. cit., p. 83-85.

³²⁹ COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, op. cit. p. ex. p. 104, 105 ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit. p. ex. p. 99.

³³⁰ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 93-94 et 205.

³³¹ COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, op. cit., p. 46 ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 89, 119 et 205 (e.a.).

³³² WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 120-132 et 205.

³³³ V. p. ex. MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen*, op. cit., p. 104 ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 93-94 ; COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, op. cit., p. 50-53.

ou du public que le juge opérant ne serait pas impartial.³³⁴ Ainsi était-il nécessaire aux yeux du législateur qu'au cours des débats publics et contradictoires l'accusation soit représentée par un organe autre que le juge, à savoir le procureur, pour préserver les apparences.³³⁵ Lors de la mise en état de l'affaire (alors encore secrète), il n'y avait en conséquence pas de nécessité d'action du procureur raison pour laquelle celui-ci se retrouvait, tout au plus, cantonné au rôle de contrôleur du magistrat instructeur.³³⁶ Le procureur n'a donc originellement – et contrairement à l'avis d'Eberhardt Schmidt –³³⁷ aucunement été conçu pour reprendre au juge inquisiteur les fonctions d'investigation.³³⁸ Le législateur atteint ici bien plus son objectif de libérer le tribunal de jugement de tout soupçon de partialité en confiant en principe l'instruction à un juge particulier chargé uniquement des investigations lors de l'avant-procès, le juge d'instruction.³³⁹

35. Ces réfutations fondées de la thèse d'Eberhardt Schmidt semblent au regard du droit comparé d'autant plus pertinentes qu'elles correspondent parfaitement aux caractéristiques essentielles du parquet français, modèle de l'institution allemande, qui dès ses origines combine, comme indiqué plus haut, ces deux aspects ambivalents. Il apparaît donc curieux qu'Eberhardt Schmidt (mais aussi de nombreux auteurs allemands)³⁴⁰ alors qu'il se réfère systématiquement au ministère public français pour en souligner l'impact sur l'institution allemande ne retienne que le côté précurseur de ce dernier, alors même que dans son pays d'origine, la perception du parquet comme « *agence de l'exécutif* » est omniprésente pour ne

³³⁴ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 88-90 et 205.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ *Ibid.*, p. 95 et 205.

³³⁷ SCHMIDT, Eberhard, « Staatsanwalt und Gericht », dans P. BOCKELMANN (éd.), *Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch*, Berlin, de Gruyter, 1944 (rééd.), p. 263-318 p. ex. p. 279 et 281.

³³⁸ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 161 et 206 ; HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, *op. cit.*, p. 26-27.

³³⁹ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 206.

³⁴⁰ La thèse de Volker Haas se réfère à titre d'exemple à plusieurs reprises à la volonté du législateur allemand de s'orienter d'après le modèle du parquet français (v. p. ex. *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, *op. cit.* v. p. ex. le passage des p. 18-21) sans en tirer toutes les conséquences logiques pour ses raisonnements. La comparaison avec le modèle français aurait en effet suffi à elle seule à prouver que la vision positiviste à l'extrême d'Eberhardt Schmidt concernant ministère public, fondée selon lui, sur le modèle français, était en décalage avec la réalité. Certes le rôle de garant de la loi incombait également au procureur français, mais cet aspect était largement impacté par les autres traits caractéristiques dominants de l'institution. Ainsi la dépendance du ministère public du pouvoir exécutif de même que sa fonction d'accusateur laissaient-elles craindre une certaine partialité de ses membres, raison pour laquelle, le juge bénéficiait d'une plus grande confiance dans la société pour assurer le rôle de garant objectif de la loi.

pas dire dominante. Une véritable comparaison approfondie et complète avec l'institution française aurait sûrement pu permettre une meilleure appréciation du poids du rattachement du ministère public au pouvoir exécutif, aspect malheureusement par trop souvent négligé outre-Rhin.

36. L'adoption du ministère public d'abord précipitée par des contraintes pratiques laissa progressivement place dans les années 1850/60 à une orientation raisonnée et volontaire d'après le modèle français.³⁴¹ Pour le législateur, seul ce système procédural permettait à l'État d'assurer son devoir d'établir la vérité matérielle en matière criminelle.³⁴² Le modèle anglo-saxon était quant à lui jugé incompatible avec la culture juridique germanique existante.³⁴³ Ces réflexions approfondies sur cette nouvelle institution entraînèrent un changement dans la compréhension du rôle du procureur.³⁴⁴ La participation du procureur au cours de la procédure ne fut plus considérée de prime abord comme dangereuse et la doctrine commença à voir cet acteur comme un organe étatique lié à l'obligation d'objectivité qui poursuivait pareillement au tribunal l'objectif de justice et de vérité matérielle.³⁴⁵ L'équilibre au départ nettement à l'avantage des intérêts du pouvoir exécutif se déplace progressivement et le procureur commence à être perçu d'abord comme un organe de contrôle du tribunal véritablement doté de voies de recours nécessaires pour l'objectivité de la procédure.³⁴⁶ Mais les réserves envers ce nouveau protagoniste ne disparurent pas complètement.³⁴⁷ La preuve en est qu'à aucun moment il ne fut question, lors des phases plus tardives de la réforme, de lui confier les pouvoirs d'investigation de principe en dehors des délits de bagatelle, les infractions les plus graves continuant à relever du ressort du juge d'instruction.³⁴⁸

37. Cependant et contrairement au modèle français, la mainmise du gouvernement sur les procureurs en Prusse fut source de véhémentes critiques qui conduisirent le législateur fédéral à introduire en 1877 le principe de légalité des poursuites, censé limiter l'intrusion du pouvoir exécutif soumis lui aussi à ce même principe.³⁴⁹ Mais, du fait de l'augmentation de la

³⁴¹ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 206.

³⁴² *Ibid.*, p. 174 et 206.

³⁴³ *Ibid.*, p. 174-175 et 206.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 153-157 et 207.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 207.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 225.

masse délictuelle, ce principe s'avéra inadapté à la réalité et connu, à la suite de nombreuses contestations, une première atténuation, réalisée par la réforme Emminger de 1924, qui introduisit le principe d'opportunité pour les délits insignifiants.³⁵⁰ Cela fut le point de départ d'atteintes successives portées au principe de légalité, ce qui fera dire à certains comparatistes, tel Eric Mathias, que les antagonismes apparents des principes régissant le déclenchement de la poursuite en France et en Allemagne tendent dans la pratique plus à la ressemblance qu'à la divergence.³⁵¹ Cette montée du principe de l'opportunité renforça considérablement le rôle stratégique du procureur dans l'avant-procès sans que soit repensé son lien ambigu avec le ministère public.

38. Par ailleurs, confronté avant qu'il n'adopte sa réforme procédurale de 1975 aux mêmes problèmes de fond que ceux auxquels la France tente de remédier actuellement – à savoir la confusion des fonctions juridictionnelles et d'enquêteur du magistrat instructeur, la moindre plus-value de l'information par apport à l'enquête policière et la durée souvent abusive de la mise en état de l'affaire,³⁵² la complexité résultant de la dualité de la phase préliminaire (enquête et instruction) et le nombre en baisse continue des instructions qui ne concernaient qu'à peine 2% des affaires –³⁵³ le législateur allemand décida de résoudre ces difficultés en supprimant il y a maintenant plus de 40 ans l'institution du juge d'instruction, sans revenir sur le lien hiérarchique entre le pouvoir exécutif et le procureur.³⁵⁴ Ce dernier chargé de reprendre en grande partie les attributions du juge d'instruction – à l'exception de la prise des mesures attentatoires aux libertés individuelles pour lesquelles il est désormais prévu le contrôle d'un juge de l'enquête – voit alors son influence augmenter davantage. Ce système semblerait donc être le plus facile à adapter au droit français puisqu'il n'impliquerait pas de repenser le lien hiérarchique entre le garde des sceaux et le parquet et qu'il se

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 14 ; Dans le même sens mais concernant cette fois-ci une comparaison des systèmes allemand et étatsunien DENGLE, Christoph Clemens, *Die richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren*, Frankfurt am Main [e.a.], Lang, 2003, p. 37.

³⁵² Comme le souligne JUNG, Heike, « Bilanz der Reform des Strafverfahrensrechts zum 1.1.1975 », *JuS*, n° 4, 1975, p. 261, l'objectif principal de la réforme de 1975 était de réduire la durée de la procédure de manière significative.

³⁵³ SÉNAT, « *Procédure pénale : les clefs d'une réforme équilibrée (Annexe 2 – Les expériences allemandes et italiennes)* », en ligne : <<http://www.senat.fr/rap/r10-162/r10-1628.html#fn57>>, consulté dernièrement le 18.08.2016 ; V. égal. GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*

³⁵⁴ §§ 146, 147 GVG (loi sur l'organisation judiciaire).

rapproche le plus du dernier projet en date de réforme français de suppression du juge d'instruction.³⁵⁵

39. Ce bref aperçu de l'évolution de la mise en état de l'affaire pénale dans ces deux pays révèle ainsi une ossature commune de cette phase, qui rend la comparaison somme toute possible, mais laisse d'ores et déjà entrevoir des différences d'appréciation quant au rôle et au statut des différents acteurs de la phase préparatoire au procès qui font tout l'intérêt de la comparaison. Sans oublier que la longévité de l'application du système procédural allemand après sa refonte de l'avant-procès en 1975, permet par ailleurs d'en apprécier le bon fonctionnement ou peut-être les dysfonctionnements ou écarts apparus entre les intentions originelles du législateur national et l'application réelle des règles procédurales adoptées qu'il conviendrait de prendre en considération pour un changement de grande ampleur en France. Il peut à ce propos être examiné concrètement si les questions que se pose le législateur français et que s'était posées le législateur allemand avant sa réforme de la procédure pénale en 1975 ont été réglées par la suppression du juge d'instruction : la durée de la phase préliminaire est-elle désormais plus satisfaisante dans ces deux pays ? Le procureur a-t-il su faire face à l'augmentation considérable de ses attributions ? La qualité de l'enquête n'en a-t-elle pas pâti ? Ne retrouve-t-on pas un problème de cumuls de fonctions déclarées incompatibles pour le juge d'instruction chez le procureur ?³⁵⁶ Le magistrat instructeur est-il un atout ou un frein à l'adéquation de la mise en état avec ces garanties procédurales fondamentales ? Qu'en est-il en particulier des droits et libertés fondamentaux de la défense ou de l'intérêt social dans l'élucidation des faits délictueux et les droits individuels des victimes ? La complexité due à la dualité de la phase de l'avant procès a-t-elle été réduite ? Quels critères déterminent en Allemagne le régime des droits applicables pour la protection des personnes soupçonnées qui, en France, varient finalement assez arbitrairement, selon qu'il s'agit d'une enquête ou d'une instruction sans que la personne concernée comprenne bien la raison de cette différence de traitement ? Les droits de la défense sont-ils mieux

³⁵⁵ V. COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LA JUSTICE PÉNALE, « Rapport Léger », 2009, *rap. préc.*

³⁵⁶ Ainsi Thomas Weigend parlera en raison de la montée en puissance des procureurs et de leurs fonctions empiétant sans cesse un peu plus sur le juridictionnel en Europe d'un "Judge by another Name", v. WEIGEND, Thomas, « A Judge by Another Name? Comparative Perspectives on the Role of the Public Prosecutor », dans E. LUNA et M. WADE (éds.), *The prosecutor in transnational perspective*, Oxford [e.a.], Oxford Univ. Press, 2012, p. 377-391. Ce débat concerne également le procureur français, v. à ce sujet entre autres : SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, n° 9, 2007, p. 13-16.

respectés et garantis en Allemagne ? Quel impact a eu la réforme de fond de 1975 en la matière ?

2) Une justification du fait de l'appartenance à des ensembles supra-étatiques communs

40. Le deuxième élément de justification pour cette comparaison réside dans l'appartenance de ces deux pays à des ensembles de droit supra-étatiques communs : ils sont à cet égard aussi bien membres de l'Union Européenne que du Conseil de l'Europe, ce qui les soumet à des obligations semblables en matière de garanties procédurales qui doivent nécessairement être prises en compte dans toute réflexion sur l'équilibre de la phase préparatoire du procès.

41. L'Europe continentale du XIX^e siècle, dominée par l'idée de la supériorité absolue de la loi, résultant de la souveraineté de l'État et de son peuple représenté par le parlement, acceptait difficilement qu'un organe extérieur au parlement puisse venir contrôler la loi et en refuser son application pour inconstitutionnalité.³⁵⁷ Ainsi, longtemps guidés par les seules fonctions de l'avant procès, à savoir la recherche de la vérité et la préparation de la décision de renvoi en jugement ou d'abandon des poursuites, les législateurs européens n'étaient-ils menacés d'aucune sanction directe s'ils ne respectaient pas les exigences en matière de droits de l'homme et de procès équitable, raison pour laquelle ces dernières ne constituaient pas leur premier souci.³⁵⁸ Face aux graves déviations des systèmes totalitaristes européens dans la première moitié du XX^e siècle, les États européens prennent conscience après la Seconde guerre mondiale de la nécessité d'avoir une instance extérieure efficace pour garantir le respect des droits et libertés fondamentaux ainsi que l'équilibre entre les différents pouvoirs au sein de l'État fixés par la Constitution.³⁵⁹ Pour contrôler le pouvoir législatif, l'Allemagne tout comme la France mirent en place un puissant système de contrôle national en reconnaissant la primauté des normes constitutionnelles sur toutes les autres³⁶⁰ et instaurant

³⁵⁷ CORTE COSTITUZIONALE, « Che cosa è la Corte costituzionale? », 2016, p. 22, en ligne : <http://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/documentazione/relazioni_annuali.do>, consulté dernièrement le 23.08.2016.

³⁵⁸ Dans un sens similaire not. ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *Rec. Dal.*, n° 25, 2011, p. 1702, n° 13.

³⁵⁹ V. réf. préc. en n. 357.

³⁶⁰ V. pour la France par ex. les dév. dans DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 44 et s. n° 111 et s. L'obligation de respecter la constitution pour le législateur allemand est

à côté des tribunaux et cours existants, une nouvelle instance juridique constitutionnelle chargée de veiller spécifiquement au respect de ce principe par le légiférant.³⁶¹ Vu l'ampleur de la Seconde guerre mondiale, il apparut néanmoins essentiel de ne pas laisser la question des droits et libertés fondamentaux aux seules nations. Se sont alors développées dans un contexte d'internationalisation, de globalisation toujours plus important des organisations supra-étatiques au pouvoir sans cesse plus contraignant également capable de faire pression sur le législateur national. On ne compte aujourd'hui plus le nombre de normes internationales à prendre en compte pour les exigences en matière de droit de l'homme : Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, etc. Autant de déclarations, mais aussi de principes directeurs, recommandations ou même résolutions touchant aux garanties de la procédure pénale, adoptées par les Nations Unies et le Conseil de l'Europe qui forgent ce droit, influant

réglée à l'art. 20 al. 3 GG, v. sur le sujet p. ex. : FRAU, Robert, *Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 27 et s.

³⁶¹ En Allemagne, la Cour fédérale constitutionnelle (Bundesverfassungsgericht abrégé BVerfG) apparaît avec la loi fondamentale le 23 mai 1953. L'idée n'était ici, il est vrai, pas nouvelle. Ainsi la Constitution de L'Eglise Saint-Paul avait-elle déjà décidé d'instaurer à l'image des États-Unis une telle instance. Cette décision resta néanmoins sans effet en raison du refus par le roi prusse de la mettre en pratique. La République de Weimar réussit quant à elle à instaurer un tribunal d'État, le « Staatsgerichtshof » en 1919. Mais son domaine d'action était trop réduit et il ne su pas s'opposer au pouvoir politique lors du coup de force prussien du 20 juillet 1932 qui porta von Papen au pouvoir. Il tomba ensuite en désuétude pendant la période nazie. Tenant compte de cet échec, le pouvoir constituant d'après-guerre attribua à la Cour fédérale constitutionnelle de larges pouvoirs pour lui permettre de jouer véritablement son rôle de contre-pouvoir. V. à ce sujet p. ex. WESEL, Uwe, *Der Gang nach Karlsruhe*, München, Blessing, 2004, pour un court exposé historique v. not. p. 26-29 ; BVERFG, « Meilensteine in der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts », en ligne : <http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Zeitstrahl/zeitstrahl_node.html>, consulté dernièrement le 23.08.2016 ; FROMONT, Michel, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Cah. CC*, n° 15, janvier 2004, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-15/presentation-de-la-cour-constitutionnelle-federale-d-allemande.51993.html>>, consulté dernièrement le 23.08.2016. Se rapporter concernant le mode de fonctionnement de cette Cour égal. au n° 595, p. 535 et s. de cette thèse.

En France, le Conseil constitutionnel est institué par la Constitution de la V^e République, en date du 4 octobre 1958. À noter qu'alors qu'il était souvent reproché à cette institution française d'exclure le citoyen, ce dernier n'étant pas autorisé à saisir cette juridiction, la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité permet depuis 2008 de remédier en partie (le recours contre la loi elle-même tel qu'il est possible en Allemagne indépendamment d'une instance en cours n'est toujours pas permis). Ainsi tout justiciable peut-il désormais dans le cadre d'une instance engagée devant une juridiction faire valoir que la loi qu'on veut lui appliquer est contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution. Le Conseil constitutionnel peut désormais être saisi sur renvoi de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. Pour une description générale de l'institution, se rapporter not. à CC, « Présentation générale », 9 mai 2008, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html>>, consultée dernièrement le 23.08.2016. V. pour plus de détails à ce propos égal. n° 596 et s., p. 536 et s.

progressivement sur la pensée de même que sur la conception du système juridique des trois pays à l'étude.³⁶² Parmi tous ces instruments internationaux, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH) et des libertés fondamentales occupe assurément une place privilégiée, notamment du fait de son effet contraignant à l'égard des États membres du Conseil de l'Europe, de l'autorité invoquée par les justiciables devant les tribunaux et de sa propre instance de contrôle, la Cour européenne des droits de l'Homme, chargée de veiller à son application (art. 34 CESDH).³⁶³

42. Il en est de même pour l'Union Européenne, dont le temps du cantonnement à l'Europe des marchands, où la libre concurrence apparaissait comme l'unique droit inaliénable et sacré, semble révolu.³⁶⁴ Ainsi celle-ci ne cesse-t-elle de s'étendre dans le domaine de la coopération judiciaire et policière en matière pénale. Elle rajoute à cet égard d'abord au caractère contraignant des droits de l'homme au travers de l'art. 6 du traité de Lisbonne, disposant d'une part, que l'Union reconnaît les droits et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne et lui confère la même valeur juridique que les traités tout en établissant, d'autre part, un lien direct entre le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne.³⁶⁵ Enfin, face au défi que représente pour les États la criminalité transfrontalière dans ses formes toujours plus sophistiquées, l'idée de créer un procureur européen chargé de s'occuper de ces délits transnationaux par nature est apparue dès le milieu des années 1970, et le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, a replacé cette question au

³⁶² GOUTTES, Régis (de), « L'encadrement de la procédure pénale par la norme internationale : quelle norme ? Quelle cohérence ? Quel encadrement ? », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, Dalloz, 2007, p. 171 ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention, op. cit.*, p. 28-29 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.* Introduction (Einl.), § 3, n° 13 .

³⁶³ V. du côté allemand ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, intro. (Einl.), § 3, n° 14-17a. Le rang de la CESDH dans la hiérarchie des normes est ici sujet à de vives controverses. Selon l'opinion majoritaire la CESDH ne rentre pas dans la catégorie des règles de droit international au dessus des lois fédérales (art. 25 GG) mais est bien plus au même niveau que le StPO en raison de la loi de transformation en droit interne dont elle a fait l'objet, v. *ibid.*, n° 16.

L'art. 55 de la Constitution française de 1958 accorde aux conventions internationales une autorité supérieure à la loi française, la Constitution demeurant toutefois, du fait de sa valeur juridique supérieure, au sommet de la hiérarchie des normes. V. à ce sujet not. BEIGNIER, Bernard et MOUTON, Stéphane, « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *Rec. Dal.*, n° 21, 2001, p. 62 et s., n° 125 et s.

³⁶⁴ En témoignent l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 et surtout les modifications introduites par le traité de Lisbonne dans le traité de l'UE, v. not. son art. 6. V. à ce sujet e.a. ROSSI, Lucia Serena, « Droits fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes "constitutionnels" de l'Union européenne », *RTD eur.*, n° 1, 2019, p. 67-79 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, intro. (Einl.), § 3, n° 18-26.

³⁶⁵ V. références en n. 364.

cœur des préoccupations actuelles en accordant une base juridique expresse à la création d'un ministère public européen à l'article 86 du Traité permettant au Conseil d'adopter, à l'unanimité un règlement dans ce sens.³⁶⁶ Après de longues années d'âpres négociations, 20 États membres³⁶⁷ de l'Union Européenne sont finalement parvenus le 12 octobre 2017 à un accord sur l'instauration du nouveau ministère public européen chargé de s'occuper des délits portant atteinte à ses intérêts financiers (v. règlement n° 2017/1939).³⁶⁸ Il convient toutefois de préciser que l'avenir de cette nouvelle institution dépendra en très grande partie du contenu des textes de transposition de la directive qui devront être adoptés avant le 6 juillet 2019.³⁶⁹ Le parquet européen ne deviendra donc réalité qu'entre 2020-2021 et il est encore grand temps de mettre tout en œuvre pour faire de cette nouvelle expérience un succès en préparant son articulation avec les juridictions nationales en place.³⁷⁰ Ces nouvelles institutions supranationales influent sur le Droit de fond. Elles tendent à dessiner les contours d'un nouvel ordre public européen et à modeler le droit procédural des États, par le biais de normes, telles qu'en particulier les articles 6³⁷¹ et 5³⁷² de la CESDH, mais aussi de la jurisprudence correspondante en aboutissant finalement à un véritable « *modèle européen de procès équitable* » lié à tout état de droit.³⁷³ En définitive, qu'il s'agisse du législateur français ou allemand, celui-ci devra tendre à faire évoluer son système pour le mettre en adéquation avec ces principes. Or, à en juger les condamnations régulières de la CEDH dont font l'objet ces deux pays, la mise en état de l'affaire pénale reste largement perfectible au regard de ces garanties de la procédure pénale. C'est ainsi à l'aune de ces principes, dont trois se dégagent particulièrement du fait de leur importance pour l'équilibre de l'avant-procès, à savoir, la

³⁶⁶ V. à ce sujet not. l'intégralité du dossier à ce sujet dans la revue juridique *AJP* « Dossier: Parquet européen : c'est parti ! », *AJP*, n° 6, 2018, p. 275-297 ; dont not. THONY, Jean-François, « Genèse du parquet européen, interview », *AJP*, n° 6, 2018, p. 276-278 ; CASSUTO, Thomas, « La collaboration entre le procureur européen et les parquets nationaux », *AJP*, 6-2018, *art. cit.*, p. 279-282 ; CSONKA, Peter, « Le parquet européen : le nouvel acteur de l'espace judiciaire européen », *AJP*, n° 6, 2018, p. 283-286 ; ou encore du côté allemand MAGNUS, Dorothea, « Die endgültige EU-VO z. Europäischen StA », *HRRS*, 4-2018, *art. cit.*, p. 143-155.

³⁶⁷ L'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, la Croatie, Chypre, la République tchèque, l'Estonie, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, le Portugal, la Roumanie, la Slovaquie, l'Espagne et la Slovénie.

³⁶⁸ V. l'ens. des réf. préc. n. 366

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ V. à ce propos du côté français e. a. CASSUTO, Thomas, « La collaboration entre le procureur européen et les parquets nationaux », *AJP*, 6-2018, *art. cit.*, p. 281-282 ; sur cet aspect du côté allemand p. ex. MAGNUS, Dorothea, « Die endgültige EU-VO z. Europäischen StA », *HRRS*, 4-2018, *art. cit.*, p. 154.

³⁷¹ Énonçant les règles devant gouverner un procès équitable.

³⁷² Rappelant le droit à la liberté et à la sûreté qui fixe les cas dans lesquels une personne peut être arrêtée et détenue et les droits qui lui sont alors reconnus.

³⁷³ LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, *op. cit.*, p. 29, n° 15.

protection des droits et libertés fondamentaux de la personne soupçonnée, l'impartialité ainsi que l'indépendance de la justice, que la comparaison se développera ici.

B – La méthode de comparaison

43. La comparaison désormais justifiée du fait d'un problème commun d'équilibre de la phase préparatoire du procès au vu des intérêts divergents en présence, de la proximité géographique culturelle et historique des ordres procéduraux choisis, ainsi que du fait de leur appartenance à des ensembles supra étatiques communs desquels découlent des principes directeurs qui s'appliquent dans ces deux pays, il convient désormais d'en expliquer la méthode.

44. Les études de droits étrangers se justifient dans la mesure où elles présentent au législateur un tableau complet des réalités juridiques et ce résultat ne peut être obtenu que par l'examen de tous les efforts d'interprétation pratique et jurisprudentielle développés à l'étranger sur la règle de droit considérée.³⁷⁴ Il importe donc de ne pas se limiter aux lois mais d'envisager toutes les sources du droit – qui inclut la jurisprudence, la doctrine et les pratiques de l'administration –³⁷⁵ et de considérer l'institution comme appartenant à un complexe économique-socio-politique juridique.³⁷⁶ À ce titre, il apparaît ici fondamental de ne pas se limiter à la législation des pays confrontés mais de s'intéresser tant à la jurisprudence et à la doctrine qui en permet l'interprétation qu'à la culture, l'histoire et l'actualité qui en font un modèle vivant, une réalité juridique.³⁷⁷ En conséquence, les sources principales utilisées pour cette thèse seront avant tout les codes de procédure pénale respectifs des ordres étudiés, leur mise-en pratique par l'administration et leur interprétation par les juridictions pénales nationales ainsi que la doctrine afférente. Mais il ne pourra être ici occulté l'impact des

³⁷⁴ RODIÈRE, René, *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 31.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 37 et s. ; SCHULZ, Hans, « Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung », dans H.-H. Jescheck (éd.), *Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft*, *art. cit.*, p. 10, 18 et 19 ; KISCHEL, Uwe, *Rechtsvergleichung*, *op. cit.*, p. 190-191 et 196-199, n° 205-206 et 220-225 ; LEGRAND, Pierre, *Le droit comparé*, Paris, PUF, 2011, p. 34 et s.

³⁷⁶ KISCHEL, Uwe, *Rechtsvergleichung*, *op. cit.*, p. 38 et 196-199, n° 75 et 220-226 ; LEGRAND, Pierre, *Le droit comparé*, *op. cit.*, p. 7 et s. ; PRADEL, Jean, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 34 et s. ; ANCEL, Marc, « Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative », dans M. ROTONDI (éd.), *Buts et méthodes du droit comparé*, *art. cit.*, p. 7.

³⁷⁷ KISCHEL, Uwe, *Rechtsvergleichung*, *op. cit.*, p. 38 et 199, n° 75 et n° 226 ; PRADEL, Jean, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 34 et s. ; SCHULZ, Hans, « Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung », dans H.-H. Jescheck (éd.), *Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft*, *art. cit.*, p. 13 ; RODIÈRE, René, *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 32.

Constitutions et des normes internationales en matière de droits de l'homme ainsi que la jurisprudence des instances de contrôle correspondantes dont l'influence est déterminante pour l'interprétation et la compréhension des règles procédurales pénales en France et en Allemagne.³⁷⁸ Par ailleurs, à côté des recherches bibliographiques, des méthodes empiriques ont aussi été appliquées ; des personnes de référence, dont notamment plusieurs professeurs spécialisés en droit comparé franco-allemand ou en droit pénal procédural national, ainsi que des procureurs (deux du côté français et trois du côté allemand), et des juges d'instruction (trois du côté français), ont été à ce titre interrogées dans les pays donnés pour se rendre compte de la pratique effective des systèmes et mieux appréhender la culture juridique de chacun des pays à l'étude. L'auteure de cette thèse s'est à certains égards également appuyée sur ses propres constatations de la pratique du procès pénal en Allemagne acquise dans le cadre du « Referendariat » (stage de formation pratique aux professions juridiques organisé par l'État) lors de son stage de 3 mois au sein du ministère public de Cologne et de son stage de 9 mois auprès d'un avocat pénaliste de Cologne.

45. Les pièges sur le chemin du comparatiste sont nombreux : à la difficulté provenant de la montagne de données en droit national et forcément décuplée en droit comparé s'ajoute celle de la langue et le problème de la nécessaire traduction.³⁷⁹ À ce titre, il convient d'avoir toujours présent à l'esprit que « *la traduction transfère le sens d'une langue dans une autre ou d'une culture dans une autre, sans en donner cependant l'identité, mais en en offrant seulement l'équivalent. La traduction est ce phénomène d'équivalence sans identité* »³⁸⁰ et il faut savoir y renoncer quand l'équivalent n'est pas satisfaisant en laissant alors le terme original assorti d'une explication.

46. Il s'agit avant tout d'adopter l'attitude pluraliste et active propre au droit comparé par opposition à la démarche passive et unitaire du simple droit étranger.³⁸¹ La tâche du

³⁷⁸ Concernant l'importance d'une comparaison s'orientant aux droits de l'homme, v. p. ex. KISCHEL, Uwe, *Rechtsvergleichung*, op. cit., p. 40 et s., n° 79 et s. V. pour l'importance de ces normes dans les trois pays à l'étude les développements n° 40 et s. p. 56 et s.

³⁷⁹ PARIZOT, Raphaële, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, op. cit., p. 28, n° 34 ; KISCHEL, Uwe, *Rechtsvergleichung*, op. cit., p. 188 et s., n° 203 et s.

³⁸⁰ Citation de RICŒUR, Paul, « Cultures, du deuil à la traduction », *Le Monde*, 24 mai 2004, p. 19 ; V. sur ce problème égal. GLANERT, Simone, « Comparaison et traductions des droits : à l'impossible tous sont tenus », dans P. LEGRAND (éd.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, p. 279-311 ; KISCHEL, Uwe, *Rechtsvergleichung*, München, Beck, 2015, p. 188-189, n° 203-204.,

³⁸¹ PRADEL, Jean, *Droit pénal comparé*, op. cit., p. 4.

comparatiste peut alors être définie comme la synthèse permettant de dégager les points communs mais aussi les différences entre les diverses législations utilisées³⁸² et ce dernier point revêt ici une importance toute particulière. En effet, si les ressemblances des ordres juridiques permettent au départ de justifier la comparaison, dans le sens où elles démontrent que ces systèmes sont comparables, il faut savoir s'éloigner de ces ressemblances d'ensemble pour s'attacher aux différences qui pourraient mettre à mal toute comparaison hâtive et révéler une tentative d'importation non aboutie à même de menacer l'équilibre de la phase préliminaire du procès. Il s'agit alors d'éviter de se heurter à l'écueil du « *mythe du législateur étranger* »³⁸³ en dépassant les apparences, en se méfiant des similitudes non vérifiées, des pièges de la terminologie et des rapprochements hâtifs.³⁸⁴ De même, ce n'est pas parce qu'une comparaison sélective mène à la conclusion qu'un aspect est plus préoccupant de l'autre côté de la frontière qu'il en faut pour autant tirer la légitimation de son propre système.³⁸⁵ À titre d'exemple, concernant les débats sur le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme en 1986, Albin Chalandon, ministre de la Justice d'alors, avançait, pour justifier le durcissement des règles en matière de garde à vue, qu'« [en] droit comparé [...], en Grande-Bretagne, *pays qui passe pourtant pour le champion historique de la démocratie, la garde à vue [était] de sept jours en matière de terrorisme et [...] en Suède, elle est de cinq jours, pouvant être portée à neuf jours* ».³⁸⁶ Marc Touillier revient sur ce type d'argumentation très prisée des hommes politiques et dénonce, à notre sens avec raison, l'objectif manipulateur qu'il poursuit : « *Si de tels arguments s'efforcent de véhiculer l'image d'une politique criminelle mesurée, ils n'en participent pas moins d'une "politique du pire" que l'on ne peut se résoudre à admettre, dès lors qu'elle revient à dénoncer ce qui se fait ailleurs pour mieux autoriser ce que l'on veut instituer chez nous. Cette politique sélective vise à couper l'herbe sous le pied des éventuels détracteurs de la réforme. Ce faisant, elle aboutit surtout à faire l'économie du vrai*

³⁸² LEGRAND, Pierre, *Le droit comparé*, op. cit., p. 73 et s. ; SCHULZ, Hans, « Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung », dans H.-H. Jescheck (éd.), *Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft*, art. cit., p. 15 ; ANCEL, Marc, *Utilité et méthodes du droit comparé*, op. cit., p. 89.

³⁸³ Selon la formule de CARBONNIER, Jean, « Chapitre II : A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger », dans *Essai sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 227.

³⁸⁴ ANCEL, Marc, « Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative », art. cit., p. 6-7.

³⁸⁵ En ce sens égal. TOUILLIER, Marc, « Quelle politique criminelle en matière de droits de la défense dans les procédures pénales dérogatoires ? », *Arch. po. crim.*, n° 37, 2015, p. 56-57.

³⁸⁶ ASS. NAT., « Compte rendu des débats parlementaires de la 2e séance du 24 juin 1986 », *JO*, juin 1986, p. 2418.

débat démocratique : celui de la nécessité et de la proportionnalité des dispositions considérées ». ³⁸⁷ Or, il semblerait ici que la commission Léger qui a pourtant fait appel à des comparatistes spécialistes ³⁸⁸ pour faciliter sa réflexion sur un nouveau modèle de procédure pénale français ait bel et bien cédé à la tentation de faire de la démarche comparatiste un simple « *instrument de propagande* ³⁸⁹ » au service d'intérêts purement politiques. Ainsi, bien que la question des contre-pouvoirs ait effectivement été abordée sous l'angle du droit comparé, ³⁹⁰ les arguments avancés pour refuser l'introduction du principe de légalité des poursuites ou encore le changement du statut de la police judiciaire ou du parquet laissent-ils craindre un manque de confrontation véritable avec les cultures des droits étrangers comparés en question. Il paraît dès lors fondamental d'analyser plus en profondeur les mécanismes de contre-pouvoir en place en Allemagne pour éviter une mainmise de l'exécutif trop facilement écartés dans le projet au moyen d'une micro-comparaison ³⁹¹ des instituts du juge de l'avant-procès et du ministère public, celle-ci étant la seule à même d'en laisser percevoir les détails. ³⁹²

47. En conséquence, il est fondamental d'examiner la question du magistrat instructeur à la lumière du principe directeur en droit procédural pénal de l'indépendance de la justice. Il conviendra de s'attacher plus particulièrement aux garanties statutaires mêmes des magistrats du parquet, ce qui ne peut se faire sans approfondir l'étendue et l'efficacité des contrepoids prévus à l'extension des pouvoirs du ministère public en France et en Allemagne. Dans ce contexte, une source de différence fondamentale entre ces pays réside dans le déclenchement des poursuites – et plus exactement dans leur régime – la France étant la « *figure de proue* » ³⁹³ au sein de la famille opportuniste ³⁹⁴ et l'Allemagne, un pays du système

³⁸⁷ TOUILLIER, Marc, « Quelle politique criminelle (droits de la défense/ procédures dérogatoires) ? », *Arch. po. crim.*, 37-2015, art. cit., p. 56-57.

³⁸⁸ COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LA JUSTICE PÉNALE, « Rapport Léger », 2009, rap. préc., p. 10.

³⁸⁹ Selon la formule de CARBONNIER, Jean, « Chapitre II : A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur », dans *Essai sur les lois*, op. cit., p. 237.

³⁹⁰ COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LA JUSTICE PÉNALE, « Rapport Léger », 2009, rap. préc., p. 10 et s.

³⁹¹ Une micro-comparaison s'entend de la comparaison de normes ou d'instituts spécifiques de plusieurs droits tandis que la macro-comparaison s'intéresse aux structures importantes et déterminantes ainsi qu'aux ordres juridiques dans leur ensemble, v. à ce propos aussi KISCHEL, Uwe, *Rechtsvergleichung*, op. cit., p. 8-9, n° 17-18 ; CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Die rechtsvergleichende Wissenschaft*, Cologne, Heymann, 1983, p. 79 et s. n° 51.

³⁹² LEGRAND, Pierre et SACCO, Rodolfo, « Questions à Rodolfo Sacco », *RIDC*, 1995, p. 953, n° 40.

³⁹³ PRADEL, Jean, « Opportunité ou légalité de la poursuite, Aperçus sur quelques législations d'Europe », *RPDP*, n° 3, 1991, p. 12.

³⁹⁴ Art. 40 et 40-1 CP.

légaliste.³⁹⁵ Certes l'examen circonstancié de la réalité procédurale atténuera l'antagonisme radical qui semble à première vue évident³⁹⁶ en faisant ressortir l'existence de nombreux « rapprochements pragmatiques »³⁹⁷ dictés par la masse délictuelle à traiter pour laquelle le principe de légalité est pour le moins mal adapté.³⁹⁸ Le principe de légalité des poursuites introduit en Allemagne pour empêcher une influence trop importante de l'exécutif sur le cours des investigations au moyen de son pouvoir hiérarchique – comme démontré dans le bref exposé historique – n'en reste pas moins une barrière importante à l'ingérence abusive de la classe politique dirigeante non existante à ce jour au niveau français. Il est donc ici important de réfléchir à ce qui joue ce rôle de régulateur de l'influence politique sur le procureur dans le système français et d'analyser en profondeur si celui-ci pourrait être remplacé par d'autres mécanismes en accord avec sa culture juridique.

48. Enfin, une dernière remarque s'impose ici par rapport au problème de la subjectivité nécessairement présente de l'auteur. Il a été ici autant que possible tenté de mettre chaque droit à un même niveau sous le signe de l'égalité c'est-à-dire sans excès de nationalisme ni d'altruisme juridique. Pour parer à cette difficulté et pour limiter une trop forte influence d'un système, cette thèse a volontairement été placée sous le double regard d'un directeur de thèse allemand et d'une directrice de thèse française grâce à une cotutelle. En outre, les études effectuées et la vie quotidienne passée également dans ces deux pays permettront de réduire les effets tendancieux d'une connaissance « médiate »³⁹⁹ des systèmes confrontés. Le sujet désormais délimité substantiellement et géographiquement, il convient de revenir sur ses termes pour lui donner tout son sens et développer la problématique.

III/ Quel équilibre pour l'avant-procès pour la meilleure conciliation des intérêts conflictuels en présence possible ?

49. Pour concilier les intérêts qui s'affrontent dans l'avant-procès, les deux ordres examinés ont chacun estimé nécessaire la présence d'un juge au stade des investigations à côté du procureur comme garantie des libertés individuelles (A). En revanche, la répartition des

³⁹⁵ Voir § 152 al. 2 StPO.

³⁹⁶ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 14.

³⁹⁷ PRADEL, Jean, « Opportunité ou légalité de la poursuite », *RPDP*, 3-1991, art. cit., p. 21.

³⁹⁸ M. FROMONT et A. RIEG (éds.), *Introduction au droit allemand: République fédérale*, vol. 2, Paris, Cujas, 1984, p. 349 ; HENRION, Hervé et SالدITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, op. cit., p. 36.

³⁹⁹ LEGRAND, Pierre, « Comparer », dans CENTRE FR. DE DR. COMPARÉ (éd.), *Le droit comparé : aujourd'hui et demain*, art. préc., p. 51.

fonctions entre ces deux acteurs ainsi que le choix statutaire des membres du ministère public continuent de susciter dans ces deux pays la controverse (B).

A – La présence d’un juge à côté du procureur au stade de l’avant-procès comme principe commun des ordres procéduraux à l’étude

50. Le juge d’instruction français cristallise bien souvent les critiques et cette institution fut finalement supprimée en Allemagne. Il n’en reste pas moins que la présence d’un juge en charge du contrôle des droits et libertés fondamentaux au stade de l’avant-procès apparaît comme un contrepoids nécessaire au procureur ; en ce sens ce principe fait l’unanimité dans les pays ici à l’étude. Il arrive même que le juge d’instruction soit envisagé pour améliorer la protection des droits de la défense dans les pays de « common law ». ⁴⁰⁰ L’abolition du juge d’instruction en Allemagne n’a en conséquence pu se faire qu’avec le renforcement corrélatif d’un acteur jusque-là secondaire de l’avant-procès, à savoir le juge de l’enquête (« Ermittlungsrichter »).

B – Quel juge pour l’avant-procès ou la question de l’utilité du juge d’instruction ?

51. Si la présence d’un juge de l’avant-procès fait consensus, il n’en est pas de même de la question de ses fonctions à côté du procureur qui reste l’objet de nombreuses incertitudes. Quel(s) juge(s) doi(ven)t ici intervenir aux côtés du procureur et quelles doivent être ses/leurs fonctions et son/leur statut pour une meilleure garantie des droits et libertés de la défense ? Est-il nécessaire d’avoir un juge aux pouvoirs d’enquêteur à l’image du juge d’instruction français ou cela pose-t-il bien plus un problème de compatibilité avec les fonctions juridictionnelles de ce magistrat ? Un juge de l’enquête tel qu’il existe en Allemagne est-il plus approprié pour une meilleure garantie des libertés individuelles ? Le nombre de réformes et de discussions sur la question dans les pays qui feront ici l’objet d’une comparaison, à savoir la France et L’Allemagne depuis la Seconde guerre mondiale, prouve l’intérêt de la question. Par exemple, si l’Allemagne a décidé depuis sa grande réforme

⁴⁰⁰ MAISTRE DU CHAMBON, Patrick, « Faut-il supprimer le juge d’instruction? », dans *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, Dalloz Litec, 2006, p. 887 ; BOULAN, Fernand, « La réforme de l’instruction », dans W. JEANDIDIER et P. MERLE (éds.), *Droit pénal contemporain : mélanges en l’honneur d’André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 52 ; v. à titre d’ex. FRASE, Richard S., « Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care? », *California Law Review*, vol. 78, n° 3, mai 1990, p. 545 et s. ; LANGBEIN, John H., et WEINREB, Lloyd L., « Continental Criminal Procedure: “Myth” and Reality », *The Yale Law Journal*, vol. 87, n° 8, juillet 1978, p. 1549-1569.

procédurale de 1975 de se passer de la figure du juge d'instruction dans la phase préparatoire au procès, il n'est pas rare de voir celle-ci y revenir lors de débats sur les relations entre les acteurs de l'avant-procès.⁴⁰¹ Par ailleurs, outre le fait qu'il est fréquent d'observer une confusion du juge de l'enquête (« Ermittlungsrichter », remplaçant du juge d'instruction dans ses fonctions juridictionnelles) avec son prédécesseur, on observe à certains égards dans la doctrine une « *nostalgie* » du juge d'instruction.⁴⁰²

52. En France la question de l'utilité du magistrat instructeur déclenche toujours les passions et peu de problèmes de procédure ont donné lieu à autant de polémiques. Héritier du Lieutenant Criminel institué par la déclaration de François 1^{er} du 14 janvier 1522 et repris par l'art. 42 de la loi du 20 avril 1810,⁴⁰³ le juge d'instruction existe désormais depuis plus de deux siècles et a réussi à se maintenir sous « *deux empires, trois royautes et cinq Républiques* ». ⁴⁰⁴ Du point de vue d'un simple justiciable français non juriste, le juge d'instruction est un enquêteur par excellence.⁴⁰⁵ Cette première image est sinon fautive du moins incomplète et imprécise. En effet, le juge d'instruction a certes des fonctions d'enquêteur, il est en revanche, comme son nom l'indique, non pas chargé de « l'enquête » mais de « l'instruction ». L'acteur qui intervient pour l'enquête au sens juridique du terme est bien plus le procureur. De là, résulte de prime abord l'absolue nécessité de ne pas se limiter à l'étude du seul magistrat instructeur mais de s'intéresser également à son collègue auquel il incombe des fonctions étrangement similaires et dont le rôle prépondérant dans la pratique

⁴⁰¹ P. ex. : GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 196 et s., dont le titre du chap. VII est révélateur : "*Le juge d'instruction comme solution au problème?*"

⁴⁰² P. ex. le professeur Thomas Weigend, qui, loin de défendre sans hésitation la suppression du juge d'instruction, voit en cette institution une meilleure garantie des droits de la défense que celle offerte par le modèle allemand où le procureur est la pièce maîtresse de la phase préliminaire au procès. Il encouragea d'ailleurs en ce sens les Néerlandais à conserver leur juge d'instruction dans le cadre de son intervention au cours d'une conférence dédiée à la réforme procédurale néerlandaise envisagée à l'Université de Tilburg le 28.11.2008, v. WEIGEND, Thomas, « Reform Proposals on Dutch Criminal Procedure - A German Perspective », dans T. KOOLMANS et M.S. GROENHUIJSEN (éds.), *The Reform of the Dutch Code of Criminal Procedure in Comparative Perspective*, Leiden, Brill, 2012, p. 155-173.

⁴⁰³ Il est ensuite consacré par la loi du 31 déc. 1957 et l'ord. du 23 déc. 1958 dans les art. 49 à 52 CP. V. GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, *op. cit.*, p. 16, n° 11.05.

⁴⁰⁴ DORWLING CARTER, Marcel, « Faut-il supprimer le juge d'instruction ?, doct. I 3458 », *JCP G*, n° 31-32, 1990, n°4-7 (pour un exposé détaillé) et 8 (pour l'intitulé de la phrase ici reprise).

⁴⁰⁵ Cette image transparait clairement dans de nombreux ouvrages, films ou séries mettant en scène un juge d'instruction. V. p. ex. dans la littérature DE BALZAC, Honoré, « L'interdiction », dans *La Comédie humaine, Scènes de la vie privée*, vol. 2, Paris, Seuil, 1836 (rééd.), p. 350-378 ; DE BALZAC, Honoré, *art. cit.* ; LAVILLE, Alain, *Le juge Michel*, Paris, Presses de la Cité, 1982 ; VILLENEUVE, Charles et PÉRET, Jean-Pierre, *Histoire secrète du terrorisme : les juges de l'impossible*, Paris, Plon, 1987. Concernant les films, v. p. ex. *L'ivresse du pouvoir* réalisé par Claude Chabrol (2006).

se développe constamment à mesure que l’instruction s’érode. Pourtant le procureur est resté longtemps largement méconnu du grand public. Cette ignorance très répandue du système tient au fait que ces deux magistrats mènent des investigations pendant la mise en état de l’affaire pénale qui comprend aussi bien l’enquête que l’instruction.⁴⁰⁶ Par ailleurs, la place originelle du juge d’instruction telle que prévue par le CIC où, hors cas de flagrance, il lui revenait l’entière responsabilité des investigations, a assurément contribué à la notoriété de ce dernier qui fait désormais partie intégrante du paysage juridique culturel français.⁴⁰⁷ Si cette image ne correspond plus à la pratique actuelle dans laquelle le parquet joue le rôle dominant dans l’avant-procès, cette institution n’a pour autant toujours pas réussi à s’imposer dans la vision des justiciables français.

53. Dès sa création, le juge d’instruction fascine et polarise. Tantôt désigné comme l’homme le plus puissant de France,⁴⁰⁸ seul capable de maintenir l’intégrité de la justice, tantôt assimilé à un magistrat schizophrène incarnant à la fois Maigret et Salomon,⁴⁰⁹ isolé, acharné et peu à même de rester impartial dans ses fonctions, le juge d’instruction est sans doute la figure la plus controversée du monde judiciaire français.⁴¹⁰ Dans l’imaginaire des Français, il reste pourtant souvent le seul personnage à transparaître dans leur vision de la justice criminelle. Les nombreux débats publics déclenchés par chaque nouvelle annonce de la volonté de suppression⁴¹¹ de l’institution démontrent l’attachement profond des Français à cette profession.⁴¹² Héros de nombreux ouvrages et de nombreux films,⁴¹³ représenté comme dernier notable de sociétés corrompues à l’occasion de certaines affaires retentissantes,⁴¹⁴

⁴⁰⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1001, n° 1481.

⁴⁰⁷ V. les dév. historiques concernant modèle français aux n° 12 et s., p. 16 et s.

⁴⁰⁸ Formule attribuée à Napoléon Bonaparte. Il convient ici de préciser qu’il était alors question non de son indépendance, qui était malheureusement largement entravée du fait de sa subordination au parquet, mais bien plus de son pouvoir de placer toute personne sous mandat de dépôt (art. 91 et s. CIC), DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 23, n° 34-35.

⁴⁰⁹ Formule de BADINTER, Robert, « La mort programmée du JI », *Le Monde*, 21.03.2009, *art. cit.*, p. 17, qui critique le cumul des fonctions d’investigation et décisionnelles du juge d’instruction.

⁴¹⁰ VAN RUYMBEKE, Renaud, *Le juge d’instruction*, Paris, PUF, 2002, p. 3.

⁴¹¹ Le dernier projet de suppression en date est : COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LA JUSTICE PÉNALE, « Rapport Léger », 2009, *rap. préc.*

⁴¹² 60% des français restent opposés à sa suppression, THOUZELLIER, Bruno, « Du juge d’instruction... au parquet, les surprises de la réforme de la procédure pénale ! », *Gaz. Pal.*, janvier 2011, p. 17.

⁴¹³ Se rapporter pour des ex. en la matière à la n. 405.

⁴¹⁴ Affaires concernant des crimes contre l’humanité dans les cas de Klaus Barbie, Paul Touvier, René Bousquet ou Maurice Papon ; affaires politico-financière (l’affaire Elf dans les années 1990 sous la direction de la juge d’instruction Eva Joly ou dernièrement l’« Angolagate » pour laquelle Charle Pasqua a été condamné à un an de prison en raison de son implication dans la vente d’armes illégale à l’Angola ou encore l’affaire des emplois fictifs

prêts à risquer leur vie,⁴¹⁵ le magistrat instructeur est à ce titre pour beaucoup le visage d'une justice équitable et impartiale. Pour d'autre il est au contraire un juge isolé et souvent inexpérimenté en la matière, rendu responsable de maintes erreurs judiciaires⁴¹⁶ depuis sa création, auquel il est reproché, après ses origines peu glorieuses du temps de l'inquisition,⁴¹⁷ soit un laxisme lourd de conséquences⁴¹⁸ soit un acharnement dévastateur.⁴¹⁹ Dans ce dernier cas de figure il est alors perçu comme un justicier aveugle s'acharnant sur sa proie et abusant de sa puissance excessive, la recherche et l'établissement de la vérité n'étant effectués qu'à charge. Paul Lombard met à ce propos parfaitement en lumière les contradictions de ce juge qu'il décrit comme un « *bouc émissaire de tous les péchés, auxiliaire de la poursuite, traqueur de la vérité, dépositaire de l'honneur, de la réputation, de la fortune et de la liberté,*⁴²⁰ le juge d'instruction [remplissant] un rôle à part dans notre organisation judiciaire. Magistrat mais enquêteur, mais inquisiteur, inquisiteur mais tribunal à lui tout seul... il y a à l'évidence problème. Celui par exemple de la jeunesse de ces hommes souvent compagne fidèle de leur solitude ». ⁴²¹ C'est ce dernier caractère schizophrène et contradictoire de la fonction semblant depuis un certain temps prendre le pas sur les côtés positifs du juge d'instruction et inquiétant le législateur français qui tourne de plus en plus fréquemment autour de la question de la suppression de cette institution emblématique.⁴²²

54. Longtemps perçue comme un « *article français d'exportation à succès* »⁴²³, pièce maîtresse des systèmes de procédure pénale en Europe continentale, l'institution du juge d'instruction est de plus en plus contestée après la Seconde guerre mondiale et disparaît de

de la mairie de Paris mettant en cause l'ancien chef de l'État Jacques Chirac), affaires criminelles marquant particulièrement l'opinion publique telle l'affaire Villemin aussi connue sous le nom d'affaire Gregory etc.

⁴¹⁵ VILLENEUVE, Charles et PÉRET, Jean-Pierre, *Histoire secrète du terrorisme*, op. cit.

⁴¹⁶ Par exemple, affaire Rosalie Doile en 1862. V. à ce propos la lettre de Victor Hugo du 2 déc. 1862 adressée au rédacteur du temps et GERBER, François, *De l'inutilité du juge d'instruction*, op. cit., p. 9-12.

⁴¹⁷ V. sur ce point p. ex. *Ibid.*, p. 101-121.

⁴¹⁸ V. p. ex. dans l'affaire des disparue de l'Yonne relatée e. a. dans *Ibid.*, p. 19-28.

⁴¹⁹ Par exemple l'affaire du petit Grégory (e.a. LACOUR, Laurence, *Le bûcher des innocents*, op. cit.), l'affaire d'Outreau (v. p. ex. GARAPON, Antoine et SALAS, Denis, *Les nouvelles sorcières de Salem*, op. cit.) ou l'affaire Rosalie Doile (v. réf. préc. en n. 416).

⁴²⁰ Ces propos ne sont sur ce point plus d'actualité depuis la loi du 15 juin 2000 créant le juge des libertés et de la détention, désormais en charge de décider de la mise en détention provisoire.

⁴²¹ LOMBARD, Paul, *Le crépuscule des juges*, Paris, Robert Laffont, 1988, p. 111.

⁴²² LAZERGES, Christine, « Le rapport Léger : analyse des propositions, Propos introductifs », *AJP*, n° 10, 2009, p. 385.

⁴²³ Selon la formule allemande « *Exportschlager* », JUNG, Heike, « Der Untersuchungsrichter – ein Nachruf? », dans *FS-Miklau*, 2006, art. cit., p. 231.

nombreux ordres procéduraux pénaux⁴²⁴ (Italie⁴²⁵, Allemagne⁴²⁶, Autriche⁴²⁷, dernièrement également en Suisse ⁴²⁸) qui l'avaient pourtant d'abord intégrée comme élément fondamental de leur droit criminel. N'existant à ce jour plus que dans une très petite minorité de pays européens (par exemple aux Pays-Bas, Belgique et Espagne où sa suppression est néanmoins également régulièrement envisagée)⁴²⁹ cette institution « napoléonienne »⁴³⁰ par excellence est remise de plus en plus souvent en question jusque dans son propre pays d'origine. Proposée il y a déjà plus d'un siècle par René Garraud,⁴³¹ l'abolition du magistrat instructeur devient à partir de 1949 un thème de plus en plus récurrent comme en témoignent par exemple les rapports d'Henri Donnedieu de Vabres en 1949, de la commission Delmas Marty en 1990 ou dernièrement du comité "Léger" en 2009. Ses prérogatives ne cessent d'être diminuées au profit du nouvel acteur de l'avant-procès, le juge des libertés et de la détention.

55. Dans cette lente agonie, le droit comparé prend toute sa signification car le modèle du nouveau juge de l'avant-procès en passe de détrôner l'homme le plus puissant de France et de la nouvelle structure qu'il semble annoncer dans le paysage procédural pénal français semble tout droit inspiré de modèles européens tel celui allemand. Il serait néanmoins dangereux de ne s'attacher qu'à la figure du juge de l'avant-procès qui ne constitue qu'un échelon du système, sans s'intéresser à l'ensemble du fonctionnement du modèle procédural

⁴²⁴ Voir pour un bref aperçu de l'év. du juge d'instruction à l'étranger : NITSCHMANN, Kathrin, « Untersuchungsrichter vs StA ? », dans J. LEBLOIS-HAPPE et al. (éd.), *Neue Wege des Strafprozesses*, art. cit., p. 81-82 et 89 ; JUNG, Heike, JUNG, Heike, « Der Untersuchungsrichter – ein Nachruf? », dans *FS-Miklau*, 2006, art. cit. p. 229.

⁴²⁵ Au sujet de la réforme procédurale italienne : CHIAVARIO, M., *La riforma del processo penale*, Torino, UTET, 1990.

⁴²⁶ Au sujet de la réforme de la procédure pénale allemande de 1975, v. p. ex. not. : LAMPE, Joachim, « Ermittlungszuständigkeit v. Richter u. StA nach dem 1. StVRG », *NJW*, 5-1975, art. cit., p. 195-199 ; JUNG, Heike, « Bilanz der Reform (1. StVRG 1975) », *JuS*, 4-1975, art. cit., p. 261-265.

⁴²⁷ SCHMOLLER, Kurt, « Neues Strafprozessrecht in Österreich », *GA*, 2009, p. 505.

⁴²⁸ SCHMID, Jean-Bernard, « La suppression du juge d'instruction en Suisse », dans J. LELIEUR (éd.), *Combattre la corruption sans JI*, op. cit., p. 57-60 ; PIGUET, Christophe, « Esquisse de bilan, quatre ans après la suppression des juges d'instruction en Suisse », dans ASSOCIATION FRANÇAISE DES MAGISTRATS INSTRUCTEURS (éd.), *Le devenir du juge d'instruction en Europe, actes du colloque du 20 mars 2013*, Paris, 2015, en ligne : <<https://www.fichier-pdf.fr/2015/07/16/colloque-afmi-integrale/colloque-afmi-integrale.pdf>>, consulté dernièrement le 24.04.2019.

⁴²⁹ Au sujet de cette discussion en relation avec la dernière réforme néerlandaise dans ce domaine v. p. ex. : FRANKEN, Stijn, « The Judge in the Pretrial Investigation », dans T. KOOIJMANS et M.S. GROENHUIJSEN (éds.), *The Reform of the Dutch Code of Criminal Procedure in Comparative Perspective*, Leiden, Brill, 2012, p. 31-44.

⁴³⁰ Le juge d'instruction est consacré officiellement par la loi napoléonienne relative à l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la Justice du 20 avril 1810. V. à ce sujet EMMANUEL BERGER, « Les origines du juge d'instruction sous la Révolution, le Consulat et l'Empire », dans J.-C. FARCY et al. (éd.), *Le JI : approches historiques*, art. cit., p. 21.

⁴³¹ *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, vol. 1, Paris, Sirey, 1907, p. 5, n° 764.

étranger, soit ici plus précisément à la phase préliminaire du procès dans sa globalité, pendant laquelle a lieu, d'après des modalités différentes selon les pays, la recherche des preuves. À titre d'exemple, l'Italie qui supprima le juge d'instruction en 1989, avait déjà consacré par le passé la garantie d'indépendance du parquet par rapport au pouvoir exécutif.⁴³² Le Portugal inscrit lui aussi le principe d'indépendance du parquet dans sa Constitution en 2002.⁴³³ En Autriche, où l'institution du juge d'instruction fut également supprimée suite à une réforme de la procédure pénale en 2010, il y eut des débats similaires à ceux déclenchés en France. Ce n'est qu'avec l'ancrage corrélatif du statut du ministère public dans la Constitution en tant que juridiction⁴³⁴ au moment de l'entrée en vigueur de la réforme litigieuse qu'il fut mis un terme à la controverse. Il en est de même pour la réforme de la procédure pénale suisse entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2011.⁴³⁵ Or, en France, le changement du statut du parquet n'a été abordé dans le projet Léger que très superficiellement (6 lignes, p. 11 du rapport) et il n'était aucunement prévu de procéder à une rupture du lien existant entre le parquet et le pouvoir exécutif.⁴³⁶ L'exemple allemand gagne alors en intérêt : en République Fédérale d'Allemagne, le juge d'instruction a certes été supprimé suite à une réforme en matière procédurale entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1975 sans susciter de grande vague médiatique.⁴³⁷ Depuis, le cadre juridique de la mise en état est unifié et le parquet est seul compétent pour diriger l'ensemble des investigations afin de réunir les éléments d'information nécessaires à la manifestation de la vérité et décider de la poursuite des délits. Cependant, comme évoqué

⁴³² Si l'indépendance du parquet n'est pas expressément prévue par la Constitution, elle se dégage des Art. 104, 107, 108 al. 2 et 110 de la Constitution de la République italienne, v. PARIZOT, Raphaële, « Au nom de l'indépendance : Le ministère public en Italie », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 105 ; DUCOULOUX-FAVARD, Claude, « La position du ministère public italien », dans J. LELIEUR (éd.), *Combattre la corruption sans JI*, art. cit., p. 37 et s.

⁴³³ V. art. 219 de la Constitution de la République portugaise, version française consultable sur le site du parlement : *Assembleia da República*, en ligne : <<http://www.fr.parlamento.pt/Legislacion/index.html>>, consultée dernièrement le 27.08.2016.

⁴³⁴ V. Art 90a de la Constitution de l'État fédéral autrichien et les précisions à ce sujet de SCHMOLLER, Kurt, « Neues StrafprozessR in Österreich », *GA*, 2009, art. cit. p. 511. Si le ministère public peut toujours recevoir des ordres du ministère de la justice, il convient ici d'attirer l'attention sur l'art. 20 al. 1 de la Constitution de l'État fédéral autrichien qui protège le procureur d'une ingérence pour des motifs purement politiques en lui permettant de passer outre les ordres de l'autorité supérieure dès lors que ceux-ci conduiraient à une violation de la loi pénale, v. SEILER, Stefan, *Strafprozessrecht*, Wien, facultas.wuv, 2015, p. 79, n° 245.

⁴³⁵ SCHMID, Jean-Bernard, « La suppression du juge d'instruction en Suisse », dans J. LELIEUR (éd.), *Combattre la corruption sans JI*, art. cit. p. 57-60 ; PIGUET, Christophe, « Esquisse de bilan, quatre ans après la suppression des JI en Suisse », dans ASS. FR. DES MAGISTRATS INSTRUCTEURS (éd.), *Le devenir du JI en Europe*, art. cit.

⁴³⁶ La qualité « d'agent du pouvoir exécutif » que la commission Léger ne souhaitait pas modifier ressort des art. 30 CPP et art. 5 ord. du 22 décembre 1958.

⁴³⁷ Au sujet de la réforme de la procédure pénale allemande de 1975 v. réf. en n. 426.

ci-dessus, les membres du ministère public gardent leur qualité de fonctionnaire dépendant hiérarchiquement du ministère de la justice⁴³⁸, rapprochant ce système de celui que proposait la commission Léger.

56. Pourtant, cela n'empêcha pas la ministre de la justice allemande de l'époque, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, présentant le rapport du Conseil de l'Europe sur "l'utilisation abusive du système judiciaire répressif motivée par des considérations politiques" le 23 juin 2009 à Strasbourg, de demander à la France de revoir sa réforme pénale envisagée, en avançant que si l'on décidait de supprimer le juge d'instruction, *"certaines conditions essentielles devaient être satisfaites pour éviter l'impression que cette réforme vise à protéger la classe politique de tout contrôle judiciaire"*. Elle mentionna ainsi le degré d'autonomie du procureur, qui doit être *"beaucoup plus grand en pratique que cela ne semble le cas actuellement"*⁴³⁹. Ces inquiétudes semblent aujourd'hui d'autant plus fondées que l'ancien chef de l'État est, ou a été, soupçonné d'être impliqué dans pas moins de 10 affaires depuis la fin de ses fonctions présidentielles dans lesquelles instruisent ceux-là même dont il avait tant souhaité la suppression.⁴⁴⁰ Ayant bénéficié d'ordonnances de non-lieu dans 3 affaires (l'affaire Bettencourt,⁴⁴¹ l'affaires des pénalités des compte de campagne et celle des voyages en jet), il reste concerné par 7 affaires dont deux ont été dernièrement renvoyées pour jugement en correctionnelle (il s'agit ici de l'affaire des comptes de la campagne de 2012, dite « Bygmalion »⁴⁴² et l'affaire des écoutes, dite aussi « Azibert » dans laquelle l'ordonnance de

⁴³⁸ §§ 146, 147 GVG (loi sur l'organisation judiciaire allemande).

⁴³⁹ Propos rapportés dans l'article « Le Conseil de l'Europe sceptique sur la suppression du juge d'instruction », *Le Monde.fr*, 23.06.2009, en ligne : <http://www.lemonde.fr/europe/article/2009/06/23/le-conseil-de-l-europe-sceptique-sur-la-suppression-du-juge-d-instruction_1210545_3214.html>, consulté dernièrement le 27.08.2016.

⁴⁴⁰ « Les dix affaires dans lesquelles Nicolas Sarkozy est cité ou mis en cause », *Le Monde.fr*, 21 mars 2018, en ligne : <https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2018/03/21/les-dix-affaires-dans-lesquelles-nicolas-sarkozy-est-cite-ou-mis-en-cause_5274274_4355770.html>, consulté dernièrement le 09.09.2018 ; « Ces affaires qui empoisonnent Sarkozy », *lesechos.fr*, 7 février 2017, en ligne : <<https://www.lesechos.fr/politique-societe/dossiers/0203608586597/0203608586597-ces-affaires-qui-empoisonnent-nicolas-sarkozy-1020418.php#Xtor=AD-6000>>, consulté dernièrement le 06.09.2017.

⁴⁴¹ V. sur cette affaire not. DAVET, Gérard et LHOMME, Fabrice, « Affaire Bettencourt : non-lieu pour Nicolas Sarkozy », *Le Monde.fr*, 7 octobre 2013, en ligne : <http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/10/07/affaire-bettencourt-non-lieu-pour-nicolas-sarkozy_3491099_3224.html>, consulté dernièrement le 07.10.2013.

⁴⁴² PIEL, Simon, « Bygmalion : Nicolas Sarkozy renvoyé en procès pour financement illégal de campagne électorale », *Le Monde.fr*, 7 février 2017, en ligne : <https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2017/02/07/affaire-bygmalion-nicolas-sarkozy-renvoye-en-proces-pour-financement-illegal-de-campagne-electorale_5075768_1653578.html>, consulté dernièrement le 09.09.2018.

renvoi devant le tribunal correctionnel a été signée le 26 mars 2018 dernier⁴⁴³).⁴⁴⁴ Il est par ailleurs placé sous le statut de témoin assisté dans l'affaire « Karachi » concernant des commissions versées lors de ventes d'armes au Pakistan et à l'Arabie saoudite,⁴⁴⁵ et est mis en examen dans le cas du financement libyen de la campagne de 2007⁴⁴⁶.

57. Toutefois, cela n'empêche pas de se demander pourquoi cette mise en garde est présentée justement par une ministre de la justice allemande, alors même que l'Allemagne ne connaît, à l'heure actuelle, plus l'institution du juge d'instruction et que le parquet y est toujours hiérarchiquement soumis au contrôle du pouvoir exécutif. Ces deux systèmes ne seraient-ils pas comparables ? Existe-t-il des différences susceptibles de justifier la compatibilité du système allemand avec les principes directeurs fondamentaux de la procédure pénale, alors même que le système proposé par le rapport Léger qui lui ressemble étroitement est dénoncé ? Quels enseignements supplémentaires peut apporter le droit comparé sur la question du juge d'instruction ?

58. Si l'on s'attache à l'actualité politico-financière allemande récente, force est de reconnaître que les affaires impliquant des hommes politiques de premier plan sont plus rares. De plus, le principe de légalité présente une certaine barrière à une intrusion du pouvoir exécutif pour des motifs purement politiques ou personnels. Ce principe laisse néanmoins trop de marge d'appréciation de "*ce qui contrevient à la loi*" pour permettre d'éliminer définitivement tout risque d'ingérence du pouvoir exécutif à des fins purement politiques.⁴⁴⁷ Christian Wulff, 10^e président de la République Fédérale d'Allemagne fut poussé à la démission le 17 février 2012 à la suite d'une demande de levée de son immunité par le

⁴⁴³ DAVET, Gérard et LHOMME, Fabrice, « Nicolas Sarkozy renvoyé en correctionnelle pour "corruption" et "trafic d'influence" à la Cour de cassation », *Le Monde.fr*, 29 mars 2018, en ligne : <https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2018/03/29/nicolas-sarkozy-renvoye-en-correctionnelle-pour-corruption-et-trafic-d-influence-a-la-cour-de-cassation_5278185_1653578.html>, consulté dernièrement le 09.09.2018.

⁴⁴⁴ V. pour un bref exposé de toutes ces affaires et leur état d'avancement not. l'ens. des réf. préc. n. 440.

⁴⁴⁵ « Affaire de Karachi : Nicolas Sarkozy entendu comme témoin par la Cour de justice de la République », *Le Monde.fr*, 1^{er} juin 2017, en ligne : <https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2017/06/01/affaire-de-karachi-nicolas-sarkozy-entendu-comme-temoin-par-la-cour-de-justice-de-la-republique_5137288_1653578.html>, consulté le 09.09.2018.

⁴⁴⁶ « Financement libyen de la campagne de 2007 : Nicolas Sarkozy est mis en examen », *Le Monde.fr*, 21 mars 2018, en ligne : <https://www.lemonde.fr/politique/article/2018/03/21/financement-libyen-de-la-campagne-de-2007-fin-de-la-garde-a-vue-de-nicolas-sarkozy_5274484_823448.html>, consulté dernièrement le 09.09.2018.

⁴⁴⁷ MÜLLER, Reinhard, « Wulff und die Staatsanwaltschaft „Nicht der Hauch einer Weisung“ », *FAZnet*, 21 février 2012, en ligne : <<http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/wulff-und-die-staatsanwaltschaft-nicht-der-hauch-einer-weisung-11656615.html>>, consulté dernièrement le 14.04.2013.

ministère public d'Hanovre aux fins d'ouverture d'une enquête judiciaire pour divers soupçons de prises illégales d'intérêts et de corruption,⁴⁴⁸ avant d'être finalement acquitté définitivement par le tribunal de grande instance d'Hannovre en juin 2014.⁴⁴⁹ S'il n'y a ici pas de signe apparent d'intervention douteuse du pouvoir exécutif en faveur de l'ancien président allemand, il est particulièrement intéressant de voir que le ministre de la justice du Land de Niedersachsen, se voyant confronté à des reproches, alors que le parquet avait dans un premier temps décidé de ne pas encore ouvrir d'enquête, a tenu à venir clarifier la situation le 21 février 2012 pour affirmer publiquement « *qu'il n'y avait pas eu l'once d'une instruction ministérielle* » à l'intention du ministère public pour décider de la conduite des investigations dans l'affaire Wulff.⁴⁵⁰ À la suite de cet évènement, Christoph Frank, président d'alors de l'union des juges déclara lors d'un entretien avec les journalistes de la FAZ „*les questionnements quant à une éventuelle influence politique sur le ministère public d'Hanovre démontrent que la seule existence du droit de donner des instructions ministérielles donne l'impression que le parquet ne remplit pas uniquement les devoirs que la loi lui impose.*“⁴⁵¹ Dès lors, pourquoi ne pas supprimer simplement tout ce qui pourrait donner lieu à de quelconques soupçons? Récemment, l'affaire Netzpolitik.org⁴⁵² est d'ailleurs venu rouvrir le débat alors que le procureur général fédéral Range rendait public qu'il avait fait l'objet de pressions de la part du ministère de la justice au sujet de cette affaire qui contrevenait selon lui au principe de

⁴⁴⁸ Pour un résumé des faits, v. la chronique sur le site du magazine allemand focus : « Chronik der Affäre Wulff: Die Vorwürfe, sein Kampf ums Amt, die Folgen », *FOCUS Online*, 27 février 2014, en ligne : <http://www.focus.de/politik/deutschland/wulff-unter-druck/chronik-der-afaeere-wulff-die-vorwuerfe-sein-kampf-ums-amt-die-folgen_aid_696704.html>, consulté dernièrement le 27.08.2016.

⁴⁴⁹ V. à ce propos p. ex. GREVEN, Ludwig, « Wulff-Freispruch: Endlich Schluss », *Die Zeit*, 13 juin 2014, en ligne : <<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2014-06/wulff-staatsanwaltschaft-urteil-rechtskraft-kommentar>>, consulté dernièrement le 23.04.2019.

⁴⁵⁰ Traduit de l'allemand de la formule originale: „*Justizminister Busemann bekräftigte am Montag im Gespräch mit der F.A.Z., es habe „nicht den Hauch einer Weisung“ gegeben*“, propos rapportés par MÜLLER, Reinhard, « Wulff und die Staatsanwaltschaft „Nicht der Hauch einer Weisung“ », *FAZnet*, 21.02.2012, *art. cit.*

⁴⁵¹ Traduit de l'allemand de la formule originale : „*Die Anfragen an die Staatsanwaltschaft Hannover nach möglicher politischer Einflussnahme zeigen, dass allein die Existenz des ministeriellen Weisungsrechts den Eindruck erweckt, die Staatsanwaltschaft erfülle nicht ausschließlich ihre gesetzlich vorgegebenen Aufgaben*“, propos rapportés par Reinhard Müller, *Ibid.*

⁴⁵² Il sera revenu en détail sur cette aff. au n° 220, p. 225 et s. de cette thèse. V. pour un rappel des faits p. ex. TRENTMANN, Christian, « Der politische Staatsanwalt? Problempunkte und Lehren aus dem Fall netzpolitik.org unter Berücksichtigung der jüngsten Reformvorschläge des Deutschen Richterbundes sowie europäische Sichtweisen », *ZIS*, vol. 11, n° 2, 2016, p. 130-131.

légalité.⁴⁵³ Ces révélations qui ne furent pas du goût de la chancellerie conduisirent à sa mise en retraite immédiate et au classement de l'affaire.⁴⁵⁴

59. Si les réformes françaises⁴⁵⁵ sur le sujet ont finalement été abandonnées et que l'Allemagne ne semble pas vouloir immédiatement se pencher sur une nouvelle réforme structurelle de sa procédure pénale, la question de l'équilibre fonctionnel et statutaire de la mise en état des affaires pénales reste de toute actualité car sa remise en question régulière prouve que l'équilibre actuel idéal n'a pas encore été trouvé. Le conseil de l'Europe vient en outre rappeler régulièrement les problèmes persistants concernant la garantie des droits de la défense et les violations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ce qui pousse à se réinterroger pour une meilleure garantie des droits et libertés de la défense.⁴⁵⁶ Ce sera ainsi toute la problématique de ce travail que de s'interroger sur l'équilibre idéal de la phase préliminaire de l'avant procès au vu des garanties fondamentales et principes directeurs de la procédure pénale. Cela ne pourra se faire qu'en éclaircissant les relations souvent ambiguës des acteurs prépondérants dans cette phase préliminaire au procès, leurs fonctions et leur statut. À cet égard, il convient ici d'ores et déjà de préciser que l'étude s'attachera en l'espèce aux seuls membres du ministère public et aux juges de la phase

⁴⁵³ MÜLLER, Reinhard, « Generalbundesanwalt Range wehrt sich gegen Einflussnahme », *FAZnet*, 4 août 2015, en ligne : <<http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/generalbundesanwalt-range-wehrt-sich-gegen-einflussnahme-13733596.html>>, consulté dernièrement le 28.08.2016.

⁴⁵⁴ V. le communiqué de presse correspondant, GBA, « Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof: Pressemitteilung », 10 août 2015, en ligne : <<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?newsid=561>>, consulté dernièrement le 28.08.2016.

⁴⁵⁵ SALLES, Alain, « Réforme de la procédure pénale : chronique d'une mort annoncée », *Le Monde.fr*, 6 mai 2010, en ligne : <http://www.lemonde.fr/societe/article/2010/05/06/reforme-de-la-procedure-penale-chronique-d-une-mort-annoncee_1347266_3224.html>, consulté dernièrement le 27.08.2016.

⁴⁵⁶ V. p. ex. la mise en garde du Conseil de l'Europe concernant la réforme en France de la procédure pénale telle qu'envisagée par le rapport Léger de 2009 ou les nombreuses condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), instance juridique de contrôle du Conseil de l'Europe. V. pour des condamnations concernant not. la répartition des rôles dans l'avant-procès entre le procureur et le juge d'instruction : CEDH, déc. du 23.04.2015, n° 26690/11, François c. France ; CEDH, déc. du 27.06.2013, n° 62736/09, Vassis et autres c. France ; CEDH déc. du 23.11.2010, n° 37104/06, Moulin c. France ou encore CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 3394/03, Medvedev c. France (V. not. la fiche thématique par pays de la France CEDH, « fiches thématiques par pays », 2016, en ligne : <www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2015_ENG.pdf>, consultée dernièrement le 28.08.2016. L'Allemagne est quant à elle perçue comme une « bonne élève » par le conseil de l'Europe et a été relativement peu souvent condamnée en comparaison à la France (v. not. CZARNY, Raphaël, « La France est souvent condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme à cause de son système judiciaire. Comme toute l'Europe », *Slate.fr*, 10 janvier 2014, en ligne : <<http://www.slate.fr/monde/82129/cour-europeenne-des-droits-de-homme>>, consulté dernièrement le 28.08.2016 ; CEDH, « Annual Report 2015 », 2015, en ligne : <www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2015_ENG.pdf>, consulté dernièrement le 28.08.2016. Certaines décisions récentes à l'égard de l'Allemagne concernent néanmoins égal. la phase préparatoire du procès, à savoir not. CEDH, déc. du 09.07.2009, n° 11364/03, Mooren c. Allemagne ; CEDH, déc. du 01.07.2010, n° 22978/05, Gäfgen c. Allemagne ; CEDH 15.12.2015, n° 9154/10, Schatschaschwili c. Allemagne.

préparatoire du procès, la police judiciaire ayant été ici consciemment laissée de côté. En effet, si celle-ci est définitivement un acteur capital et sans cesse plus important de la phase de l'avant-procès du fait des avancées techniques de ses méthodes de travail, elle n'opère dans les deux ordres procéduraux à l'étude que sous la direction du procureur qui reste donc dans ce sens l'acteur responsable des investigations à côté, le cas échéant, du juge d'instruction. Pour parvenir à l'éclaircissement des relations entre les juges et les membres du ministère public, il sera adopté une démarche comparative en deux temps.

60. Il s'agira tout d'abord de s'intéresser au socle commun de principes directeurs de la procédure pénale et de droits et libertés fondamentaux qui rendent impérative la présence d'un juge de l'avant-procès aux côtés des procureurs au stade de la mise en état de l'affaire (Première partie).

61. Cette première partie laissera d'ores et déjà poindre des divergences importantes concernant la conception du rôle du juge de l'avant-procès et des membres du ministère public et l'exercice de leurs fonctions en pratique, auxquelles il conviendra de se consacrer pleinement dans un second temps avant que ne s'engage sur le constat des problèmes rencontrés par ces deux systèmes une réflexion approfondie pour proposer une réponse appropriée à l'équation de l'équilibre statutaire et fonctionnel idéal entre les acteurs judiciaires de l'avant-procès au regard des droits et libertés fondamentaux et principes directeurs de la procédure pénale. (Deuxième partie)

PREMIÈRE PARTIE : LES DROITS FONDAMENTAUX ET PRINCIPES DIRECTEURS DE LA PROCÉDURE PÉNALE : DÉNOMINATEUR COMMUN DE L'AVANT-PROCÈS EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE IMPOSANT LA PRÉSENCE DU JUGE

DEUXIÈME PARTIE : QUEL ÉQUILIBRE FONCTIONNEL ET STATUTAIRE POUR LES MEMBRES DU MINISTÈRE PUBLIC ET LES JUGES DE L'AVANT-PROCÈS ?

— PREMIÈRE PARTIE —

LES DROITS FONDAMENTAUX ET PRINCIPES DIRECTEURS DE LA PROCÉDURE PÉNALE : DÉNOMINATEUR COMMUN DE LA MISE EN ÉTAT DE L’AFFAIRE PÉNALE EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE IMPOSANT LA PRÉSENCE DU JUGE DE L’AVANT-PROCÈS

62. L’ensemble des mesures d’investigation lors de la phase préliminaire au procès sont prises dans le but d’établir la vérité concernant des faits criminels et permettant de déterminer la responsabilité de ses auteurs. À ce titre, elles touchent directement aux libertés individuelles fondamentales de toute personne concernée.

63. Il convient dès lors de préciser ici que, si la grande majorité de ces mesures est dirigée à l’égard de la personne soupçonnée, le soupçon contre cette dernière étant bien souvent le déclencheur mais aussi la justification de l’usage de moyens de coercition, celle-ci n’est pas la seule à pouvoir être concernée.⁴⁵⁷ Ainsi des tiers susceptibles de détenir des informations nécessaires à l’éclaircissement des faits, tels les témoins par exemple, peuvent-ils être également visés.⁴⁵⁸ Le législateur aussi bien allemand que français n’a d’ailleurs, depuis la fin du 20^e siècle, cessé d’élargir le cercle des destinataires des mesures attentatoires aux libertés individuelles⁴⁵⁹ de telle sorte que l’on peut désormais parler d’un « renversement [de la

⁴⁵⁷ TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, Hamburg, Kovač, 2007, p. 33 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, Heidelberg [e.a.], Müller, 2015, p. 262 n° 398-401.

⁴⁵⁸ TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁵⁹ A la fin des années 70, le législateur allemand n’a cessé d’élargir le cercle des personnes affectées par les mesures d’investigation. Ainsi la réforme de la procédure pénale du 14.04.1978 accorda-t-elle, p. ex. avec le § 111 StPO, l’autorisation de procéder à de vastes actions de recherches au cours desquelles tout un chacun pouvait être identifié et fouillé par la police. Le 19.04.1986, le § 163 d StPO consacra la recherche de criminels par l’exploitation de fichiers informatisés qui peut toucher également des personnes complètement extérieures aux faits et donc non impliquées. La réforme OrgKG (loi relative à la criminalité organisée) du 15.07.1992 acheva cette évolution avec l’introduction de la recherche systématique par fichiers informatisés réglée par les §§ 98 a et s. StPO. V. à ce sujet *ibid*. On observe la même évolution en France, v. sur ce point p. ex. les dév. concernant les recoupements par consultation de fichiers, DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1610 et s., n° 2409 et s. En 2008, la création des fichiers Edvige (exploitation documentaire et valorisation de l’information générale) par le décret n° 2008-632 du 27 juin 2008 a notamment suscité de vifs débats pour les dangers qu’ils présentaient au regard des libertés individuelles (art. 1 du dit décret permettant de « centraliser et d’analyser les informations relatives aux individus, groupes, organisations et personnes morales qui, en raison de leur activité individuelle ou collective, [étaient] **susceptibles** de porter atteinte à l’ordre public ». V. sur les controverses déclenchées p. ex. CHEMIN, Anne « Fichiers Edvige : Les points inquiétants pour les libertés », *Le Monde.fr*, 6 septembre 2008, en ligne : <http://www.lemonde.fr/politique/article/2008/09/06/fichier-edvige-les-points-inquietants-pour-les-libertes_1092225_823448.html>, consulté dernièrement le 30.08.2016.

logique] habituelle des actes d'investigations » : le destinataire de ces actes n'est plus la seule personne soupçonnée mais bien plus une pluralité de personnes peu suspectes et ce, jusqu'à temps qu'on exfiltre de ce cercle les personnes véritablement soupçonnées.⁴⁶⁰

64. Les mesures d'investigation peuvent avoir des effets dévastateurs – allant jusqu'à la privation de liberté – pour toute personne à l'égard desquelles elles sont prises. Or, une suspicion ne vient pas toujours justifier une telle atteinte et, quand bien même celle-ci existerait et serait fondée, la présomption d'innocence conformément à l'art. 6 CESDH vaut jusqu'à ce qu'un jugement ait été prononcé.⁴⁶¹ Au vu de la gravité du préjudice encouru, il apparaît alors naturel de placer, à côté de la légitime efficacité recherchée des investigations, la personne concernée par l'avant-procès et le problème de l'atteinte à ses libertés et droits fondamentaux au cœur des préoccupations, pour réfléchir à la question de la répartition fonctionnelle entre juges et membres du ministère public au cours de la mise en état de l'affaire pénale. Ainsi, le principe d'équité, la présomption d'innocence, les droits de l'homme ou droits de la personne, les principes d'indépendance et d'impartialité de la justice et leur possible mise en adéquation avec l'efficacité de l'enquête guideront-ils la réflexion dans cette première partie.

65. Alors que le procès est censé être la phase capitale de la procédure pénale du fait de ses règles méticuleuses garantissant une véritable égalité des armes aux parties et permettant à ces dernières un affrontement équitable respectueux des intérêts et droits en présence, l'avant-procès, marqué par les très fortes prérogatives de puissance publique des autorités de poursuite face à des personnes concernées dont les droits procéduraux sont à ce stade peu développés, ne cesse de gagner du terrain jusqu'à remettre en question tout l'équilibre de la procédure pénale. La figure du juge de l'avant-procès était alors ici perçue par les législateurs respectifs comme un mécanisme compensateur des pouvoirs du ministère public pour garantir des droits et libertés individuelles dans la mise en état de l'affaire.

66. Mais cela est-il toujours d'actualité aujourd'hui ? Tandis que la France fit le choix de conserver le modèle dualiste de l'avant-procès consacré par le CIC divisé entre l'enquête et

⁴⁶⁰ Voir TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 33 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 262 et 353 n° 398-401 et 543, qui parle, concernant les nouvelles mesures de recherche policières par recoupements informatisés d'un « *Umkehrung der üblichen Ermittlungstätigkeit* », c'est-à-dire d'un renversement des méthodes d'investigation qui traditionnellement sont orientées contre la personne soupçonnée (*Ibid.* n° 543).

⁴⁶¹ TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 33-34.

l’instruction selon la gravité et la complexité des faits à éclaircir tout en tentant de le perfectionner, l’Allemagne prit le parti, après la réforme de la procédure pénale de 1975, d’opter pour un cadre unique de l’enquête.⁴⁶² On aurait alors pu croire que cela signerait la fin de la figure du juge de l’avant-procès, les fonctions du juge d’instruction étant transférées dans leur grande majorité à son collègue, le procureur faisant de lui le véritable « *souverain* »⁴⁶³ de cette phase préliminaire. Pourtant, il n’en fut rien et le juge de l’enquête, chargé du contrôle des mesures d’investigation fortement attentatoires aux libertés individuelles, qui jusque-là intervenait marginalement pour autoriser certains actes coercitifs dans le cadre de l’enquête, vit ses compétences s’étendre et remplaça l’ancien magistrat instructeur dans ses fonctions juridictionnelles.⁴⁶⁴ Si ce dernier est loin d’être considéré en Allemagne comme une évidence dans un système où le procureur règne en « *maître* » – certains diront ainsi du juge de l’enquête qu’il est « *a priori en contradiction avec le système* »⁴⁶⁵ ou qu’il s’agit là d’un « *empiétement soudain sur les compétences souveraines du ministère public dans l’avant-procès* »⁴⁶⁶ –, il n’en reste pas moins que la présence d’un juge au stade de l’avant-procès apparaît comme indispensable pour garantir l’État de droit. Il s’agit ici d’un véritable dénominateur commun entre les deux ordres procéduraux qui sert de base d’un côté comme de l’autre pour résoudre l’équation fonctionnelle entre les membres du ministère public et le(s) juge(s) de l’avant-procès censée amener à un équilibre idéal entre garantie des libertés individuelles et efficacité de la procédure.

67. L’objectif primaire de la mise en état de l’affaire, à savoir, la recherche de la vérité, implique de doter l’organe chargé de rechercher la vérité des prérogatives de la puissance publique et de mettre à ce titre d’importants moyens de coercition à sa disposition.⁴⁶⁷

⁴⁶² V. les dév. hist. dans l’intro. aux n° 14 et s., p.17 et s.

⁴⁶³ V. p. ex. e. a. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 26, « *Der StA ist Herr des Ermittlungsverfahrens* » ; SCHNEIDER, Hartmut, « *Zu Stellung und Tätigkeit von Staatsanwälten* », *Jura*, n° 2, 1999, p. 64.

⁴⁶⁴ V. pour un développement plus détaillé de la question n° 725 et s., p. 641 et s.

⁴⁶⁵ PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter : eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, 1995, p. 127, qui parle ainsi de « *prinzipielle Systemwidrigkeit richterlicher Mitwirkung* ».

⁴⁶⁶ D’après la formule allemande « *Einbruch in das Aufgabengebiet des Staatsanwalts* » de NELLES, Ursula, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, p. 40 ; v. en ce sens égal. SCHNARR, Karl Heinz, « *Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatsanwaltlicher Eilanordnung und richterlicher Bestätigung* », *NStZ*, n° 5, 1991, p. 209 ; FUHRMANN, Hans, « *Die Befugnisse des Amtsrichters bei der Prüfung eines Antrages der Staatsanwaltschaft auf Vernehmung des Beschuldigten* », *JR*, n° 7, 1965, p. 254.

⁴⁶⁷ V. en ce sens p. ex. COMMISSION DELMAS-MARTY, « *Rapport sur la mise en état des affaires pénales* », 1991, *rap. préc.*, p. 9.

Parallèlement, dans toute société protectrice des libertés individuelles, il est clair que le citoyen doit être apprécié dans son entière humanité et ne peut à ce titre jamais être dégradé au statut de simple objet quand bien même l'intérêt général de la société en raison d'un fait criminel serait en jeu.⁴⁶⁸

68. Si la recherche de la vérité au cours des investigations nécessite donc qu'il soit pris des mesures attentatoires aux libertés individuelles, il est aussi impératif que les exigences de l'État de droit et notamment les droits et libertés fondamentaux de la personne soient préservés.⁴⁶⁹ De ce constat découlent les fonctions essentielles que l'État se doit de remplir au cours de la mise en état de l'affaire pénale, à savoir l'enquête au sens large du terme, la poursuite mais aussi la protection des droits de la personne (Titre 1). Vu les tensions pratiques existant entre ces différentes missions, il serait périlleux d'en attribuer l'entière responsabilité à un seul acteur. Ainsi la présence du juge pour garantir les libertés de la personne aux côtés du procureur dans l'avant-procès s'impose-t-elle comme une nécessité, un principe fondamental des deux ordres procéduraux ici à l'étude, à l'étendue néanmoins incertaine (Titre 2).

⁴⁶⁸ BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 140 ; HILGER, Hans, « Über verfassungs- und strafverfahrensrechtliche Probleme bei gesetzlichen Regelungen grundrechtsrelevanter strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen », dans A. ESER (éd.), *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin*, Köln, Heymanns, 1995, p. 320 ; Dans ce sens égal. COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 8-9 ; BRAUSE, Hans Peter, « Faires Verfahren und Effektivität im Strafprozeß », *NJW*, n° 45, 1992, p. 2865.

⁴⁶⁹ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, Einl. (intro.), § 1, n° 2 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 140-141 ; COMMISSION DELMAS-MARTY, COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 9 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, Paris, l'Harmattan, 2014, p. 16, n° 3.

– TITRE 1 –

L'AVANT-PROCÈS OU L'IMPOSSIBLE ÉQUILIBRE ENTRE EFFICACITÉ ET GARANTIE DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES

69. La conciliation de l'intérêt général et des intérêts privés (ou particuliers) est un problème originel de la procédure pénale.⁴⁷⁰ L'intérêt général, intérêt de tous, c'est-à-dire de la société et de tous ses membres, guide en soit la procédure pénale.⁴⁷¹ La commission d'une infraction génère un trouble social.⁴⁷² L'objectif de la procédure pénale est alors principalement d'élucider les faits à l'origine de ce délit, c'est-à-dire de rechercher la vérité, par le biais d'une bonne administration de la justice et du respect de l'ordre public afin d'y apporter une réponse pénale appropriée et de rétablir ainsi la paix sociale.⁴⁷³ Or, l'intérêt particulier, au sens de l'intérêt de l'individu ou de ses libertés individuelles face au groupe, n'est pas toujours en adéquation avec l'intérêt général.⁴⁷⁴ Ce double impératif (efficacité dans la recherche des infractions et de leurs auteurs/respect des droits fondamentaux de la

⁴⁷⁰ V. déjà en ce sens not. HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, *op. cit.*, p. 4, n° 1, qui indique ici que « Deux intérêts également puissants, également sacrés, veulent être à la fois protégés : l'intérêt général de la société, qui veut la juste et prompte répression des délits ; l'intérêt des accusés, qui est bien aussi un intérêt social et qui exige une complète garantie des droits de la cité et des droits de la défense. »

⁴⁷¹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 19-21, n° 3.

⁴⁷² SÉGAUT, Julie, *Essai sur l'action publique, version électronique*, Reims, Atelier national de reproduction des thèses, 2010, p. 16, n° 3 ; RIEB, Peter, « Über die Aufgaben des Strafverfahrens », *JR*, n° 7, 2006, p. 271 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, 9^e édition, München, Beck, 2018, § 3, n° 1.

⁴⁷³ Dans ce sens e. a. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, Einl. (intro.), § 1, n° 3 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 3, n° 1 et 5 ; RIEB, Peter, « Aufgaben des Strafverfahrens », *JR*, 2006, *art. cit.*, p. 270-271 ; MEYER-GÖRNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. (intro.) », dans *Strafprozessordnung, Kommentar (StPO-Ko.)*, München, Beck, 2019, n° 4 ; égal. en ce sens quoi qu'avec une compréhension plus répressive de la procédure pénale PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 19-20, n° 3 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 16, n° 3. Si la poursuite de la paix sociale est perçue majoritairement comme l'objectif supérieur de la procédure pénale, il convient ici néanmoins de souligner que l'objectif de la procédure pénale dans ses détails fait en Allemagne comme en France toujours débat. Pour une exposition détaillée des différentes opinions à ce sujet, v. pour l'Allemagne p. ex. RIEB, Peter, « Aufgaben des Strafverfahrens », *JR*, 2006, *art. cit.* ; MURMANN, Uwe, « Über den Zweck des Strafprozesses », *GA*, 2004, p. 65-86 ; du côté français, se rapporter not. à GASSIN, Raymond, « Considération sur le but de la procédure pénale », dans *Mélanges Pradel*, 2006, p. 109-120.

⁴⁷⁴ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 20-21, n° 3 ; COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 9 ; SCHÄFER, Karl, *Strafprozeßrecht*, Berlin, de Gruyter, 1976, p. 92-93, chap. 6, n° 2 et 3 ; BURGSTALLER, Manfred, « Kriminalpolitik nach 100 Jahren IKV/AIDP. Versuch einer Bestandsaufnahme », *ZStW*, vol. 102, n° 3, 1990, p. 646, qui va ici même jusqu'à dire que les exigences de l'état de droit pour protéger l'individu interviennent clairement au détriment de l'efficacité de la procédure. L'avis ici partagé sera en revanche plus nuancé, la protection de l'individu pouvant se révéler également utile pour l'efficacité de la procédure (p. ex. il suffit ici de penser à l'interdiction de la torture qui protège l'individu mais aussi la recherche de la vérité en empêchant l'exploitation de faux aveux livrés uniquement pour éviter la torture).

personne) n'est certes pas forcément conflictuel.⁴⁷⁵ En effet, en renonçant à régler leurs propres conflits, les personnes concernées par la procédure pénale comme les auteurs d'une infraction mais aussi les victimes et les témoins, se placent sous la protection des pouvoirs publics (à la différence de la justice privée médiévale)⁴⁷⁶ puisque la légitimité de la procédure n'est ici admise que parce que l'État s'engage lui-même à respecter les exigences en matière de protection des libertés individuelles sans recourir à des moyens de coercition abusifs.⁴⁷⁷ C'est la raison pour laquelle Montesquieu, considérant la justice sous un angle sociétal, affirmait qu' « *une injustice faite à un seul homme [était] une menace faite à tous* », c'est-à-dire à la société dans son ensemble.⁴⁷⁸ Par ailleurs, une recherche efficace de la vérité peut aussi tout simplement conduire à faire tomber les charges qui pesaient contre la personne concernée et inversement les exigences de protection des droits fondamentaux requises pourront prémunir les autorités de poursuite contre les erreurs résultant de conclusions trop hâtives ou entraînées par un trop grand parti-pris contre un suspect donné.⁴⁷⁹ Les deux termes, ordre et liberté, ne sont donc pas nécessairement opposés mais bien plus « *corrélatifs* », la liberté n'allant pas sans l'ordre et ce dernier ne valant rien sans la liberté.⁴⁸⁰

70. Et pourtant, en pratique, la question de la bonne conciliation de ces deux idéaux difficilement compatibles reste entière : où convient-il en particulier de positionner « *le curseur sur la règle des droits et libertés ?* »⁴⁸¹

71. S'il est indispensable d'attribuer de larges pouvoirs aux autorités chargées d'enquêter pour qu'elles puissent établir les faits et les responsabilités afférentes, ceux-ci engendreront

⁴⁷⁵ JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, *art. cit.*, p. 18 ; JUNG, Heike, « Vers un nouveau modèle de procédure pénale ? », *Rev. sc. crim.*, 3-1991, *art. cit.*, p. 530 et s. ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 141 ; COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 9.

⁴⁷⁶ Dont les dangers pour l'individu ont été mis en évidence lors des développements historiques dans l'introduction, v. les n° 14 et s., p. 17 et s.

⁴⁷⁷ COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 9 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, Einl. (intro.), § 1, n° 2 ; SCHÄFER, Karl, *Strafprozeßrecht*, *op. cit.*, p. 92, chap. 6, n° 2.

⁴⁷⁸ Citation attribuée à Montesquieu, reprise par ex. not. dans DELGA, Jacques, *Manuel de l'innocent* : « *De l'atteinte à la présomption d'innocence* », Paris, Éditions Eska, 2008, p. 13.

⁴⁷⁹ BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 141-142.

⁴⁸⁰ V. en ce sens not. Alain, Propos d'un normand : « *Les deux termes, ordre et liberté sont bien loin d'être opposés ; j'aime mieux dire qu'ils sont corrélatifs, la liberté ne va pas sans l'ordre, l'ordre ne vaut rien sans la liberté* » tels que cité par PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 20, n° 3 ; v. égal. JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, *art. cit.*, p. 18.

⁴⁸¹ BOISVERT, Anne-Marie, « La lutte au terrorisme et les réflexes du législateur canadien à un déplacement des frontières du droit répressif », dans UNIVERSITÉ DE POITIERS (éd.), *Les nouveaux territoires du droit et leur impact sur l'enseignement et la recherche*, Paris, LGDJ, 2004, p. 74. Reprenant cette cit. not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 20, n° 3.

eux-mêmes inexorablement des atteintes importantes aux droits et libertés fondamentaux des personnes concernées (Chapitre I). C'est pour cette raison que les principes constitutionnels comme les engagements internationaux pris par la France tout comme l'Allemagne ont conduit à construire un socle solide de droits procéduraux pour garantir la protection des parties impliquées dans le procès pénal, droits qui restent néanmoins à un stade embryonnaire au moment de l'avant-procès (Chapitre II)

– CHAPITRE I –

DES FONCTIONS DE L'AVANT-PROCÈS AU FORT POTENTIEL CONFLICTUEL

72. Davantage encore que toutes autres phases de la procédure, la mise en état de l'affaire doit faire face à un dilemme cornélien qui tient aux exigences strictes en matière de droits et libertés fondamentaux que l'État de droit doit observer pour atteindre l'objectif de la procédure pénale – à savoir l'établissement de la vérité qui rétablira la paix sociale – (Section 1) et aux diverses fonctions conflictuelles qui en résultent (Section 2).⁴⁸²

– SECTION 1 –

L'ASPECT BIPOLAIRE DE LA MISE EN ÉTAT DE L'AFFAIRE PÉNALE

73. L'objectif primaire de la procédure pénale est de rechercher la vérité qui conduira le cas échéant à un jugement.⁴⁸³ Mais, eu égard au principe de l'État de droit, cette fin n'est bien entendu pas en mesure de justifier n'importe quel moyen et l'élucidation des faits constituant une infraction pénale, ne peut être réellement honorée que lorsqu'elle est poursuivie au cours d'une procédure réglementée et conforme aux règles juridiques élémentaires.⁴⁸⁴ À partir du

⁴⁸² SCHÄFER, Karl, *Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 94-95, chap. 6, n° 7 ; COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, rap. préc., p. 8-9.

⁴⁸³ HASSEMER, Winfried, « Grenzen des Wissens im Strafprozess. Neuvermessung durch die empirischen Wissenschaften vom Menschen? », *ZStW*, vol. 121, n° 4, 2009, p. 831 ; SCHÄFER, Karl, *Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 94-95, chap. 6, n° 7 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 140-141 ; GARRAUD, René, *Traité d'instruction criminelle*, vol. 1, op. cit., p. 5, n° 1 ; COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, rap. préc., p. 8 ; DREYER, Emmanuel et MOUYSSSET, Olivier, *Procédure pénale*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2016, p. 17, n° 3 ; TOUILLIER, Marc, « Quelle politique criminelle (droits de la défense/ procédures dérogatoires) ? », *Arch. po. crim.*, 37-2015, art. cit., p. 45.

⁴⁸⁴ V. p. ex. BGH, déc. du 14.06.1960 - 1 StR 683/59 (*BGHSt*, 14, 358), reproduite dans *NJW*, 1960, p. 1580-1582, ici spéc. p. 1582 ; Eberhardt Schmidt dira ainsi qu'il ne s'agit pas, concernant l'administration pénale, de la seule justesse matérielle légale des jugements, mais également tout autant que ceux-ci ne résultent pas d'autres voies que celles respectueuses des règles et garanties procédurales en vigueur (« *Es geht in der Strafrechtspflege nicht um die materiellrechtliche Richtigkeit der Urteile, sondern ebenso sehr auch um ihre Gewinnung auf keinem anderen als dem justizförmigen Wege* »), v. SCHMIDT, Eberhard, « Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 55 II StPO als Revisionsgrund », *JZ*, 1958, p. 601. Se rapporter égal. à HASSEMER, Winfried, « Grenzen des Wissens im Strafprozess », *ZStW*, 2009, art. cit., p. 836 ; SCHÄFER, Karl, *Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 94-95, chap. 6, n° 7. ; V. du côté français p. ex. CC, déc. n° 2004-492 DC du 02.03.2004, publiée au *JO* du 15.03.2004, p. 4637, not. n° 4 et 6, rappelant que le législateur doit assurer la conciliation entre, d'un côté, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, et de l'autre, la préservation de l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, parmi lesquelles figure la liberté d'aller et de venir. V. aussi CC, déc. n° 20111-625 DC du 10.03.2011, publiée au *JO* du 15.03.2011, p. 4630 ou dernièrement CC, déc. n° 2014-420/421 QPC du 9.10.2014, publiée *JO*, 12.10.2014, p. 16578. Se rapporter égal. e. a. à DREYER, Emmanuel et MOUYSSSET, Olivier, *Procédure pénale*, op. cit., p. 17, n° 3.

moment où un soupçon substantiel naît chez les autorités investigatrices, l'État n'est ici plus seulement tenu de protéger les droits et libertés fondamentaux dont dispose chaque citoyen, mais a bien plus l'obligation supplémentaire de préserver les droits procéduraux spécifiques accordés à la défense en matière pénale tels la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable et ce, quand bien même ce devoir se révélerait être un frein pratique pour l'éclaircissement des faits.⁴⁸⁵ Par exemple, même si la torture permettait de faire avouer un coupable (ce qui est déjà en soi discutable), il est clair qu'elle ne saurait être justifiée pour autant, aucune exception n'étant ici tolérable.⁴⁸⁶ Dans ce sens, la procédure pénale revêt un caractère « bipolaire »⁴⁸⁷ ou « double »⁴⁸⁸ : l'objectif est la recherche de la vérité, qui débouchera le cas échéant sur un jugement, et le chemin pour y parvenir devra être celui d'une justice équitable.⁴⁸⁹ Ce n'est qu'à cette seule condition que l'État pourra user de sa redoutable prérogative de sanctionner pénalement pour assurer une paix juridique durable.⁴⁹⁰

74. Or, à l'heure où, corrélativement aux attaques terroristes et à la criminalité organisée le sentiment d'insécurité ne cesse de croître, l'exigence de résultats immédiats devient

⁴⁸⁵ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 3, n° 1 et 5 ; SCHÄFER, Karl, *Strafprozeßrecht, op. cit.*, p. 95-96, chap. 6, n° 8 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 2-6, n° 3-4 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 2-5, n° 3-9 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 2-3, n° 3.

⁴⁸⁶ COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 8 ; SCHÄFER, Karl, *Strafprozeßrecht, op. cit.*, p. 94-95, chap. 6 n° 7 et 8.

⁴⁸⁷ COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 9.

⁴⁸⁸ De la formule allemande originale „Doppelziel“, v. BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, op. cit.*, p. 141 ; HASSEMER, Winfried, « Die "Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" - ein neuer Rechtsbegriff? », *StV*, n° 6, 1982, p. 277 ; SCHMIDT, Eberhard, *Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts*, vol. 1, 2^e édition, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1964, n° 21.

⁴⁸⁹ GASSIN, Raymond, « Considération sur le but de la procédure pénale », dans *Mélanges Pradel*, 2006, p. 110-112 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 2-3, n° 3 ; HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle, vol. 5, op. cit.*, p. 7, n° 5 : « ce but est la complète manifestation de la vérité judiciaire [et son] principe est la protection efficace de tous les droits, de tous les intérêts, des intérêts de la société et des intérêts de l'accusé, à l'aide des formes dont elle s'entoure et des garanties qu'elle présente » ; GARRAUD, René, *Traité d'instruction criminelle, vol. 1, op. cit.*, p. 5, n° 1, qui parle ici d'« un but unique, la recherche de la vérité par le droit et dans le droit » ; COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 8-9 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, Einl. (intro.), § 3, n°3, qui différencie néanmoins non 2 mais 3 objectifs (la recherche de la vérité matérielle ["materielle Richtigkeit"] sur la base d'une procédure respectueuse des règles de droit en vigueur ["Justizförmigkeit"] pour rétablir la paix sociale ["Rechtsfrieden"] ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 1, n° 1 et 5, reprenant au n° 1 les 3 objectifs nommés par Roxin mais précisant au n° 5 qu'il s'agit concernant du respect des règles de droit procédural en vigueur moins d'un but de la procédure pénale que d'un moyen ou de la voie à suivre ["Weg zum Ziel"] pour parvenir à ses fins.

⁴⁹⁰ En ce sens not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 2-3, n° 3 ; SCHÄFER, Karl, *Strafprozeßrecht, op. cit.*, p. 92-94 chap. 6, n° 2-6.

inéluclablement plus pressante.⁴⁹¹ Il est alors à l'évidence plus simple pour le législateur, sous prétexte d'efficacité, d'augmenter les prérogatives de puissance publique pour satisfaire la vindicte populaire en facilitant la recherche et la répression des auteurs d'infractions plutôt que de promouvoir le respect des garanties procédurales auxquels ces derniers peuvent prétendre.⁴⁹²

75. Force est de reconnaître que la forte probabilité d'être pris et sanctionné se révèle fortement dissuasive pour tous ceux qui seraient tentés par des actes délictueux et il est ici relativement simple pour l'État de renforcer quantitativement la répression.⁴⁹³ L'exemple de la délinquance routière est particulièrement illustratif à cet égard⁴⁹⁴ et de nombreuses études criminologiques montrent le rôle capital que joue le sentiment d'impunité ressenti en raison d'un faible taux d'interpellation sur le passage à l'acte et la récidive⁴⁹⁵. Les conditions sociales et familiales dans lesquelles vivent les individus seront certes encore plus décisives, mais elles sont particulièrement difficiles à cerner et donc à peine influençables par l'État qui préfère de ce fait mettre toute son énergie dans l'amplification de la répression.⁴⁹⁶ C'est la raison pour laquelle la volonté d'efficacité imprègne aujourd'hui tellement le droit pénal que certains auteurs n'hésitent ici pas à parler d'un objectif de politique criminelle et de fonctionnement du système de justice pénale à part entière.⁴⁹⁷

76. Mais, s'il est vrai que l'efficacité répressive peut avoir des vertus dissuasives, son exacerbation peut tout autant conduire à un état de désordre social, une forte impression

⁴⁹¹ V. du côté français not. TOUILLIER, Marc, « Quelle politique criminelle (droits de la défense/ procédures dérogatoires) ? », *Arch. po. crim.*, 37-2015, art. cit., p. 45-46 ; attestant de cette même tendance du côté allemand, e. a. ALBRECHT, Peter-Alexis, « Vom Unheil der Reformbemühungen im Strafverfahren », *StV*, n° 7, 2001, p. 417 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007, p. 260 et s. ; HUND, Horst, « Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat: Die sogenannten Vorfeldstrategien », *ZRP*, vol. 24, n° 12, 1991, p. 345 ; KNEISEL, Michael, « Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im neuen Polizeirecht — Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung? », *ZRP*, vol. 22, n° 9, 1989, p. 329.

⁴⁹² TOUILLIER, Marc, « Quelle politique criminelle (droits de la défense/ procédures dérogatoires) ? », *Arch. po. crim.*, 37-2015, art. cit., p. 46.

⁴⁹³ V. en ce sens not. JEAN, Jean-Paul, « De l'efficacité en droit pénal », dans *Mélanges Pradel*, 2006, op. cit., p. 136-137 ; GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites, Essai de théorie générale », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2012, p. 505-522, n° 9.

⁴⁹⁴ JEAN, Jean-Paul, « De l'efficacité en droit pénal », dans *Mélanges Pradel*, 2006, art. cit., p. 136.

⁴⁹⁵ BRUNET, Bernard, « Le traitement en temps réel : la Justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale », *Droit et Société*, vol. 38, n° 1, 1998, p. 96 et s. ; JEAN, Jean-Paul, « De l'efficacité en droit pénal », dans *Mélanges Pradel*, 2006, art. cit., p. 136-137 ; GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, art. cit., n° 9.

⁴⁹⁶ JEAN, Jean-Paul, « De l'efficacité en droit pénal », dans *Mélanges Pradel*, 2006, art. cit., p. 137.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 136. Dans un sens similaire égal. TOUILLIER, Marc, « Quelle politique criminelle (droits de la défense/ procédures dérogatoires) ? », *Arch. po. crim.*, 37-2015, art. cit., p. 46.

d'injustice, lorsqu'elle ne s'accompagne pas des garanties suffisantes en matière de droits et libertés individuelles, en témoigne par exemple la pratique très controversée des contrôles d'identité au faciès.⁴⁹⁸ La soi-disant efficacité, loin d'apporter la paix sociale recherchée contribuera bien plus à creuser les inégalités et attiser les tensions sociales, ce qui ne manquera pas de se traduire par un regain de criminalité dont les flambées de violence régulières dans les zones urbaines défavorisées, notamment françaises, sont la triste illustration.⁴⁹⁹

77. Il est donc capital pour le législateur de ne pas céder aux seules sirènes répressives mais bien plus d'organiser la collecte des preuves nécessaires à la manifestation de la vérité dans le respect des libertés et droits fondamentaux des personnes concernées afin que la réponse pénale puisse être socialement pleinement acceptée.⁵⁰⁰

Conclusion de la Section 1

78. En conclusion de cette section, on retiendra que les règles de procédure pénale relèvent d'un véritable exercice d'équilibriste pour parvenir à allier efficacité mais aussi respect des libertés individuelles sur le chemin conduisant à la vérité matérielle. Marc Touillier nous semble ici résumer de manière particulièrement pertinente cette difficulté : « *Si la recherche de la vérité apparaît comme le but ultime de la procédure pénale, les notions de légitimité et d'efficacité constituent des objectifs sous-jacents et concurrents qu'il appartient au législateur de concilier en permanence afin de répondre aux attentes de la société* ». ⁵⁰¹

⁴⁹⁸ V. sur ces dangers not. MAILLARD, Jacques (de) et ZAGRODZKI, Mathieu, « Styles de police et légitimité policière. La question des contrôles », *Droit et société*, n° 97, décembre 2017, p. 491 et s.

⁴⁹⁹ V. l'ens. des réf. préc. en n.498 .

⁵⁰⁰ TOUILLIER, Marc, « Quelle politique criminelle (droits de la défense/ procédures dérogatoires) ? », *Arch. po. crim.*, 37-2015, art. cit., p. 46 ; JEAN, Jean-Paul, « De l'efficacité en droit pénal », dans *Mélanges Pradel*, 2006, art. cit., p. 146.

⁵⁰¹ TOUILLIER, Marc, « Quelle politique criminelle (droits de la défense/ procédures dérogatoires) ? », *Arch. po. crim.*, 37-2015, art. cit., p. 45.

– SECTION 2 –

DES FONCTIONS CONFLICTUELLES DE L'AVANT-PROCÈS

79. À l'image des intérêts souvent antagonistes (intérêts publics/intérêts individuels) qu'elle met en scène, cette « bipolarité »⁵⁰² de la procédure pénale laisse place à des fonctions de l'avant-procès au fort potentiel conflictuel. Pour pouvoir mettre en œuvre son droit de punir, l'État doit au préalable faire le nécessaire pour déterminer les faits constituant une infraction et leurs auteurs, la vérité étant une condition indispensable à toute décision juridique juste et équitable.⁵⁰³ Il en résulte ici d'abord deux fonctions de l'avant-procès : celle d'enquêter, avant de pouvoir déclencher les poursuites sur la base des conclusions des investigations.⁵⁰⁴ Pour permettre l'élucidation des faits ainsi qu'assurer la pérennité des preuves jusqu'à la fin du procès en évitant qu'elles soient dégradées ou anéanties, les ordres procéduraux pénaux autorisent les organes chargés des investigations à recourir à une large gamme de mesures processuelles pénales attentatoires aux libertés individuelles des personnes concernées comme, entre autres, les perquisitions, les saisies et interceptions de biens, les écoutes téléphoniques ou encore la redoutable détention provisoire.⁵⁰⁵ Vu l'importance de ces moyens dans le processus de découverte de la vérité, il n'est pas surprenant de voir que la Cour fédérale constitutionnelle allemande⁵⁰⁶ de même que le Conseil constitutionnel français⁵⁰⁷ accordent à l'efficacité de la procédure un statut

⁵⁰² COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 9.

⁵⁰³ NEUMANN, Ulfrid, « Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren », *ZStW*, vol. 101, n° 1, 1989, p. 52 ; BRAUSE, Hans Peter, « Faires Verfahren und Effektivität im Strafprozeß », *NJW*, 1992, *art. cit.*, p. 2865 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 140 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 5-6, n° 4.

⁵⁰⁴ Ce sont par exemple ces deux fonctions, auxquelles vient s'ajouter la fonction juridictionnelle dont parle Serges Guinchard dans plusieurs de ses écrits sur le juge d'instruction (v. p. ex. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op.cit.*, p. 97 et s., n° 104 et s. GUINCHARD, Serge, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », dans B. TEYSSIÉ (éd.), *CP et CIC : livre du bicentenaire*, 2010, p. 276-278). Sans partager pour autant les thèses de cet auteur s'agissant du juge d'instruction, ces 3 fonctions seront ici reprises pour caractériser l'avant-procès.

⁵⁰⁵ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « § 152 Absatz II StPO: Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, n° 31, 1998, p. 2242 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 23-24 ; COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 9.

⁵⁰⁶ BVerfG, déc. du 14.09.1989 - 2 BvR 1062/87 (*BVerfGE* 80, 367), reproduite dans *NJW*, 1990, p. 563-566, *ici*, spéc. p. 564 ; v. aussi JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, *art. cit.*, p. 18 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 3, n° 5.

⁵⁰⁷ V. du côté français p. ex. CC, déc. n° 2004-492 DC du 02.03.2004, publiée au *JO* du 15.03.2004, p. 4637, not. n° 4 et 6 ; CC, déc. n° 20111-625 DC du 10.03.2011, publiée au *JO*, 15.03.2011, p. 4630 ou dernièrement CC, déc. n° 2014-420/421 QPC du 9.10.2014, publiée au *JO*, 12.10.2014, p. 16578. Sur ce principe, se rapporter égal. e. a.

constitutionnel. C'est alors qu'intervient la 3^e fonction inhérente à l'avant-procès pour parer aux risques que fait courir l'existence de larges prérogatives de puissance publique du côté des autorités de poursuite concernant les libertés individuelles et permettre de créer des conditions justes et équitables indispensables à l'objectif supérieur de rétablissement de la paix sociale de la procédure pénale : la garantie des droits et libertés fondamentaux des individus concernés par la procédure pénale souvent appelée fonction juridictionnelle.⁵⁰⁸

80. Une délimitation claire et distincte de ces fonctions semble à première vue vaine en raison d'une très étroite interdépendance.⁵⁰⁹ Ainsi la poursuite suppose-t-elle nécessairement une connaissance approfondie du dossier de la procédure constitué au cours des investigations menées qui elles mêmes n'ont d'autre but que de permettre une décision raisonnée de poursuite.⁵¹⁰ Il sera de même beaucoup plus aisé à la personne chargée des investigations de décider en connaissance de cause du bien fondé d'un acte coercitif.⁵¹¹ À l'inverse les mesures de contraintes adoptées sont susceptibles de porter atteinte plus ou moins gravement aux libertés individuelles. Mais c'est aussi bien là tout le danger de confondre ces diverses fonctions en les accordant à un seul et unique acteur : la réunion de ces trois aspects sur un même protagoniste ne manquera pas de placer ce dernier dans une situation inconfortable lorsque l'une des missions ne sera réalisable qu'au détriment d'une autre.⁵¹² La tentation est alors grande de minimiser l'importance, par exemple, de la protection des droits, lorsqu'elle empêche une avancée rapide dans la recherche de la vérité, au profit de la fonction d'enquête, ce qui pourrait mener dans les faits à un déni des libertés individuelles.⁵¹³ Ainsi, la qualité de partie des autorités de poursuite, du moins en procédure

à DREYER, Emmanuel et MOUYSSET, Olivier, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 17, n° 3 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 95 et s., n° 61 et s.

⁵⁰⁸ V. ici les réf. et précisions en n. 504.

⁵⁰⁹ V. concernant l'interdépendance de la fonction d'enquête et de poursuite p. ex. GUINCHARD, Serge, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », dans B. TEYSSIÉ (éd.), *CP et CIC : livre du bicentenaire*, *art. cit.*, p. 277. Quant à l'interdépendance de la fonction juridictionnelle et d'enquête, v. not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 45, n° 16.

⁵¹⁰ GUINCHARD, Serge, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », dans B. TEYSSIÉ (éd.), *CP et CIC : livre du bicentenaire*, *art. cit.*, p. 277.

⁵¹¹ GLEB, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et al. (éd.), *Opinio doctorum*, *art. cit.*, p. 211-212 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, Paris, Cujas, **18^e éd., 2015**, p. 37, n° 12.

⁵¹² V. p. ex. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 197-198, n° 292 ; DREYER, Emmanuel et MOUYSSET, Olivier, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 32, n° 17.

⁵¹³ En ce sens égal. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 197-198, n° 292 ; DREYER, Emmanuel et MOUYSSET, Olivier, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 32, n° 17.

pénale française, les Allemands refusant ici majoritairement la qualification de partie au procureur,⁵¹⁴ est-elle par exemple susceptible de mettre à mal le devoir d'impartialité lors des investigations si un seul et unique organe était chargé de ces deux premières fonctions.⁵¹⁵ Mais la plus grande tension résulte ici assurément de la fonction juridictionnelle avec les deux autres, la poursuite et les investigations poursuivant ici un intérêt social qui entrera – si non systématiquement, du moins en pratique – régulièrement en collision avec celui de l'individu concerné.⁵¹⁶

81. La garantie des libertés individuelles impose à l'État de veiller à ce que chaque personne soit considérée dans toute son humanité et sa dignité au cours des investigations pour prévenir toute violation injustifiée de ses droits et libertés.⁵¹⁷ Car si la vie en société implique qu'un individu renonce tacitement à faire lui-même justice en reconnaissant la légitimité de l'action de l'État, ce renoncement ne peut valoir que si l'État lui-même est en mesure de garantir une justice équitable, obéissant aux principes fondamentaux du droit.⁵¹⁸ La justice matérielle et la paix sociale ne peuvent donc être rendues s'il est infligé à l'inculpé un préjudice qu'un procès équitable, respectueux des droits fondamentaux ne saurait justifier.⁵¹⁹ On remarquera que les intérêts de la personne concernée conduiront le plus souvent à empêcher l'éclaircissement des faits, les moyens de coercition des autorités

⁵¹⁴ V. not. HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, op. cit., p. 39 et s. ; SCHMIDT, Eberhard, « Rechtsstellung der Staatsanwälte », *MDR*, 1951, art. cit., p. 7 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 3, § 17, n° 5.

⁵¹⁵ Ce problème est soulevé aux origines du CIC en France et est la raison de la consécration du principe de séparation de la poursuite et de l'instruction : « Par son institution le ministère public est partie; à ce titre il lui appartient de poursuivre, mais par cela même il serait contre la justice de le laisser faire des actes d'instruction (2). » — « Le procureur impérial serait un petit tyran qui ferait trembler la cité... Tous les citoyens trembleraient s'ils voyaient dans le même homme le pouvoir de les accuser et celui de recueillir ce qui peut justifier son accusation (3). » LOCRÉ, repris par ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, op.cit., p. 530 ; v. aussi les dév. de HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 5, op. cit., p. 536 et s., n° 548 et s. ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 204-205, n° 303-304, qui précise néanmoins avec raison qu'il ne s'agit en l'espèce pas pour autant d'un principe de droit supérieur.

⁵¹⁶ En ce sens, v. not. HASSEMER, Winfried, « Die "Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" », *StV*, 1982, art. cit., p. 277 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 2-5, n° 3.

⁵¹⁷ V. p. ex. BVerfG, déc. du 12.01.1983 - 2 BvR 864/81, reproduite dans *NStZ*, 1983, p. 273-276, spéc. 273 ; dans le même sens également BVerfG, déc. du 19. 10. 1977 - 2 BvR 462/77, reproduite dans *NJW* 1978, p. 151-152 (*BVerfGE* 46, 202, 210) ; v. égal. BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 141.

⁵¹⁸ COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 8-9 ; BRAUSE, Hans Peter, « Faire Verfahren und Effektivität im Strafprozeß », *NJW*, 1992, art. cit., p. 2865 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 140-141.

⁵¹⁹ WEILER, Edgar, « Irreparable Verletzung des Rechts des Beschuldigten auf ein faires rechtsstaatliches Strafverfahren als Verfahrenshindernis », *GA*, 1994, p. 583 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 141.

publiques étant en pratique limités par les exigences de l'état de droit.⁵²⁰ Les conditions pour un jugement équitable – la recherche de la vérité et la protection des libertés individuelles des personnes concernées – placent donc les autorités de poursuite face à un vrai dilemme : *privilégier la recherche de la vérité ou les libertés de la personne contre laquelle sont dirigées des mesures d'enquête ?*, alors même que chaque mesure coercitive décidée est inéluctablement accompagnée d'une atteinte aux droits individuels destinataires de l'acte.

Conclusion de la Section 2

82. Pour pouvoir remplir les objectifs de la procédure pénale, trois fonctions sont essentielles au stade de l'avant-procès : celle d'investigation pour rechercher la vérité, celle de poursuite pour déclencher la réponse pénale qui pourra rétablir la paix sociale et celle juridictionnelle qui assurera que les deux premières missions s'effectuent dans le respect des droits et libertés fondamentaux des personnes concernées. Or, si ces différentes missions se recoupent en certains points, le danger qu'elles s'entravent les unes les autres est latent, raison pour laquelle il serait dangereux de réunir l'ensemble de ces tâches dans les mains d'un seul acteur.

⁵²⁰ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 3, n° 5 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 141.

– CONCLUSION DU CHAPITRE I –

83. Ainsi du caractère bipolaire de la procédure pénale ressortent des fonctions au fort potentiel conflictuel laissant d'ores et déjà craindre que le curseur soit placé délibérément à l'avantage de l'efficacité, plus satisfaisante pour la vindicte populaire, au détriment des intérêts individuels de la personne poursuivie, perçus régulièrement comme entrave à la découverte de la vérité.

84. C'est pour contrer cette tendance naturelle que l'Allemagne et la France, liées par des engagements européens et internationaux communs, ont évolué vers des systèmes toujours plus soucieux des principes directeurs de la procédure pénale européens et internationaux à l'origine de garanties procédurales légales importantes pour protéger les droits et libertés fondamentaux des personnes concernées par la procédure pénale, garanties qui restent toutefois sous-développées au stade de l'avant-procès.⁵²¹

⁵²¹ V. p. ex. concernant « l'eupéanisation » de nos procédures le rapport de conférence JUNG, Heike et al., « Einheit und Vielfalt : Zur Entwicklung des Strafverfahrensrecht in Europa, ein Tagungsbericht », *GA*, 2003, p. 383-394 ; NELLES, Ursula, « Europäisierung des Strafverfahrens - Strafprozeßrecht für Europa? », *ZStW*, vol. 109, n° 4, 1997, p. 727-755 ; du côté français e. a. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 62 et s. n° 125 et s. ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 151 n° 230.

– CHAPITRE II –

L'INÉVITABLE ATTEINTE AUX DROITS ET LIBERTÉS INDIVIDUELS DE LA PERSONNE LORS DES INVESTIGATIONS ET LES GARANTIES PROCÉDURALES PÉNALES PRÉVUES À CET EFFET

85. Les mesures d'investigation prises au cours de l'avant-procès interfèrent directement avec les droits et libertés fondamentaux de l'être humain, tels la liberté d'aller et de venir, la sphère privée de la personne, sa liberté de disposer de ses propres biens, etc. Les conséquences pour l'individu visé peuvent être gravement préjudiciables, de même qu'irrémediables alors qu'aucun jugement n'établit à ce stade précoce de responsabilité délictuelle (Section 1). C'est pourquoi, soumises aux influences internationales et en particulier européennes toujours plus importantes, l'Allemagne et la France ont développé ici un socle solide unitaires sans être entièrement identique,⁵²² de droits procéduraux pénaux spécifiques reconnus, notamment à la défense, afin d'assurer la protection des libertés individuelles de celle-ci qui restent néanmoins encore faibles au stade de la mise en état de l'affaire (Section 2).

– SECTION 1 –

DES MESURES D'INVESTIGATION ATTENTATOIRES AUX DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX DE L'ÊTRE HUMAIN

86. En pratique, la tension qui s'établit entre l'intérêt public et l'intérêt de l'individu concerné par des mesures d'investigation, est assurément très forte et peut être vécue comme un défi impossible si la recherche de la vérité et de ses éléments de preuve conduit inéluctablement à empiéter sur la vie privée et l'intimité d'autrui, à découvrir dans des lieux cachés et à poursuivre ce que les personnes concernées souhaiteraient dissimuler.⁵²³ L'efficacité dans la poursuite de l'infraction pousse en effet les autorités publiques à user de moyens de coercition sur autrui, à l'empêcher d'aller et de venir, à lui soustraire son courrier, à écouter ses communications téléphoniques ou à pénétrer de force dans son domicile : autant d'atteintes aux droits fondamentaux de la personne, qui d'ordinaire ne sauraient être

⁵²² V. en partic. JUNG, Heike et al., « Einheit und Vielfalt », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 383-393, qui parlent ici d'unité mais aussi de diversité pour caractériser les différents modèles européens de procédure pénale.

⁵²³ COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 9.

permises et qui, pourtant, se voient ici légitimées par l'ordre ou la permission de la loi elle-même.⁵²⁴ Ainsi en est-il de la garde à vue et de la détention provisoire qui restreignent la liberté de l'individu, des saisies de correspondances, des écoutes téléphoniques qui violent l'intimité de la personne ou des perquisitions, atteintes directes à la propriété, auxquelles l'État ne saurait renoncer sous prétexte d'une protection absolue des libertés individuelles.⁵²⁵ Les erreurs judiciaires commises permettent à cet égard de prendre toute la mesure des effets dévastateurs et destructeurs que peuvent générer de tels actes. Des affaires comme celle d'Outreau en France⁵²⁶ ou son pendant allemand, l'affaire Worms,⁵²⁷ en sont une triste illustration : des familles brisées, des personnes anéanties, des conséquences irréversibles se perpétuant dans la vie future et une perte de confiance totale en la justice, tel fut malheureusement le quotidien des nombreuses personnes accusées à tort de viols sur mineurs lors de ces deux affaires. Dans la première, dix-sept personnes furent renvoyées devant la Cour d'assises pour chef de viols en réunion sur mineurs de quinze ans. Treize d'entre elles furent acquittées, sept par arrêt de la Cour d'Assises du Pas de Calais du 2 juillet 2004 et six autres, en appel, par arrêt de la Cour d'Assises de Paris du 1^{er} décembre 2005. Le scandale vint ici de l'ampleur du démenti ainsi infligé au juge d'instruction, de la gravité de l'atteinte portée à la liberté, à l'honneur et à la considération des personnes innocentées (dont deux se sont suicidées), mais surtout, du fait qu'à l'exception de l'une d'entre elles, toutes avaient subi une détention provisoire, parfois particulièrement longue : de plus de trois ans pour deux d'entre elles, de plus de deux ans pour six d'entre elles et de plus d'un an pour deux autres.

⁵²⁴ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2242 ; COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 9.

⁵²⁵ V. l'ens. des réf. préc. en n. 524.

⁵²⁶ V. pour un court exposé DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 13, n° 20 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 65-70, n° 70. Pour une analyse détaillée se rapporter not. à HOUILLOIN, Philippe, « Juger après Outreau », n° 3125, 2006, *rap. préc.*

⁵²⁷ V. à ce propos le film documentaire édifiant de PINZLER, Jutta et HOHENGARTEN Dorothea: *Verdacht Kindesmissbrauch: Der Justizskandal von Worms*, NDR 2008, en ligne : <http://www.youtube.com/watch?v=TookPRu19sw>, consulté dernièrement le 26.10.2014, et les art. suiv. de journaux : FRIEDRICHSEN, Gisela, « Keine Wurzeln, keine Identität », *Der Spiegel*, 2011, en ligne : <<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-81562338.html>>, consulté dernièrement le 11.09.2014 ; de la même auteure, „Viel geglaubt, wenig gewußt“ », *Der Spiegel*, 1997, en ligne : <<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-8653825.html>>, consulté dernièrement le 18.05.2017 ; de la même auteure, « Grenzen des Vorstellbaren », *Der Spiegel*, 1995, en ligne : <<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-9157898.html>>, consulté dernièrement le 18.05.2017 ; GOETSCH, Monika, « Die stille Wut », *Deutsches Allgemeines Sonntagsblatt*, 1997, en ligne : <<http://web.archive.org/web/20010118182700/www.sonntagsblatt.de/1997/34/34-s2.htm>>, consulté dernièrement le 18.05.2017, qui permettent de prendre toute la mesure des préjudices subis par les victimes de cette terrible erreur judiciaire.

Étrangement similaire et tout autant retentissante fut l'affaire « *Worms* », dans laquelle trois procès très médiatisés aboutirent en 1997 à la relaxe de vingt-cinq personnes soupçonnées d'avoir violé seize mineurs, la détention provisoire de certaines d'entre elles ayant duré deux ans.

87. Mais le constat de l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux ne se limite pas aux erreurs judiciaires. Ainsi la simple ouverture d'une enquête à la suite d'éléments factuels justifiant la suspicion d'une infraction conduira-t-elle régulièrement à une atteinte aux libertés individuelles des personnes concernées par les investigations.⁵²⁸ Lors de prélèvements corporels (v. p. ex. § 81a StPO ou art. 706-47-2 CPP), c'est l'intégrité physique de la personne qui est touchée.⁵²⁹ Le droit à l'autodétermination et à la vie privée⁵³⁰ sera quant à lui concerné par toutes les données personnelles recueillies dans le cadre de l'enquête.⁵³¹ Une perquisition (v. p. ex. §§ 102, 103 StPO ou art. 56 et s., 76, 92 et s. CPP) porte atteinte au droit à l'inviolabilité de son domicile⁵³² de même qu'à la vie privée de la personne etc.⁵³³ En outre, certains postes (notamment dans la fonction publique) sont liés à la condition que le candidat y prétendant n'ait pas fait – ou ne fasse pas – l'objet d'une procédure pénale.⁵³⁴ Si le refus d'embauche pouvant en résulter correspond ici à une décision discrétionnaire légitime de

⁵²⁸ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2242 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1468, n° 2220 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 491, n° 582.

⁵²⁹ En Allemagne protégée par l'art. 2 al. 2 GG, v. EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2242 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1468 et 430-431, n° 220 et 580. V. à ce propos p. ex. Com. EDH, déc. du 04.12.1978, n° 8239/78, X. c. Pays-Bas ou encore CEDH, déc. du 05.01.2006, n° 32352/02, Schmidt c. Allemagne.

⁵³⁰ En Allemagne protégé à l'art. 2 al. 1 en relation avec l'art. 1, al. 1 GG.

⁵³¹ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2242 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 432 et 1473, n° 582 et 2226. V. aussi p. ex. CEDH, déc. du 4.12.2008, n° 30562/04 et 30566/04, Marper c. Royaume-Uni, spéc. al. n° 59 et s.

⁵³² En Allemagne protégée par l'art. 13 GG.

⁵³³ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2242 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 433 et 1547, n° 583 et 2325. V. à ce sujet not. CEDH, déc. du 15.07.2003, n° 33400/96, Ernst c. Belgique, ici spéc. al. 106 et s. ; CEDH, déc. du 25.02.1993, Funke et Crémieux c. France, n° 10588/83, ici spéc. al. 47 et s. ; CEDH, déc. du 28.04.2005, n° 41604/98, Buck c. Allemagne, ici spéc. n° 28 et s.

⁵³⁴ V. ici not. EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2242.

l'administration concernée,⁵³⁵ il n'en constitue pas moins une atteinte indirecte à la liberté de profession.⁵³⁶

88. Par ailleurs, le suspect est quoiqu'il en soit déjà sanctionné officieusement dès lors qu'il fait l'objet de soupçons substantiels par les autorités de poursuite puisque « *sous les mots du droit (témoin suspect, mis en examen...) la réaction passionnelle de toute société vaut accusation* ». ⁵³⁷ En effet, la personne soupçonnée sera impactée dans son environnement social par exemple par le biais de convocations de témoins, dès lors que celles-ci préciseront le nom du prévenu.⁵³⁸ La couverture médiatique peut également se révéler très stigmatisante quand le prévenu y est nommément cité ou que son identité est facilement reconnaissable pour l'entourage du suspect.⁵³⁹ Il peut alors en résulter également une violation dans les faits du droit général à la personnalité.⁵⁴⁰

Conclusion de la Section 1

89. On le voit, les mesures d'investigation adoptées envers la personne suspectée, très intrusives par nature, sont donc susceptibles de porter gravement atteinte aux libertés individuelles de cette dernière. Sa sphère privée, son environnement social se verront fortement impactés et les préjudices causés au stade embryonnaire de l'avant-procès seront d'autant plus importants qu'ils ne sont pas corroborés par la certitude de la culpabilité du destinataire. Ainsi le mis en cause pourra-t-il subir des conséquences gravement préjudiciables et même parfois irrémédiables quand bien même il serait par la suite déclaré innocent.

⁵³⁵ SCHEERBARTH, Hans Walter et al., *Beamtenrecht*, 6^e édition, Siegburg, Reckinger, 1992, § 12, III, c.

⁵³⁶ En Allemagne protégée par l'art. Art. 12 GG – ou, s'agissant de la fonction publique, spéc. par l'art. 33 al. 2 GG, EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2242.

⁵³⁷ PRADEL, Jean, *Procédure pénale**, 18^e éd. (2015), *op. cit.*, p. 337, n° 385 ; GARAPON, Antoine et SALAS, Denis, *Les nouvelles sorcières de Salem*, *op. cit.*, p. 21, concernant les affaires très médiatiques, les auteurs précisent ici « *Quand la violence du sacré est là, quand elle s'empare d'une société [...] elle ne réclame qu'une chose : l'unanimité de tous contre un seul* » ; v. en ce sens du côté allemand not. EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2242 ; RIEß, Peter, « Gerichtliche Kontrolle des Ermittlungsverfahrens », dans E. SCHLÜCHTER (éd.), *Kriminalistik und Strafrecht*, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1995, p. 509.

⁵³⁸ Ce qui correspond au cas normal en Allemagne, v. § 69 al. 1 StPO et n° 64 al. 1 RiStBV (directives pour les procédures pénale et contraventionnelle).

⁵³⁹ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2242 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 336 et s., n° 410 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale**, 18^e éd. (2015), *op. cit.*, p. 338, n° 388.

⁵⁴⁰ Protégé en Allemagne à l'art. 2 al. 1 GG en relation avec l'art 1, al. 1 GG. EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2242.

90. Cela met d'ailleurs en évidence que la vie privée, les libertés fondamentales « extérieures au procès » ne sont ici pas les seuls droits concernés par les mesures d'investigation. Ces actes se caractérisent bien plus souvent par un « double fardeau »⁵⁴¹ pour la personne visée puisque cette dernière risque, au-delà de la violation directe de ses libertés individuelles, que les preuves récoltées à l'issue de ces mesures coercitives soient ensuite utilisées à sa charge dans le procès et touchent par là les droits et libertés procéduraux spécifiques de la défense.⁵⁴² Face à l'ampleur des préjudices susceptibles de résulter de l'activité des autorités de poursuite, les États tant allemand que français se sont vus dans l'obligation d'ériger des garanties procédurales pénales spécifiques pour les justiciables en s'orientant au modèle commun européen et en partie international de procès équitable.

⁵⁴¹ De la formule originale „Doppelbelastung“, v. OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Die gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" - BVerfG, NJW 2001, 1121 », *JuS*, n° 11, 2001, p. 1065 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁴² OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, *art. cit.*, p. 1065 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 120 ; AMELUNG, Knut, « Entwicklung, gegenwärtiger Stand und zukunftsweisende Tendenzen der Rechtsprechung zum Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe », dans C. ROXIN (éd.), *Strafrecht, Strafprozeßrecht*, vol. 4, Bonn, Verl. des wissenschaftl. Instituts der Steuerberater, 2000, p. 930 ; en ce sens égal. GEISLER, Werner, « Stellung und Funktion der StA », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1119 et s. ; HILGER, Hans, « Über den „Richtervorbehalt“ im EV », dans *GS-Karlheinz Meyer*, 1990, *art. cit.*, p. 224.

– SECTION 2 –

L'AVANT-PROCÈS, UNE PHASE STRICTEMENT ENCADRÉE PAR LES EXIGENCES EUROPÉENNES DU PROCÈS ÉQUITABLE

91. Avec l'émergence d'un modèle européen très influent et en partie universel du procès équitable, les systèmes procéduraux germanique et français se rejoignent sur les principes directeurs et garanties procédurales des libertés fondamentales en vigueur tout en gardant certaines « *disparités* ». ⁵⁴³ Et c'est ce socle commun qu'il convient maintenant d'évoquer.

92. Le principe du procès équitable peut-être ici considéré comme le point départ duquel découlera l'ensemble des garanties particulières de l'individu. ⁵⁴⁴ Pour reprendre les termes de Cour fédérale Constitutionnelle allemande : le droit à un procès équitable garantit « *au prévenu, qui dans l'État de droit de la Loi Fondamentale [allemande, abrégée GG] ne saurait être dégradé au statut de simple objet de la procédure, l'existence nécessaire de prérogatives juridiques procédurales actives afin qu'il puisse influencer sur le cours et le résultat de la procédure pénale pour préserver et faire valoir ses droits* ». ⁵⁴⁵ Si ce principe trouve sa plus forte application au cours du procès principal, il lie également les autorités de poursuite au stade de l'enquête et protège ainsi le prévenu comme les autres participants à la procédure, en rééquilibrant les forces en présence pour rechercher une « *certaine* » égalité des armes procédurales. ⁵⁴⁶ La garantie du procès équitable est somme toute un principe régulateur au

⁵⁴³ Sont ici reprises les constatations générales établies pour les divers modèles procéduraux européens à l'issue du colloque « Unité et diversité », v. JUNG, Heike et al., « Einheit und Vielfalt », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 383-394.

⁵⁴⁴ Dans ce sens not. du côté allemand: ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *Systematischer Kommentar (abrégé SK) zur Strafprozessordnung*, 2016, p. 1392, n° 103 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 29, qui sans le dire explicitement part ici du principe d'équité avant de le diviser en plusieurs sous-garanties. Du côté français v. p. ex. PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 70-71, n° 43 ; du même auteur, *Droit pénal européen*, Paris, Dalloz, 2009, n° 371.

⁵⁴⁵ De l'allemand „[Der Anspruch auf ein faires Verfahren sichert] dem Beschuldigten, der im Rechtsstaat des Grundgesetzes nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein darf, den erforderlichen Bestand an aktiven verfahrensrechtlichen Befugnissen, damit er zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Strafverfahrens Einfluss nehmen kann“, v. BVerfG, déc. du 12.01.1983 - 2 BvR 864/81, reproduite dans *NStZ*, 1983, p. 273-276, spéc. 273 ; dans le même sens égal. BVerfG, déc. du 19.10.1977 - 2 BvR 462/77, reproduite dans *NJW*, 1978, p. 151-152 (*BVerfGE* 46, 202, 210).

⁵⁴⁶ BVerfG, déc. du 08.10.1974 - 2 BvR 747/73, reproduite dans *NJW*, 1975, p. 103-105 ; KÜHNE, Hans-Heiner, « Einl. Abschn. I », dans LÖWE/ROSENBERG, *Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar (abrégé LR²⁶)*, 2006, p. 305, n° 117 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, p. 50, § 9, n° 29 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1392, n° 103 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 2, § 11, n° 7, qui souligne qu'il ne s'agit pas ici d'une égalité des armes *stricto sensu*. Celle-ci ne serait pas en accord avec le système allemand qui, e. a., ne considère pas le ministère public

sens juridique du terme qui tend à l'optimisation maximale des valeurs constitutionnelles.⁵⁴⁷ Dans son contenu, ce droit se décompose en diverses sous-garanties procédurales spéciales.⁵⁴⁸ Il convient donc de revenir plus en détail sur chacune des concrétisations de cette règle générale d'équité en faisant notamment ressortir son champ d'application au cours de l'avant-procès. Sera d'abord examinée la présomption d'innocence, composante cruciale du principe d'équité⁵⁴⁹ (§ 1) pour en arriver ensuite aux principes de dignité de la personne, de loyauté et de proportionnalité (§ 2) avant de revenir sur les différents aspects de la règle d'équité (§ 3).

§ 1. La présomption d'innocence

93. La procédure pénale est tout d'abord marquée de manière décisive par la présomption d'innocence, ancrée aux art. 6.2 CESDH et 14 al. 2 du pacte relatif aux droits civils et politiques, selon laquelle « *toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ». ⁵⁵⁰ Elle apparaît en France dans de nombreux textes, dont la DDHC (art. 9) par exemple, et fut finalement introduite dans l'art. préliminaire du Code de procédure pénale en 2000.⁵⁵¹ Le Conseil Constitutionnel lui a reconnu valeur constitutionnelle.⁵⁵² En Allemagne, cette règle n'est certes pas reprise explicitement par les textes de loi, mais sa valeur constitutionnelle est reconnue unanimement ; elle est perçue comme une modalité du principe de l'État de droit et trouve son fondement constitutionnel

comme une « *partie au procès* » à proprement parler. Roxin préfère ainsi parler d'une « *balance procédurale* ». V. du côté français not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 70-71, n° 43.

⁵⁴⁷ STEINER, Dirk, *Das Fairnessprinzip im Strafprozeß*, Frankfurt am Main [e.a.], Peter Lang, 1995, p. 140 et s. ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 2, § 11, n° 5.

⁵⁴⁸ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1392, n° 103 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 70-71, n° 43.

⁵⁴⁹ V. p. ex. BGH, déc. du 29.04.2009 - 1 StR 701/08 (*BGHSt*, 53, 305), reproduite dans *NJW*, 2009, p. 2463-2468, ici spéc. p. 2466, n° 36 ; v. sur l'interdépendance de la présomption d'innocence et du principe d'équité au niveau français not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 442-443, n° 487 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 89, n° 55.

⁵⁵⁰ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1369, n° 74 ; pour une étude comparée et détaillée sur le plan historique, se rapporter not. à l'ouvrage de STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, Berlin [e.a.], de Gruyter, 1998.

⁵⁵¹ Art. prélim. III, al. 1 CPP ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 88-89, n° 55 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 442, n° 485.

⁵⁵² CC, déc. du 19-20.01.1981, n° 80 D.C., ici spéc. al. n° 37 (où cependant l'art. 9 D.D.H.C. n'est pas visé) ; CC, déc. du 08.07.1989, n° 89-258 D.C., ici spéc. al. n° 10 ; CC, déc. du 02.02.1995, n° 95-360 D.C., ici spéc. al. n° 5, v. à ce propos not. RENOUX, Thierry Serge, « Constitutionnalité de la loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile pénale et administrative, et extension implicite de la compétence des juges uniques », *Rec. Dal.*, n° 16, 1997, p. 130.

dans les art. 2 al. 1 et 20 al. 3 (parfois combinés avec l'art. 1, al. 1) de la Loi Fondamentale allemande.⁵⁵³

94. Les conséquences juridiques et la portée exacte de ce principe sont – exception faite, à supposer qu'elle fasse partie de la présomption d'innocence, ce que certains auteurs allemands dénie avec des arguments convaincants,⁵⁵⁴ de la règle *in dubio pro reo*,⁵⁵⁵ dont les modalités d'application font consensus – loin d'être univoques ; et nombreuses sont les interprétations et conceptions sur la question. Ainsi n'existe-t-il pas réellement d'instructions fermes et précises dans le sens d'interdictions ou d'obligations particulières qui résulteraient du principe.⁵⁵⁶ Une chose est sûre, la présomption d'innocence est une condition nécessaire de la sincérité et de l'ouverture du processus décisionnel et vaut en principe jusqu'à l'achèvement de la procédure pénale.⁵⁵⁷

95. Si le destinataire de cette règle est en première ligne le législateur,⁵⁵⁸ elle lie pour une part importante également le juge pénal, tenu d'orienter la pratique de sa profession à celle-

⁵⁵³ V. e. a. BVerfG, déc. du 14.01.2004 - 2 BvR 564/95 (*BVerfGE* 110, 1, spéc. 22 et s.), reproduite dans *NJW*, 2004, p. 2073-2079, ici p. 2076; BVerfG, déc. du 29.05.1990 - 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88 (*BVerfGE* 82, 106, spéc. 114), reproduite dans *NJW*, 1990, p. 2741- 2744, ici spéc. p. 2741 ; BVerfG, déc. du 26.03.1987 - 2 BvR 589/79 e. a. (*BVerfGE* 74, 358, spéc. 370 et s.), reproduite dans *NJW*, 1987, p. 2427-2429, ici spéc. p. 2427-2428. V. pour une vue d'ensemble sur la question not. STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, op. cit., p. 48 et s.

⁵⁵⁴ En ce sens et exposant égal. les diverses opinions de la doct. allemande à ce sujet avec de nombreuses réf. not. *ibid.*, p. 98-100.

⁵⁵⁵ SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 271 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 1370, n° 74 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 620 et s. n° 955 et s. ; STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, op. cit., p. 98 et s.

⁵⁵⁶ STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, op. cit., p. 578 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft nach dem niedersächsischen Justizvollzugsgesetz*, Göttingen, Univ.-Verl. Göttingen, 2010, p. 116.

⁵⁵⁷ V. du côté allemand not. BVerfG *NJW*, p. 1990, ici spéc. p. 2741 (v. réf. exactes en n. 555) ; BVerfG *NJW*, 1987, ici spéc. p. 2427-2428 (v. réf. exactes en n. 555) ; du côté français, CC, déc. du 20.01.1981, n° 80-127 DC, Loi sécurité et liberté, publiée au *JO* du 22.01.1981, p. 308 ; au niveau européen, v. p. ex. CEDH, déc. du 25.03.1983, n° 8660/79, Minelli c. Suisse, spéc. n° 30 : « Aux yeux de la Cour, l'article 6 § 2 (art. 6-2) régit l'ensemble de la procédure pénale, indépendamment de l'issue des poursuites, et non le seul examen du bien-fondé de l'accusation » de même que CEDH, « Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, droit à un procès équitable (volet pénal) », 31 décembre 2018, p. 56 et s., n° 295 et s., ici spéc. n° 296 et 297, en ligne : <https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_fra.pdf>, consulté dernièrement le 26.04.2019. Dans la doct. à ce propos e.a. WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 116 ; KÜHL, Kristian, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, Koeln, Heymann, 1983, p. 11 ; STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, op. cit., p. 61 concernant le système allemand, s'agissant de la procédure française, se rapporter à la p. 172 ; MERLE, Roger et VITU, André, *Traité de droit criminel, Tome 2*, op. cit., p. 185, n° 145 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 88-89, n° 55.

⁵⁵⁸ MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans HANS-HEINRICH JESCHECK (éd.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, Berlin, de Gruyter, 1989 (abrégé *FS-Tröndle*, 1989), p. 64 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 1370, n° 75 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques,

ci, de même que tout autre autorité publique – dont en particulier les autorités de poursuite.⁵⁵⁹ À titre d'exemple, des hauts-représentants de la police ne sauraient désigner un gardé-à-vu comme l'auteur du crime, sans violer la présomption d'innocence.⁵⁶⁰ Par ailleurs, il ressort de ce principe non seulement un droit objectif mais aussi un droit subjectif dont le mis en cause pourra se prévaloir.⁵⁶¹ Et, si en Allemagne cette règle ne s'applique pas directement aux personnes privées il ne fait aucun doute qu'incombe aux médias, une obligation de retenue pour préserver les droits individuels et la présomption d'innocence du prévenu.⁵⁶² L'État doit lui-même veiller au respect de cette maxime en adoptant si besoin, les mesures positives nécessaires.⁵⁶³

96. Le système français va ici plus loin et la loi reconnaît explicitement un véritable droit de la personnalité protégé en tant que tel, indépendamment de toute incidence procédurale ce que met particulièrement en avant l'article préliminaire du Code de procédure pénale en indiquant que «*toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi* ». ⁵⁶⁴ Il doit donc à ce titre être respecté « *par toutes les autorités de l'État et par ceux qui peuvent y porter atteinte, y compris*

Procédure pénale, op. cit., p. 310, n° 381. V. p. ex. CC, déc. n° 89-258 DC du 08.07.1989, Loi portant amnistie, spéc. considérant n° 11.

⁵⁵⁹ JAKOBS, Sebastian et LOHSE, Kai, « Art. 6 EMRK », dans R. HANNICH (éd.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung* (abrégé KK), 8^e édition, München, Beck, 2019, n° 71 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1370, n° 75 ; MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 71, à noter néanmoins que ce dernier ne reconnaît pas l'application de la présomption d'innocence au-delà du droit pénal et exclut donc que celle-ci s'applique aux juges ou fonctionnaires civils ou administratifs ; du côté français, not. FAVOREU, Louis et PHILIP, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, op.cit.*, p. 442 ; au niveau européen, v. CEDH, « Guide sur l'article 6 CESDH (volet pénal) », 2018, *rap. préc.*, p. 59-61, n° 316-325 et spéc. n° 320.

⁵⁶⁰ CEDH, déc. du 10.02.1995, n°15175/89, *Allenet de Ribemont c. France*. V. en ce sens également CEDH, déc. du 2.6.2009, n° 24528/02, *X c. Slovaquie*.

⁵⁶¹ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1369-1370, n° 74 ; STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, op. cit.*, p. 535 ; SCHULZ, Lorenz, « Grenzen prozessualer Normativierung. Aspekte der Unschuldsvermutung. », *GA*, 2001, p. 238-239 ; nuancé sur la question et tendant à restreindre la portée de la présomption d'innocence au strict domaine procédural pénal : MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 63-64 ; du côté français, DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 145, n° 242 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 310, n° 380.

⁵⁶² V. en ce sens CEDH 29.08. 1997, n° 22714/93, *Worm c. Autriche* ; JAKOBS, Sebastian et LOHSE, Kai, « Art. 6 EMRK », dans *KK, art. cit.*, n° 72 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1371, n° 75 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Art. 6 EMRK », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 13 ; MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 63.

⁵⁶³ MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 63 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1371, n° 75.

⁵⁶⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 145, n° 242.

la presse », au bénéfice « *non seulement de l'accusé ou du justiciable mais de tout individu, même n'ayant pas ces qualités* ». ⁵⁶⁵ C'est l'art. 9-1 du C. Civ. qui prévoit ici la réparation et la sanction des violations portée à ce principe. Il convient ici de préciser le domaine d'application de cette norme va encore au-delà de celui de l'article préliminaire du Code de procédure pénale précité, puisque seul est exigé ici qu'une personne soit « *présentée publiquement avant toute condamnation, comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire* » sans qu'il soit requis de mesure de garde à vue, de mise en examen, de citation à comparaître, de réquisitoire nominatif du parquet ou d'une plainte avec constitution de partie civile. L'objectif de cette disposition est de protéger la réputation d'une personne, quelle que soit la fonction de l'auteur du grief à la présomption d'innocence, et indépendamment du fait que la personne concernée soit suspectée ou poursuivie. ⁵⁶⁶ La violation doit toutefois avoir été commise publiquement et se rapporter à des faits suspectés faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction. ⁵⁶⁷ Cela permet ici d'offrir une protection maximale à la personne accusée publiquement de manière indue sans attendre qu'elle fasse l'objet d'une « *inculpation officielle* » qui s'étend, conformément aux exigences de la CEDH qui a une interprétation large du terme d'accusé, ⁵⁶⁸ notamment au gardé à vue ou au témoin assisté qui ne sont pas encore inculpés au sens strict du terme. ⁵⁶⁹ La personne lésée pourra invoquer l'art. 9-1 C. Civ. en sa faveur tant qu'une condamnation pénale devenue irrévocable n'est pas intervenue. ⁵⁷⁰ Le législateur français a en outre pris des mesures sanctionnatrices d'une atteinte à la présomption d'innocence dans le domaine pénal telles, par exemple, les dispositions générales incriminant la diffamation, ⁵⁷¹ la dénonciation calomnieuse ⁵⁷² ou

⁵⁶⁵ FAVOREU, Louis et PHILIP, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 442 et s. V. en ce sens égal. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 310 et s., n° 380 et p. 442, n° 486 ; CEDH, « Guide sur l'article 6 CESDH (volet pénal) », 2018, rap. préc., p. 59 et s., n° 311 et s. ici spéc. n° 328.

⁵⁶⁶ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 314-315, n° 386 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 146, n° 243.

⁵⁶⁷ V. pour une application de cette norme e.a. Cass., 1^e Civ., déc. du 12.12.2000, n° 98-17521, publiée au bull. n° 321, p. 208 concernant l'affaire Johnny et Laetitia Halliday : « *la seule constatation de l'atteinte au respect dû à la vie privée et à l'image par voie de presse caractérise l'urgence et ouvre droit à réparation* » ou Cass., 1^e Civ., 12.07.2001, n° 98-21337, publiée au bull. n° 222 p. 139.

⁵⁶⁸ V. en ce sens CEDH, déc. du 10.02.1995, n°15175/89, Allenet de Ribemont c. Francequi considère qu'un gardé à vue doit être considéré comme accusé au sens de la CESDH.

⁵⁶⁹ Dans ce sens DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 149, n° 246.

⁵⁷⁰ V. p. ex. Cass., 1^e civ., déc. du 12.11.1998, publiée au bull. n° 313, p. 216.

⁵⁷¹ Art. 32, l. du 29 juil. 1881.

⁵⁷² Art. 226-10 CP.

mensongère,⁵⁷³ la violation du secret de l'instruction et du secret professionnel⁵⁷⁴ ou encore l'interdiction d'actes de procédure avant leur lecture en audience publique⁵⁷⁵. En revanche l'article 226-10 CP dans sa version antérieure à loi 9 juillet 2010 a été jugé méconnaître la présomption d'innocence dans la mesure où il établissait une présomption de fausseté dans le délit de dénonciation calomnieuse.⁵⁷⁶ En tout état de cause, la mise en œuvre de la protection s'effectue sous le contrôle de la CEDH et il s'agit souvent d'opérer un arbitrage difficile entre liberté d'expression et protection des droits de la personne.⁵⁷⁷

97. Concernant son contenu, si la doctrine française a longtemps cantonné⁵⁷⁸ la présomption d'innocence à une simple règle de preuve, ayant pour principal effet de faire peser sur l'accusation la charge de démontrer la culpabilité de la personne poursuivie,⁵⁷⁹ une grande partie de la doctrine lui reconnaît désormais le caractère d'un principe fondamental et directeur de la procédure pénale.⁵⁸⁰

98. Dans les deux ordres procéduraux à l'étude, les avis s'accordent sur le fait que la présomption d'innocence interdit d'anticiper la culpabilité d'une personne non encore

⁵⁷³ Art. 434- 26 CP.

⁵⁷⁴ Art. 11 CPP et 226-13 CP.

⁵⁷⁵ Art. 38 al. 1, l. du 29 juil. 1881.

⁵⁷⁶ CEDH, déc. du 30.06.2011, n° 30754/03, Klouvi c/ France. V. les observations correspondantes de BACHELET, Olivier, « Chron. 6, ici note de jurisprudence rel. à CEDH, Klouvi c/ France », *JDI*, n° 3, 2012, n° 11.

⁵⁷⁷ CEDH, « Guide sur l'article 6 CESDH (volet pénal) », 2018, *rap. préc.*, p. 61, n° 328. V. pour des déc. de la CEDH sur l'arbitrage entre liberté de la presse et la présomption d'innocence p. ex. CEDH, déc. du 10.02.1995, Allenet de Ribemont c. France, n°15175/89 ; CEDH, déc. du 24.05.2011, Konstas c. Grèce, n° 53466/07 ; CEDH, déc. du 28.10.2004, Y.B. et a. c. Turquie, n° 48173/99 et 48319/99 ou encore CEDH, déc. du 29.08. 1997, Worm c. Autriche, n° 22714/93 ; CEDH, déc. du 24.11.2005, Tourancheau et July c. France, n° 53886/00.

⁵⁷⁸ La loi du 15 juin 2000 a ici joué un rôle décisif en la matière. L'objectif « *pédagogique et herméneutique* » du nouvel art. prélim. a bel et bien porté ses fruits puisque l'on constate, à côté des nombreuses références à cet article dans la jurisprudence, également un mouvement de reconnaissance de la présomption d'innocence comme principe directeur fondamental de la procédure pénale dans la doctrine, v. LAZERGES, Christine, « La présomption d'innocence en Europe », *Arch. po. crim.*, vol. 26, n° 1, 2004, p. 129.

⁵⁷⁹ V. en ce sens les dév. instructifs et les nombreuses réf. sur la doctrine d'alors (n. 21) du comparatiste STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, *op. cit.*, p. 173 et s.

⁵⁸⁰ CEDH, « Guide sur l'article 6 CESDH (volet pénal) », 2018, *rap. préc.*, p. 56, n° 295-297 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 131, n° 231 chez lesquels ressort pleinement le caractère de principe directeur de la procédure pénale de la présomption d'innocence ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 88-89, n° 55 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 310, n° 380 ; MERLE, Roger et VITU, André, *Traité de droit criminel*, Tome 2, *op. cit.*, p. 187, n° 147, ces deux derniers ouvrages soulignant néanmoins que la présomption d'innocence reste avant tout une règle de preuve.

jugée.⁵⁸¹ Elle exclut ainsi que les juges aient une idée préconçue relative à la culpabilité de l'auteur⁵⁸² et qu'ils l'expriment publiquement lors d'une interview.⁵⁸³

99. Le législateur doit organiser le statut du prévenu de telle sorte qu'il soit possible à tout moment de la procédure de prouver son innocence.⁵⁸⁴ Cela n'empêche cependant ni les mesures s'attachant à éclaircir le soupçon, quand bien même celles-ci impliqueraient la violation d'un droit ou d'une liberté fondamentale, ni même la gradation des actes procéduraux coercitifs selon le niveau de suspicion retenu.⁵⁸⁵ Au contraire, « *la force de la présomption d'innocence s'érode à mesure que s'accumulent les charges* ». ⁵⁸⁶ Ainsi un soupçon factuel et la présomption normative d'innocence ne s'excluent-ils pas mutuellement mais se conditionnent.⁵⁸⁷ Il suffit que les atteintes aux libertés fondamentales puissent se justifier aussi dans le cas de l'innocence du prévenu.⁵⁸⁸ La présomption d'innocence n'impose donc pas de partir de l'hypothèse que les circonstances spécifiques d'une infraction n'ont pas

⁵⁸¹ La présomption d'innocence est violée chaque fois que „*sans établissement légal de la culpabilité d'un prévenu(...) une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable. Il peut en aller ainsi même en l'absence de constat formel ; il suffit d'une motivation donnant à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable*“, CEDH, déc. du 25.03.1983, n° 8660/79, Minelli c. Suisse, ici spéc. al. n° 37. V. aussi CEDH, déc. du 25.08.1993, n° 13126/87, Sekanina c. Autriche. V. aussi CEDH, « Guide sur l'article 6 CESDH (volet pénal) », 2018, *rap. préc.*, p. 59-60, n° 316 ; STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, op. cit.*, p. 67 et s. ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1371, n° 76 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Art. 6 EMRK », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 12 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 2, § 11, n° 2.

⁵⁸² CEDH, déc. du 6.12.1988, n° 10590/83, Barbera Messegué et Jabardo c. Espagne.

⁵⁸³ CEDH, déc. du 28.11.2002, n° 58442/00, Lavents c. Lettonie.

⁵⁸⁴ RÜPING, Hinrich, « Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren – Wesentliche Erfordernisse eines gerechten Strafverfahrens », *ZStW*, vol. 91, n° 2, 1979, p. 358 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1371, n° 76 ; HABERSTROH, Dieter, « Unschuldsvermutung und Rechtsfolgenausspruch », *NStZ*, n° 7, 1984, p. 290.

⁵⁸⁵ V. p. ex. explicitement BVerfG, déc. du 26.03.1987 - 2 BvR 589/79 (*BVerfGE* 74, 358, 372), reproduite dans *NJW*, 1987, p. 2427-2429, ici spéc. p. 2428 : La présomption d'innocence n'interdit pas aux autorités de poursuite de considérer le degré de suspicion se rapportant à la commission d'un agissement répréhensible avant l'ouverture de l'audience principale („*Die Unschuldsvermutung verwehrt es den Strafverfolgungsorganen allerdings nicht, verfahrensbezogen den Grad des Verdachts einer strafbaren Handlung eines Beschuldigten zu beurteilen und - im Urteil - Festlegungen zur Schuld des Angekl. zu treffen, Schuld auszusprechen und Strafe zuzumessen*“). V. égal. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 136, n° 235 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1371, n° 76 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 2, § 11, n° 3 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Art. 6 EMRK », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 14.

⁵⁸⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 136, n° 235.

⁵⁸⁷ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1371-1372, n° 76 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 207, n° 301 ; en ce sens égal DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 136, n° 235.

⁵⁸⁸ GROPP, Walter, « Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung », *JZ*, vol. 46, n° 17, 1991, p. 807 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1372, n° 76.

eu lieu tant que les faits ne sont pas passés en force de la chose jugée.⁵⁸⁹ La mission étatique de recherche de la vérité a priorité et la présomption d'innocence n'engendre pas d'interdiction de recueillir des preuves à condition que ces mesures soient proportionnelles au degré de suspicion retenu.⁵⁹⁰ Ce principe marque néanmoins une certaine limite à la pondération (ce qui le différencie de la maxime générale de proportionnalité) : ce qui ne pourrait pas être raisonnablement attendu comme sacrifice de la part d'un innocent dans l'intérêt public ne pourra pas non plus être infligé à un prévenu, et ce, indépendamment de l'intensité du degré de suspicion retenu à son égard.⁵⁹¹

100. Mais qu'en est-il ici des mesures de contrainte typiques de l'avant-procès telles que la détention provisoire, où la prise de la mesure traduit chez le juge qui la décide au moins une possibilité de culpabilité dans lesquelles il serait aisé de voir une violation de ce principe ? N'y a-t-il pas alors de fait une atteinte à la présomption d'innocence ?

101. L'Allemagne se concentre ici sur l'objectif de la détention provisoire qui n'est, selon elle, pas sanctionnateur. En effet, il ne peut être infligé de sanction ou mesure assimilable au prévenu avant qu'il ait été constaté judiciairement sa culpabilité⁵⁹² – ou du moins, que l'affaire, respectant les droits de l'accusé, soit en état d'être jugée.⁵⁹³ Le prévenu est ainsi préservé des préjudices qui s'apparenteraient à une condamnation, à une sanction ou conséquences assimilables dès lors qu'ils n'ont pas été précédés d'une constatation judiciaire de la

⁵⁸⁹ V. BGH, déc. du 30.10.1986 - 4 StR 499/86 (*BGHSt*, 34, 209), reproduite dans *NJW*, 1987, p. 660-661. En ce sens e. a. égal. : MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 73 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1372, n° 76.

⁵⁹⁰ Du côté allemand : BVerfG, déc. du 29.05.1990 - 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88, reproduite dans *NJW*, 1990, p. 2741-2744, ici spéc. p. 2741. V. aussi : ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1372, n° 76 ; GERCKE, Björn et TEMMING, Dieter, « Einleitung », dans M. LEMKE, B. GERCKE et K.-P. JULIUS (éds.), *Heidelberger Kommentar zur Strafprozeßordnung (HK)*, 6^e édition, Heidelberg, Müller, 2019, p. 7, n° 26 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.* § 8, n° 4. Du côté français v. p. ex. CC, déc. du 17.12.2010, QPC n° 2010-80, ici spéc. al. n° 4 et 5 et note de jurisprudence s'y rapportant, RENOUX, Thierry Serge et MAGNON, Xavier, « Procédure pénale, chronique, ici spéc. obs., CC, 17.12.2010, n° 2010-80 QPC », *Rev. pén. et dr. pén.*, n° 1, 2011, p. 148 et s. ; à ce sujet e.a. aussi PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 90, n° 57.

⁵⁹¹ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 2, § 11, n° 3.

⁵⁹² BVerfG, déc. du 15.12.1965 - 1 BvR 513/65 (*BVerfGE* 19, 347), reproduite dans *NJW*, 1966, p. 243-245 ; BVerfG, déc. du 29.05.1990 - 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88 (*BVerfGE* 82, 117), reproduite dans *NJW*, 1990, p. 2741-2744. V. égal. MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 69 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1371, n° 76 ; STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, *op. cit.*, p. 70 et s.

⁵⁹³ V. p. ex. BVerfG, *NJW*, 1987, p. 2428 (v. réf. exactes n. 585).

culpabilité respectueuse des principes procéduraux pénaux directeurs.⁵⁹⁴ La notion de sanction ou conséquences assimilables s'entend de la réponse répressive à une infraction pénale commise qui exprime l'ampleur de la désapprobation éthique et sociale sur le fait commis et s'oriente selon la culpabilité de l'auteur pour lui être proportionnelle.⁵⁹⁵ S'agissant des mesures de sûreté, elles présentent certes une certaine proximité avec la sanction, dans le sens où le destinataire est privé de sa liberté de la même manière qu'il le serait à la suite du prononcé d'une peine de prison comme sanction pénale lors d'un jugement, elles concernent de la sorte directement la présomption d'innocence.⁵⁹⁶ L'objectif poursuivi est néanmoins, selon l'opinion majoritaire, entièrement différent puisqu'il s'agit ici, non pas d'exprimer une désapprobation éthique et sociale, mais bien plus d'assurer uniquement les objectifs de la procédure d'élucidation complète des faits et de leur rapide répression,⁵⁹⁷ c'est-à-dire, dans la plupart des hypothèses du § 112 StPO de permettre la conduite d'un procès légitime, l'arrestation du mis en cause empêchant notamment sa fuite ou qu'il fasse disparaître des éléments de preuves.⁵⁹⁸ Dans le cas du § 112a StPO de même que du § 112 al. 3 StPO, il s'agira de protéger la communauté d'infractions d'une gravité particulière susceptibles de troubler significativement la paix sociale⁵⁹⁹.⁶⁰⁰ Sans ces dispositions, l'apport de la preuve ne pourrait

⁵⁹⁴ BVerfG, *NJW*, 1966, p. 243-245 (v. réf. exactes en n. 592) ; BVerfG, déc. du 03.09.2009 - 2 BvR 2540/04, reproduite dans *NJW*, 2009, p. 3569-3570 ; BVerfG, *NJW*, 1987, p. 2427-2428 (v. réf. exactes n. 585). V. égal. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1371 n° 76.

⁵⁹⁵ BVerfG, déc. du 09.07.1997 - 2BvR1371/96, reproduite dans *NJW*, 1998, p. 443-444 ; MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 69-70 ; KÜHL, Kristian, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, op. cit.*, p. 14-15 ; FRISTER, Helmut, « Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung (Art. 6 II MRK) und zum Problem "gerichtskundiger Tatsachen" - BGH - Ur. v. 30.10.1986 - 4 StR 499/86 », *Jura*, n° 7, 1988, p. 159-160 ; GEPPERT, Klaus, « Grundlegendes und Aktuelles zur Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 der Europ. Menschenrechtskonvention », *Jura*, n° 3, 1993, p. 161 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft, op. cit.*, p. 118.

⁵⁹⁶ V. not. BVerfG, déc. du 15.12.1965 - 1 BvR 513/65 (*BVerfGE* 19, 342, ici spéc. 347) reproduite dans *NJW*, 1966, p. 243-245 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Vor § 112 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 1 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft, op. cit.*, p. 118.

⁵⁹⁷ Comme il en ressort de la formule jurisprudentielle établie "*der legitime Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters*", BVerfG, déc. du 15.12.1965 - 1 BvR 513/65, reproduite dans *NJW*, 1966, p. 243 ; BVerfG, déc. du 18.12.2000 - 2 BvR 1706/00, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 1341-1342, ici spéc. p. 1341 ; v. aussi KÜHL, Kristian, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, op. cit.*, p. 14 ; MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 68 ; HASSEMER, Winfried, « Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft », *StV*, n° 1, 1984, p. 40-41 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft, op. cit.*, p. 119 ; POSTHOFF, Karl-Heinz, « Vor §§ 112 ff. StPO », dans *HK, op.cit.*, p. 585-586, n° 8-9 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Vor § 112 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 4.

⁵⁹⁸ BVerfG, déc. du 30. Mai 1973 - 2 BvL 4/73 (*BVerfGE* 35, 185-192), cit. d'après *juris*, ici spéc. n° 18.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, n° 19.

⁶⁰⁰ V. à ce sujet not. POSTHOFF, Karl-Heinz, « Vor §§ 112 ff. StPO », dans *HK, art.cit.*, p. 585-586, n° 8-9.

aboutir dans certaines situations et serait voué à l'échec.⁶⁰¹ Cela est particulièrement visible par exemple dans les cas de danger de fuite ou de risque d'obstruction énumérés au § 112 StPO, la détention provisoire permettant alors d'assurer la présence du suspect lors du procès, de permettre de trouver la vérité sans encombre et le cas échéant d'appliquer les sanctions pénales adoptées lors du procès. Or, il ne s'agit pas ici, selon l'opinion dominante, de fins préventives susceptibles de contrevenir à la présomption d'innocence.⁶⁰² Contrairement à ce que l'on pourrait penser au premier abord, cela n'est pas non plus le cas concernant les §§ 112 al. 3 et 112a StPO, la Cour fédérale Constitutionnelle analysant l'intérêt de la communauté à une lutte effective contre les formes les plus graves de criminalité que protège ces dispositions comme ressortant indirectement du besoin de garantir une justice fonctionnelle au même titre que les autres causes indiquées au § 112 al. 1 et 2 StPO.⁶⁰³ L'interdiction de tenir compte d'un soupçon conduirait dans une certaine mesure à une présomption irréfragable d'innocence incompatible avec la mission primaire de la recherche de la vérité.⁶⁰⁴ Les mesures de sûreté de l'avant-procès ne revêtent donc pas le caractère d'une sanction pénale du fait de leur objectif différent.⁶⁰⁵ Cela explique que le principe de la présomption d'innocence n'ait ici qu'une portée limitée et ne soit pas en mesure de conduire à occulter de manière artificielle des indices de culpabilité et l'état de suspicion qu'ils induisent et qui au contraire la conditionnent.⁶⁰⁶ Dans ce sens, ce principe ne permet donc pas d'interdire de prime abord qu'il soit pris en amont du jugement un certain nombre de mesures coercitives déterminées par les indices réunis à son encontre.⁶⁰⁷ La proximité de ces actes d'investigation

⁶⁰¹ BVerfG, déc. du 30. Mai 1973 – 2 BvL 4/73 (*BVerfGE* 35, 185-192), citée d'après *juris*, ici spéc. n° 18 ; v. égal. HASSEMER, Winfried, « Voraussetzungen der UH », *StV*, 1984, *art. cit.*, p. 40-41.

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ BVerfG, déc. du 30. Mai 1973 – 2 BvL 4/73 (*BVerfGE* 35, 185-192), citée d'après *juris*, ici spéc. n° 19.

⁶⁰⁴ KINDHÄUSER, Urs, *Strafprozessrecht*, 4^e édition, Baden-Baden, Nomos, 2016, § 18, n° 3 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 118 ; GEPPERT, Klaus, « Grundlegendes und Aktuelles z. Unschuldsvermutung », *Jura*, 1993, *art. cit.*, p. 161.

⁶⁰⁵ KÜHL, Kristian, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, *op. cit.*, p. 14 ; MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 68 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 118-119 ; HASSEMER, Winfried, « Voraussetzungen der UH », *StV*, 1984, *art. cit.*, p. 40.

⁶⁰⁶ V. not. BVerfG, déc. du 29.05.1990 - 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88 (*BVerfGE* 82, 106, ici spéc. 115), reproduite dans *NJW*, 1990, p. 2741-2744, ici spéc. p. 2741 ; BVerfG, *NJW*, 1987, p. 2428 (v. réf. exactes n. 585). V. égal. STUCKENBERG, Carl-Friedrich, « Die normative Aussage der Unschuldsvermutung », *ZStW*, vol. 111, n° 2, 1999, p. 457 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 8, n° 4 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 117.

⁶⁰⁷ V. not. CEDH, déc. du 28.11.2002, n° 45313/99, Marziano c. Italie, ici spéc. al. n° 31 ; CEDH, déc. du 04.03.2003, n° 27215/95 et 36194/97, Yasar Kemal Gökceli c. Turquie, ici spéc. al. n° 47 ; BVerfG, *NJW*, 1990, p. 2741, ici spéc.

qui assurent le bon déroulement de la procédure et de son exécution avec le jugement ultérieur n'en disparaît pas pour autant complètement,⁶⁰⁸ l'atteinte à la liberté de la personne soupçonnée privée de sa liberté étant ressentie par cette dernière comme une anticipation sur sa culpabilité ultérieure.⁶⁰⁹ En conséquence, il n'est pas étonnant que la détention provisoire demeure source d'un véritable dilemme: protection de la présomption d'innocence à travers la procédure mais atteinte à celle-ci pour pouvoir mener à bien la procédure.⁶¹⁰ C'est la raison pour laquelle une vérification minutieuse de la juste balance des deux intérêts en présence tout au long de la mesure est impérative.⁶¹¹

102. Si la France reconnaît également que les mesures privatives de libertés non précédées d'un jugement ne sauraient revêtir le caractère d'une sanction pénale sans contrevenir à la présomption d'innocence, elle ne conçoit la peine que sous son angle répressif.⁶¹² L'approche est donc quelque peu différente. Il est en effet ici toléré que les mesures soient ouvertement et directement préventives pour protéger les intérêts de la communauté de certaines infractions au contraire de la procédure pénale germanique, qui exige, du moins médiatement, que celles-ci soient rattachées à l'objectif supérieur de bonne administration de la justice pénale, le seul but de prévention, comme objectif du droit pénal matériel, imposant que les

2741 (v. réf. exactes n. 606) ; BVerfG, *NJW*, 1987, p. 2428 (v. réf. exactes n. 585); ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 8, n° 4 ; STUCKENBERG, Carl-Friedrich, « normative Aussage der UV », *ZStW*, 1999, art. cit., p. 457 ; KINDHÄUSER, Urs, *Strafprozessrecht*, op. cit. § 18, n° 3 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 117.

⁶⁰⁸ RZEPKA, Dorothea, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000, p. 375-376 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 147, qui en tire la conclusion qu'il en résulterait ici, en raison du principe du procès équitable, l'obligation constitutionnelle de prévoir pour le législateur une compétence *a priori* du juge dans le cas des mesures de sûreté. Critique quant aux conclusions tirées par Brüning : WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 197 et s.

⁶⁰⁹ BVerfG, *NJW* 1966, p. 243-244 (v. réf. exactes en n. 592); RZEPKA, Dorothea, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren*, op. cit., p. 375-376 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 147 ; d'avis contraire : MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, art. cit., p. 68.

⁶¹⁰ STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, op. cit., p. 78 ; DOHNA, Alexander, *Das Strafprozeßrecht*, 3^e édition, Berlin, Heymann, 1929, p. 126-127 qui exprimait ce dilemme en ces termes : « *Donc pour protéger le suspect d'une peine de prison non méritée, des poursuites pénales sont déclenchées contre lui ; pour pouvoir mener ces dernières à bien, le suspect est emprisonné. Il y a ici contradiction [...]* », traduit librement de la formule originale : „*Um also den Verdächtigen vor unverdienter Strafhaft zu schützen, wird das Strafverfahren gegen ihn betrieben; um dieses durchführen zu können, wird der Verdächtige eingesperrt. Darin liegt ein Widerspruch [...]*”.

⁶¹¹ MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Vor § 112 StPO », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 4.

⁶¹² Comme il en ressort p. ex. d'une déduction du considérant n° 12 de CC, déc. du 21.02.2008, n° 2008-562 DC, publiée dans le *JO* du 26.02.2008, p. 3272, texte n° 2. V. à ce sujet également FELDMAN, Jean-Philippe, « Un Minority Report à la française?, la décision du 21 février 2008 et la présomption d'innocence, II, 10077 », *JCP G*, n° 16, 2008, p. 38-41, qui se montre à juste titre très critique vis-à-vis de cette conception très restrictive de la peine et préconise que celle-ci soit également considérée sous son angle préventif.

conditions de celui-ci, c'est-à-dire la culpabilité de l'auteur, soient établies et non seulement supposées.⁶¹³ Ainsi l'art. 144 n° 6 du Code de procédure pénale place-t-elle la détention provisoire de la personne mise en examen comme unique moyen de mettre fin à l'infraction ou de prévenir son renouvellement sur le même plan que celle qui aurait lieu pour sécuriser l'apport de preuve ou la présence du mis en cause lors du procès, alors qu'elle suppose une très forte probabilité que la personne incarcérée soit l'auteur de l'infraction.⁶¹⁴ Pour autant, ce motif n'est pas non plus perçu en France comme une violation de la présomption d'innocence.⁶¹⁵ Cela nécessite seulement le respect d'une certaine mesure : les indices de culpabilité retenus doivent autoriser l'appréciation portée, laquelle ne peut aller jusqu'à une affirmation de la culpabilité.⁶¹⁶ La chambre criminelle de la Cour de Cassation se montre à cet égard étonnamment permissive, n'estimant pas nécessaire de retenir un grief de la personne mise en examen concernée par une tournure affirmative à l'indicatif se rapportant à sa culpabilité (alors que le conditionnel serait ici indéniablement le temps le plus approprié) dans la mesure où les décisions concernées sont précisément dépourvues de la force de chose jugée et qu'elles laissent donc intacte la présomption d'innocence devant la juridiction de jugement qui conserve son entière liberté d'appréciation.⁶¹⁷ Le raisonnement revient à affirmer que la présomption d'innocence n'a pas été violée au seul motif que le prévenu ou l'accusé en bénéficie en tout état de cause ; or la véritable question serait de savoir si des formules trop affirmatives ou même péremptoires ne violent pas effectivement la présomption

⁶¹³ V. concernant cette compréhension des objectifs de la peine en droit pénal allemand not. : FRISTER, Helmut, « Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung », *Jura*, 1988, *art. cit.*, p. 360.

⁶¹⁴ V. à ce propos not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 136, n° 235 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 90, n° 57 et aussi not. n. 4.

⁶¹⁵ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 136, n° 235 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 90, n° 57, qui parle ici d'"une atteinte certes « de fait » à la présomption d'innocence, mais pas d'une atteinte de droit".

⁶¹⁶ « Considérant que le principe de présomption d'innocence, proclamé par l'article 9 de la Déclaration de 1789, ne fait pas obstacle à ce que l'autorité judiciaire soumette à des mesures restrictives ou privatives de liberté, avant toute déclaration de culpabilité, une personne à l'encontre de laquelle existent des indices suffisants quant à sa participation à la commission d'un délit ou d'un crime ; que, toutefois, c'est à la condition que ces mesures soient prononcées selon une procédure respectueuse des droits de la défense et apparaissent nécessaires à la manifestation de la vérité, au maintien de ladite personne à la disposition de la justice, à sa protection, à la protection des tiers ou à la sauvegarde de l'ordre public. », CC, déc. du 17.12.2010, QPC n° 2010-80, publiée dans le JO du 19.12.2010, p. 22374, texte n° 50, ici spéc. considérant n° 5. V. pour une note jurispr. correspondante not. RENOUX, Thierry Serge et MAGNON, Xavier, « Proc. pén., chron., ici spéc. obs., CC, 17.12.2010, n° 2010-80 QPC », *Rev. pén. et dr. pén.*, 2011, *art. cit.*, p. 148 et s.

⁶¹⁷ V. pour un arrêt concernant une mise en accusation : Cass., crim., déc. du 13.11.1996, n° 96-82.087, 96-83.708, publiée au *bull.* n° 401, p. 1166. Concernant une décision relative à la détention provisoire, v. p. ex. Cass. Crim., déc. du 18.09.1997, n° 96-85.155, publiée au *bull.* 1997 n° 307, p. 1027.

d'innocence.⁶¹⁸ Si l'on prend en compte notamment que l'arrêt de mise en accusation (dont il était question dans la décision de la chambre criminelle du 13 novembre 1996 référencée en n. 589) est lu devant la cour d'assises, il ne saurait être fait abstraction de l'impact que celui-ci pourrait avoir sur les jurés, cette jurisprudence apparaît au regard de la présomption d'innocence plus que contestable.⁶¹⁹ Il est de surcroît difficile de penser que cette interprétation de la haute juridiction passerait le contrôle de la Cour de Strasbourg beaucoup plus exigeante en la matière,⁶²⁰ celle-ci n'ayant, par exemple, pas hésité à condamner l'Allemagne dans une affaire où un procureur allemand avait exprimé « *sa ferme conviction que le requérant [avait] récidivé* » dans le cadre d'une procédure concernant l'octroi d'un sursis à une peine d'emprisonnement avec mis à l'épreuve.⁶²¹ La jurisprudence constitutionnelle donne elle aussi matière à controverse alors qu'elle retint dans un arrêt du 21 février 2008⁶²² que la présomption d'innocence ne pouvait faire obstacle à ce que soit prise à l'encontre d'une personne une mesure privative de liberté indépendamment de toute démonstration de culpabilité dès lors que cette mesure s'analysait en une mesure de sûreté dont l'objet était non de sanctionner une infraction mais d'empêcher la récidive de la personne concernée, à l'issue de l'exécution de sa peine en raison de sa dangerosité.⁶²³

103. Les deux systèmes se rejoignent néanmoins sur la nécessité de considérer la présomption d'innocence, certes non comme une interdiction, mais bien comme une limitation ferme pour contrôler la fréquence et l'ampleur des mesures prises et éviter que celles-ci ne soient arbitraires.⁶²⁴ Il en résulte à ce titre d'abord une durée limitée de la détention provisoire qui trouve son expression par exemple aux art. 144-1 al. 1, 145-1 à 145-

⁶¹⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 136-137, n° 235.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 137, n° 235.

⁶²⁰ V. sur les exigences plus restrictives de la CEDH not. CEDH, « Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, droit à un procès équitable (volet pénal) », 2018, *rap. préc.*, p. 59-60, n° 316-319.

⁶²¹ CEDH, déc. du 12.11.2015, n° 2130/10, El Kaada c. Allemagne, ici spéc. n° 61-63.

⁶²² CC, déc. du 21.02..2008, n° 2008-562 DC, publiée dans le *JO* du 26.02.2008, p. 3272, texte n° 2.

⁶²³ Dans ce sens, avec raison critique concernant cette déc., not. FELDMAN, Jean-Philippe, « Un Minority Report à la française?, II, 10077 », *JCP G*, 16-2008, art. cit., p. 38-41.

⁶²⁴ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 8, n° 4 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Vor § 112 StPO », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 1 et 2 ; GROPP, Walter, « Z. verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung », *JZ*, 1991, art. cit., p. 807-808 ; HABERSTROH, Dieter, « Unschuldsvermutung und Rechtsfolgenausspruch », *NStZ*, 1984, art. cit., p. 289-290 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 136-137, n° 235 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 90-91, n° 57.

3 CPP ou dans les §§ 121, 122a StPO.⁶²⁵ Certes, ni les règles nationales, ni la CESDH ne fixent ici de limite temporelle absolue, la CEDH procède néanmoins à un examen minutieux dès lors que la détention excède deux ans et exige notamment que les motifs retenus par les autorités nationales compétentes pour la détention soient "*pertinents*" et "*suffisants*" et qu'il ait été de surcroît apporté toute la "*diligence particulière*" à la poursuite de la procédure.⁶²⁶

104. La détention provisoire ne peut en outre être ordonnée qu'exceptionnellement, ce dont les législateurs respectifs ont tenu compte en limitant précisément les raisons pour lesquelles le juge peut ordonner la détention provisoire (v. not. §§ 112-113 StPO ou art. 143-1 et 144 CPP) et en encadrant généralement très strictement les possibilités du juge et des autorités de poursuite en la matière.⁶²⁷

105. Les tribunaux restent également en mesure d'examiner la pertinence pénale d'un agissement du prévenu et de se fonder sur les constatations faites pour leur propre décision.⁶²⁸ L'inculpé n'est ainsi pas protégé des préjudices factuels qui ressortiraient des constatations faites lors du jugement d'un tiers lui imputant une participation au délit.⁶²⁹ Il est ici seulement requis que la décision correspondante laisse clairement apparaître que la personne concernée par les allégations de participation à un délit n'est que soupçonnée ; tout

⁶²⁵ GROPP, Walter, « Z. verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung », *JZ*, 1991, *art. cit.*, p. 808 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 2, § 11, n° 3 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 791-796, n° 907-912 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 90 et 780-784, n° 57 et n° 851-855.

⁶²⁶ V. p. ex. CEDH, déc. du 26.10.2000, n° 30210/96, Kudla c. Pologne, ici spéc. al. n° 110 et 111 ou CEDH, déc. du 17.03.1997, n° 21802/93, Muller c. France, ici spéc. al. n° 35. V. égal. MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 121 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 1b ; AMBOS, Kai, « Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren - Teil II », *NStZ*, 2003, p. 15 ; GROPP, Walter, « Z. verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung », *JZ*, 1991, *art. cit.*, p. 808, qui plaide même pour l'introduction d'une limite temporelle absolue ; v. du côté français p. ex. PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 90, n° 57.

⁶²⁷ Du côté allemand v. not. BVerfG, déc. du 06.02.1980 - 2 BvR 1070/79 (*BVerfGE* 53, 152), reproduite dans *NJW*, 1980, p. 1448-1449. Se rapporter aussi à MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, *StPO-Ko.*, *op. cit.*, « Vor § 112 StGB », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 2 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 8, n° 4 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 2, § 11, n° 3. V. du côté français CC, déc. du 17.12.2010, QPC n° 2010-80, publiée dans le *JO* du 19.12.2010, p. 22374, texte n° 50, ici spéc. considérant n° 5. V. pour un commentaire de cette déc. not. RENOUX, Thierry Serge et MAGNON, Xavier, « Proc. pén., chron., ici spéc. obs., CC, 17.12.2010, n° 2010-80 QPC », *Rev. pén. et dr. pén.*, 2011, *art. cit.*, p. 148 et s.

⁶²⁸ BVerfG déc. du 06.12.1989 - 2 BvR 1741/89, reproduite dans *NStZ*, 1991, p. 30-31. V. aussi e. a. HABERSTROH, Dieter, « Unschuldsvermutung und Rechtsfolgenausspruch », *NStZ*, 1984, *art. cit.*, p. 292 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1372, n° 76 ; STUCKENBERG, Carl-Friedrich, « Strafschärfende Verwertung früherer Einstellungen und Freisprüche - doch ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung? », *StV*, n° 12, 2007, p. 658 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Art. 6 EMRK », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 14 ; v. du côté français not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 142-144, n° 241.

⁶²⁹ V. not. BVerfG, déc. du 3. 9. 2009 - 2 BvR 2540/04, reproduite dans *NJW*, 2009, p. 3569-3570, v. à ce propos l'art. crit. de ISFEN, Osman, « Feststellungen im Strafurteil über gesondert Verfolgte und Unschuldsvermutung », *StV*, n° 10, 2009, p. 613 et s. ; v. également ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1372, n° 76 ; MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 73.

dépendra en conséquence du choix des termes et des circonstances dans lesquelles ont été portées ces allégations.⁶³⁰ S'il est mis fin à la procédure dans le cas d'une relaxe ou d'un classement sans suite, toutes les constatations se rapportant à la culpabilité du prévenu sont contraires à la présomption d'innocence dès lors que l'affaire n'est pas arrivée à l'état d'être jugée.⁶³¹ Mais, selon les jurisprudences convergentes dans leurs conclusions de la CEDH⁶³² et de la Cour fédérale constitutionnelle,⁶³³ cette règle n'interdit pas, en cas de classement, de constater une suspicion restante qui pourra être utilisée pour trancher la question de la répartition des frais de procédure.⁶³⁴ Il devra ici néanmoins ressortir clairement des motifs de la décision qu'il ne s'agit pas d'une constatation judiciaire de la culpabilité de la personne concernée ou de l'imputabilité des faits à cette dernière, mais seulement de la description et de l'appréciation de l'état des suspicions.⁶³⁵ Cette jurisprudence se fonde manifestement sur le fait que les décisions relatives aux dépens et frais de procédure au détriment du prévenu n'ont un caractère de sanction que lorsqu'elles sont associées à une condamnation correspondante établissant la culpabilité de ce dernier.⁶³⁶ Faute d'un tel verdict, le prévenu

⁶³⁰ V. p. ex. CESDH, déc. du 27.2.2014, n° 17103/10, Karaman c. Allemagne, reproduite dans *NJW*, 2015, p. 37-40, spéc. n° 63 ; v. égal. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1372, n° 76.

⁶³¹ V. not. CEDH, déc. du 9.11.2004, n° 44760/98, Del Latte c. Pays-Bas, ici spéc. al. n° 30-32 (la juridiction saisie ne saurait, sans violer la présomption d'innocence, rejeter une demande en réparation du prévenu pour sa détention provisoire au motif qu'il aurait pu être condamné sur le fondement d'une autre qualification) ; CEDH, déc. du 13.01.2005, n° 42914/98, Capeau c. Belgique, ici spéc. al. ; n° 22-25 (la juridiction saisie ne peut pas non plus, sans violer la présomption d'innocence, rejeter une demande en réparation du prévenu pour sa détention provisoire au motif qu'il n'a pas rapporté la preuve de son innocence, n° 25) ; BVerfG, *NJW*, 1987, p. 2428 (v. réf. exactes n. 608) ; BVerfG, déc. du 19.08.1987 - 2 BvR 815/84, reproduite dans *NStZ*, 1988, p. 84-85. V. aussi ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 2, § 11, n° 2 ; GERCKE, Björn et TEMMING, Dieter, « Einleitung », dans *HK, art.cit.*, p. 6-7, n° 26 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1372, n° 76 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 142-143, n° 241.

⁶³² CEDH, déc. du 25.3.1983, n° 8660/79, Minelli c. Suisse, n° 38, reproduite dans *EuGRZ*, 1983, p. 475, ici spéc. p. 480 ; CEDH, déc. du 25.8.1987, n° 9912/82, Lutz c. Allemagne, reproduite dans *EuGRZ*, 1987, p. 399 ; CEDH, déc. du 25.8.1987, n° 10282/83, Englert c. Allemagne, reproduite dans *EuGRZ*, 1987, p. 405 ; CEDH, déc. du 25.8.1987, n° 10300/83, Nölkenbockhoff c. Allemagne, reproduite dans *EuGRZ*, 1987, p. 410 ; CEDH, déc. du 8.4.2005, n° 72758/01, A.L. c. Allemagne, n° 35, reproduite dans *NJW*, 2006, p. 1113-1114.

⁶³³ V. e.a. BVerfG, *NJW*, 1990, p. 2742 (v. réf. exactes n. 590) ; BVerfG, déc. du 16.12.1991 - 2 BvR 1590/89, reproduite dans *NStZ*, 1992, p. 289-290 (ici spéc. p. 290).

⁶³⁴ V. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1372, n° 76 ; BARROT, Johannes, « Die Unschuldsvermutung in der Rechtsprechung des EGMR », *ZJS*, n° 6, 2010, p. 704-705 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 2, § 11, n° 3 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Art. 6 EMRK », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 15 ; MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 70.

⁶³⁵ V. not. BVerfG, *NStZ*, 1992, p. 290 (réf. exactes n. 633) ; BVerfG, *NJW*, 1990, p. 2742 (v. réf. exactes n. 590).

⁶³⁶ BGH, *NJW*, 1987, p. 2429 (v. réf. exactes n. 608), BVerfG, *NStZ*, 1988, p. 84-85 (réf. exactes n. 631). V. aussi ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1372, n° 76 ; MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 70.

devra certes subir des conséquences financières, celles-ci ne seraient cependant pas l'expression de l'imputabilité d'un délit au prévenu, mais bien plus la conséquence du constat des suspicions persistantes à son égard.⁶³⁷ Ces considérations, qui se fondent sur la notion contestable de « *sanctions pénales assimilables* », poussent à procéder à une distinction artificielle entre une « *description [permise] de l'état des suspicions* » et une « *attribution véritable de la culpabilité non recevable* ». ⁶³⁸ Ces difficultés ne peuvent être contournées que si l'on considère que la décision de répartition des frais de procédure n'est généralement pas assimilable à une sanction pénale⁶³⁹ ou que l'on reconnaît que les décisions de classement en opportunité sont équivalentes à l'achèvement d'un procès pénal respectueux des règles procédurales pénales et rendent donc possible la constatation finale de culpabilité.⁶⁴⁰ Sur la seule base d'une suspicion de la commission d'une infraction, il apparaît cependant difficile d'assimiler un classement sans suite à un jugement et le problème du rôle prédominant (pour ne pas dire unique dans certains cas de classement sans suite comme il le sera prouvé dans la suite des développements) du procureur sans contre-pouvoirs suffisants, qui ne proposent assurément pas les mêmes garanties procédurales qu'un verdict adopté à la fin d'un procès contradictoire par un juge, reste entier.⁶⁴¹ Il reste néanmoins possible, dans une certaine mesure, d'attribuer les dépens pour des raisons procédurales au prévenu (indépendamment d'une quelconque culpabilité),⁶⁴² lorsque, à titre d'exemple, une procédure d'action privée est

⁶³⁷ V. not. BGH, *NJW*, 1987, p. 2429 (v. réf. exactes n. 608). ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1372, n° 76 ; MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 70.

⁶³⁸ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 624, n° 962 ; égal. critique à cet égard : MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 70-71 ; STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, *op. cit.*, p. 534 et s., 569 et s. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1373, n° 76 ; MAHRENHOLZ, « Sondervotum z. BVerfG, Beschluß vom 29-05-1990 - 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88 », *NJW*, 1990, p. 2743-2744.

⁶³⁹ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 624, n° 962 ; MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 70-71 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1373, n° 76 ; GEPPERT, Klaus, « Grundlegendes und Aktuelles z. Unschuldsvermutung », *Jura*, 1993, *art. cit.*, p. 165.

⁶⁴⁰ PAULUS, « Anm. z. BVerfG, 29.05.1990 - 2 BvR 254/88 u. 2 BvR 1343/88 - Reichweite der Unschuldsvermutung bei Verfahrenseinstellung », *NStZ*, 1990, p. 601.

⁶⁴¹ DEMKO, Daniela, « Zur Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK bei Einstellung des Strafverfahrens und damit verknüpften Nebenfolgen », *HRRS*, n° 7, 2007, p. 290 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1373, n° 76 ; KÜHL, Kristian, « Unschuldsvermutung und Einstellung des Strafverfahrens », *NJW*, 1984, p. 1268.

⁶⁴² ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 2, § 11, n° 2 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1373, n° 76 ; HABERSTROH, Dieter, « Unschuldsvermutung und Rechtsfolgenausspruch », *NStZ*, 1984, *art. cit.*, p. 294.

certaines classées mais que le mis en cause a donné des raisons plausibles à l'exercice de cette action.⁶⁴³

106. En revanche, la violation des règles procédurales, l'atteinte au droit au silence, dont dispose l'inculpé, ou le recours à des pratiques d'écoutes illicites, n'induisent pas automatiquement un manquement à la présomption d'innocence.⁶⁴⁴ L'illégalité procédurale de tels comportements est indépendante de la règle de la présomption d'innocence qui s'est développée, historiquement, de manière autonome.⁶⁴⁵

§ 2. Les principes de dignité de la personne, de loyauté et de proportionnalité

107. L'ensemble de la procédure est par ailleurs soumis aux exigences de l'État de droit et le prévenu conserve durant tout le procès sa qualité de sujet.⁶⁴⁶ Cela n'étonne donc pas que la dignité soit la première valeur proclamée par la Charte des droits et libertés fondamentaux des communautés européennes dont l'art. 1 énonce : « *la dignité humaine est inviolable* ». Elle doit être respectée et protégée, et ce, même si la personne concernée est soupçonnée d'avoir commis une infraction, aussi grave soit-elle.⁶⁴⁷ Cet intitulé rappelle fort celui de l'art. 1, al. 1 GG qui affirme également l'inviolabilité de la dignité humaine avant que l'art. 2 al 2, 2^e phrase GG ne poursuive que, sous réserve des mesures coercitives légales, l'inculpé garde également sa liberté individuelle.⁶⁴⁸ Dans l'ordre interne français, le Conseil constitutionnel

⁶⁴³ V. p. ex. BVerfG, déc. du 01.10.1990 - 2 BvR 340/89, reproduite dans *NStZ*, 1991, p. 93-94.

⁶⁴⁴ MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 66-67 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1373, n° 76.

⁶⁴⁵ ROGALL, Klaus, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, p. 109 et s. ; du même auteur, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1373, n° 76.

⁶⁴⁶ V. not. BGH, déc. du 17.03.1983 - 4 StR 640/82 (*BGHSt*, 31, 304), reproduite dans *NJW*, 1983, p. 1570-1572, ici spéc. p. 1571 ; BGH, déc. du 21. 7. 1998 - 5 StR 302-97 (*BGHSt*, 44, 129), reproduite dans *NJW*, 1998, p. 3506-3508, ici spéc. p. 3507. V. aussi MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 18 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1373, n° 77 ; v. du côté français dans un sens similaire e. a. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 182, avant n° 275 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 468, n° 547.

⁶⁴⁷ Dans ce sens, la CEDH rappelle que le respect de la dignité doit être observé de manière absolue, « *même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé* » (CEDH, déc. du 28.07.1999, n° 25803/94, Selmouni c. France, spéc. al. n° 95). V. aussi en ce sens en droit français : DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 183, n° 276 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 469-470, n° 549. V. en droit interne allemand : BGH, déc. du 16.02.1954 - 1 StR 578/53 (*BGHSt*, 5, 332), reproduite dans *NJW*, 1954, p. 649-650, ici spéc. p. 649 ; BGH, déc. du 14.06.1960 - 1 StR 683/59 (*BGHSt*, 14, 358), reproduite dans *NJW*, 1960, p. 1580-1582, ici spéc. p. 1580-1581. V. égal. MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 18 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1373, n° 77.

⁶⁴⁸ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 18 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1373, n° 77.

tire quant à lui du préambule de la Constitution de 1946 que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation* » est un principe à valeur constitutionnelle.⁶⁴⁹ L'article préliminaire (III., al. 4) du Code de procédure pénale vient de surcroît rattacher plus étroitement l'expression du principe à la conduite du procès pénal en précisant que les mesures de contrainte dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet doivent respecter la dignité de la personne.⁶⁵⁰ Cette disposition ne se veut pas exhaustive et nomme ici expressément uniquement les mesures coercitives dans la mesure où celles-ci constituent le champ d'application premier du principe de dignité.⁶⁵¹ Cette règle directrice joue un rôle protecteur des libertés individuelles au cours du procès à trois niveaux :⁶⁵² elle protège avant tout l'intégrité physique et psychique de l'individu (A). Elle veille ensuite à garantir que la procédure soit placée sous le sceau de la loyauté (B). Enfin elle organise la conciliation de la dignité de la personne mise en cause et du droit à l'information collective par les médias (C).

A – La protection de l'intégrité physique et psychique de l'individu

108. Il en résulte avant tout une prohibition générale de « *l'usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par son comportement* » à l'égard d'une personne privée.⁶⁵³ L'interdiction de la torture et autres traitements dégradants ou inhumains ancrée notamment aux art. 3 CESDH et 7 du pacte relatif aux droits civils et politiques, qui trouve son expression générale en Allemagne aux art. 1, al. 1 et 104 al. 1, 2^e phrase GG, protège d'abord

⁶⁴⁹ CC, déc. du 27.07.1994, n° 94-344 DC, Respect du corps humain, spéc. cons. n° 2-4 ; CC, déc. du 19.11.2009, n° 2009-593 DC rel. à la loi pénitentiaire, cons. n° 3 ; CC, déc. du 16.09.2010, n° 2010-25, QPC, cons. n° 7. V. aussi DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 183, n° 275 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 62 et s., n° 32 et s.

⁶⁵⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 183, n° 275.

⁶⁵¹ En ce sens *ibid.*, n° 275.

⁶⁵² GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 468, n° 547 ; v. dans un sens similaire ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1373, n° 77, qui différencie ici cependant plutôt entre l'atteinte à l'intégrité physique et psychique avant d'évoquer la protection de l'individu face aux médias de masse. Le système français envisage, quant à lui, la tromperie (explicitement prohibée dans le cadre des auditions au niveau allemand, v. § 136a al. 1, 1^e phrase, 6^e mod. StPO) non plus sous l'angle de la dignité humaine mais bien plus selon le principe de loyauté (les Allemands parlant ici plutôt d'équité [*"Fairness"*]), raison pour laquelle cette catégorie fera l'objet d'un dév. partic. ultérieurement. La disposition allemande du § 136a StPO rassemble de son côté ces deux principes, la déloyauté ayant un impact certain sur la dignité.

⁶⁵³ CEDH, déc. du 28.07.1999, n° 25803/94, Selmouni c. France, spéc. al. n° 99.

l'intégrité physique du prévenu.⁶⁵⁴ Toute atteinte illégale devra être poursuivie pénalement.⁶⁵⁵

109. Ces principes trouvent par exemple application dans le cas de brutalités policières commises au cours d'une garde à vue⁶⁵⁶ ou lors d'interpellations.⁶⁵⁷ L'État est également tenu de prévenir toute violence non nécessaire à l'égard de personnes détenues : il doit ainsi empêcher tant les brutalités infligées par le personnel pénitentiaire⁶⁵⁸ que celles que pourraient commettre les codétenus.⁶⁵⁹ Les conditions de détention lamentables sont pareillement en mesure de constituer une atteinte à l'art. 3 CESDH lorsqu'elles ont pour effet d'humilier et rabaisser, voire de créer des souffrances morales intenses.⁶⁶⁰ Il en est de même en l'absence de soins adéquats ou d'hygiène défailante mettant en danger la santé des détenus.⁶⁶¹ La France rappelle ici le principe de dignité notamment dans son art. 716 CPP pour le régime de la détention provisoire et l'art. 22 de la loi du 24 novembre 2009 énonce que « *l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits* ». Quant aux conséquences juridiques d'une violation de cette règle dans le cadre d'une détention, il fut longtemps incertain que celle-ci suffise à motiver une mise en liberté.⁶⁶² Par plusieurs arrêts, la chambre criminelle de la Cour de cassation mit un terme à tout doute en admettant sans équivoque que des conditions de détention de la personne « *suffisamment*

⁶⁵⁴ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1374, n° 78 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 182-183, n° 275.

⁶⁵⁵ En Allemagne, les §§ 223 et s., 340, 344 StGB trouveront application en cas de violence lors des investigations de la part des autorités de poursuite, v. not. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1374, n° 78. En France les atteintes résultant d'actes délibérés ou de négligence pourront donner lieu à des poursuites pénales ou disciplinaires et à une mise en cause de la responsabilité de l'État devant les juridictions judiciaires ou administratives. Concernant les violences policières, il est de surcroît possible de porter une réclamation devant le Défenseur des droits. La sanction consiste alors à une forme de mise au pilori du service défailant, v. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 186, n° 280.

⁶⁵⁶ CEDH, déc. du 27.08.1992, n° 12850/87, Tomasi c. France, spéc. al. n° 107 et s. ; CEDH, déc. du 28.07.1999, n° 25803/94, Selmouni c. France, spéc. al. n° 91 et s. ; CEDH, déc. du 01.04.2004, n° 59584/00, Rivas c. France, ici spéc. al. 36 et s.

⁶⁵⁷ CEDH, déc. du 28.11.2000, n° 29462/95, Rehbock c. Slovénie, ici spéc. al. 65 et s. ; CEDH, déc. du 10.11.2004, n° 44568/98, R.L. et M.-J.D. c. France, ici spéc. al. n° 61 et s.

⁶⁵⁸ CEDH, déc. du 6.04.2000, n° 26772/95, Labita c. Italie, ici spéc. al. n° 112 et s.

⁶⁵⁹ CEDH, déc. du 03.06.2003, Pantea c. Roumanie, n° 33343/96, ici spéc. 188 et s. (en partic. n° 189).

⁶⁶⁰ CEDH, déc. du 26.10.2000, n° 30210/96, Kudla c. Pologne, v. en partic. al. n° 92 et 94 ; CEDH, déc. du 06.03.2001, n° 40907/98, Dougoz c. Grèce, spéc. al. 42 et s. ; CEDH, déc. du 19.04.2001, n° 28524/95, Peers c. Grèce, en partic. al. n° 68 ; CEDH, déc. du 14.02.2008, n° 66802/01, Dorokhov c. Russie, al. n° 72 et s.

⁶⁶¹ CEDH, déc. du 11.07.2006, n° 33834/03, Rivière c. France, spéc. al. n° 59 et s.

⁶⁶² DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 185, n° 280.

graves pour mettre en danger sa santé physique ou mentale » pouvaient justifier sa mise en liberté.⁶⁶³

110. Le respect de la dignité joue un rôle particulièrement important lors des auditions dans le cadre desquelles les autorités de poursuite ou magistrats concernés n'ont pas le pouvoir d'user, dans le recueil de la preuve, de violence physique ou morale ou tous moyens destinés à forcer la volonté d'une personne, tant il est vrai qu'il ne saurait exister de « *torture propre* »⁶⁶⁴.⁶⁶⁵ Pour le prévenu, mais aussi pour les témoins ou experts, entendus dans le cadre d'une audition par le juge ou les autorités de poursuite, cette interdiction est appuyée dans l'ordre procédural français, notamment aux articles 120 et 309 CPP.⁶⁶⁶ En Allemagne, elle est systématisée et concrétisée dans la disposition procédurale fondamentale du § 136 a StPO (le cas échéant en relation avec les §§ 69 al. 3, 72, 161a, al. 1, 2^e phrase, 163a, al. 3, 2^e phrase, al. 4, 2^e phrase StPO) qui interdit le recours à des méthodes d'audition illicites (indépendamment du résultat sur la déclaration de la personne concernée) et garantit l'intégrité corporelle au regard de la liberté de déposer de manière globale.⁶⁶⁷ En l'espèce, sont concernés non pas seulement les agissements volontaires des autorités de poursuite mais aussi l'exploitation d'un état de fait venant de la sphère du prévenu dans la mesure où elle serait préjudiciable au libre arbitre de ce dernier (§ 136a al. 1 StPO) ou à sa capacité de discernement ou de mémoire (§ 136a al. 2 StPO).⁶⁶⁸ L'énumération des méthodes illicites dans le § 136a al. 1 StPO n'a pas

⁶⁶³ V. not. Cass. crim., déc. du 29.02.2012, n° 11-88.441, publiée au *bull.* n° 58 ; Cass., crim., 03.10.2012, n° 12-85.054, publiée au *bull.* n° 209.

⁶⁶⁴ Sans aller jusqu'à plaider en faveur de la torture, certains, dont nous ne partageons pas l'opinion, estiment qu'il existe des « *tortures propres* » comme les interrogatoires de longue durée notamment, qui ont pour but d'acculer l'inculpé à un « *vertige mental* » générateur de l'aveu. V. p. ex. LAMBERT, Louis, *Traité théorique et pratique de police judiciaire à l'usage des commissaires de police et des autres officiers de police judiciaire*, 1947, p. 706, tel que cité par MERLE, Roger et VITU, André, *Traité de droit criminel, Tome 2, op. cit.*, p. 196, n° 155, n.4. Ces positions ont déclenché de vives critiques de la part d'avocats de la défense auxquels l'auteur a répondu dans l'article « Nécessité judiciaire, sociale et morale de l'interrogatoire policier », *Rev. Sc. crim.*, 1949, supplément au n° avril-juin, tel que cité par MERLE, Roger et VITU, André, *Traité de droit criminel, Tome 2, op. cit.*, p. 196, n° 155, n.4.

⁶⁶⁵ En ce sens not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 468, n° 548 ; MERLE, Roger et VITU, André, *Traité de droit criminel, Tome 2, op. cit.*, p. 196-197, n° 155.

⁶⁶⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 185, n° 280.

⁶⁶⁷ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 13 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans SK, *art. cit.*, p. 1374, n° 78.

⁶⁶⁸ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 14.

vocation à l'exhaustivité et n'empêche pas d'interdire d'autres pratiques adoptées qui influeraient sur le libre arbitre du prévenu.⁶⁶⁹

111. Dans le cadre d'une audition, et comme le concrétise spécifiquement le § 136a, al. 1, 1^e phrase, 1^e modalité StPO, est d'abord interdit dans les systèmes procéduraux à l'étude tous mauvais traitements, tels les coups, le bruit, l'utilisation d'un éclairage éblouissant, mais aussi la torture, dont l'importance a été dernièrement soulignée à l'occasion du cas Daschner^{670, 671}

112. L'épuisement du prévenu (mentionné en Allemagne au § 136a, al. 1, 1^e phrase, 2^e modalité StPO), et ce, indépendamment du fait qu'il ait été provoqué intentionnellement par les autorités de poursuite ou que le prévenu en ait fait le constat, est également illicite dès lors qu'il met sérieusement en danger le libre arbitre de la personne concernée.⁶⁷² À noter que le simple fait que l'audition soit fatigante, ne suffit pas.⁶⁷³

⁶⁶⁹ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 6 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *op. cit.*, p. 596-597, n° 20.

⁶⁷⁰ L'objet du procès Daschner était les agissements du policier Daschner dans sa fonction de directeur adjoint de la police de Francfort et de son subordonné dans le cas de l'enlèvement de Jakob von Metzler, âgé de 11 ans. L'enquête policière mena rapidement à l'arrestation du kidnappeur présumé Magnus Gäfgen. Celui-ci avoua l'enlèvement mais refusa de donner le lieu où il retenait la victime. Daschner craignant pour la vie de l'enfant, décida d'ordonner à un inspecteur de police qui dépendait de ses ordres, de menacer Gäfgen de contrainte et de torture s'il refusait de divulguer le lieu où était caché l'enfant. À la suite de ces menaces, Magnus Gäfgen renseigna les policiers qui ne purent néanmoins sauver l'enfant, ce dernier ayant été déjà tué volontairement par son ravisseur. Le Tribunal de grande instance (LG) de Francfort reconnut l'inspecteur de police ayant menacé le prévenu, sur ordre de son supérieur, coupable de contrainte exercée par un agent public dans l'exercice de ses fonctions. Il reconnut également la culpabilité de Daschner pour avoir incité son inspecteur en tant que subordonné, à exercer une contrainte dans le cadre de ses fonctions. Les peines infligées furent toutefois mineures (avertissement et amende, assortie d'un sursis), v. LG Frankfurt a.M., déc. du 20.12.2004 - 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04), reproduite dans *NJW*, 2005, p. 692-696. Après plusieurs recours en Allemagne, Gäfgen porta l'affaire devant la CEDH. Celle-ci (déc. du 01.06.2010, Gäfgen c. Allemagne, n° 22978/05) reconnut une violation de l'art. 3 CESDH et estima que si Gäfgen avait en soi bénéficié d'un procès équitable, les sanctions prononcées envers les fonctionnaires de police ayant violé l'art. 3 CESDH ne constituaient pas une réponse appropriée car elles étaient non proportionnelles à l'ampleur et la gravité de l'atteinte à l'art. 3 CESDH constatée.

⁶⁷¹ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 14 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *art. cit.*, n° 7 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 597-598, n° 22-23 ; v. dans un sens similaire du côté français : MERLE, Roger et VITU, André, *Traité de droit criminel*, Tome 2, *op. cit.*, p. 196-197, n° 155 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 468, n° 548 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale**, 18^e éd. (2015), *op. cit.*, p. 369, n° 409.

⁶⁷² ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 14 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 598-599, n° 24-25 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 468-469, n° 548 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 62 et s., n° 32 et s.

⁶⁷³ BGH, déc. du 15.05.1992, 3 StR 419/91 (*BGHSt*, 38, 291), reproduite dans *NJW*, 1992, p. 2903-2906, ici spéc. p. 2904 ; BGH, déc. du 21.10.2014 – 5 StR 296/14 (*BGHSt*, 60, 50-52), reproduite dans *NJW*, 2015, p. 360-361. V. égal. GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 598, n° 24 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *art. cit.*, n° 8. V. du côté français en partic. Cass. Crim., déc. du 26.02.1991, n° 90-87.295, publiée au *bull.* n° 97 et Cass. Crim., déc. du 10.03.1992, n° 91-86.944 92-80.389, publiée au *bull.* n° 105, dans lesquelles la ch. crim. rejette les pourvois en soulignant que les allégations du requérant n'ont pas suffi à démontrer l'épuisement. *A contrario*, il peut en être déduit, qu'elle aurait fait droit aux demandes si l'état

113. Par ailleurs, la disposition allemande, en énonçant spécialement les atteintes corporelles au § 136a, al. 1, 3^e phrase, 1^e modalité StPO, bien que celles-ci soient régulièrement déjà incluses dans une autre catégorie du § 136a StPO tels, par exemple, les mauvais traitements, souligne que même les atteintes physiques non douloureuses et sans séquelles sont également interdites dès lors qu'elles impactent la volonté du prévenu.⁶⁷⁴

114. Est également proscrit l'administration de substances particulières dès lors que celles-ci empêchent le prévenu de décider librement (voir ici notamment du côté germanique § 136a, al. 1, 1^e phrase, 4^e modalité StPO).⁶⁷⁵ À ce propos, la CEDH estima par exemple que le fait de soumettre par la force un trafiquant de drogue, ayant avalé des sachets de drogue, à l'absorption de substances vomitives au cours d'une garde à vue mais dans un cadre hospitalier et sous contrôle médical constituait une violation de l'art. 3 CESDH.⁶⁷⁶ Comme dans les autres constellations, il n'importe en l'espèce pas que l'administration soit à l'initiative de la personne menant l'audition mais que la substance en question influence négativement le libre-arbitre de la personne interrogée.⁶⁷⁷

115. Mais, les garanties procédurales ne se limitent ici pas à la seule intégrité physique : est ainsi pareillement formellement interdite, à côté des agressions physiques, la violence psychique « *de nature à créer un sentiment de peur, d'angoisse et d'infériorité propre à humilier, avilir et briser éventuellement la résistance physique et morale* ». ⁶⁷⁸ Toute torture psychologique, en tourmentant notamment la personne interrogée de manière dégradante ou en lui infligeant des souffrances morales par le recours, entre autres, à la peur ou à des injures, est donc exclue.⁶⁷⁹ Au niveau procédural allemand, le § 136a al. 1, 1^e phrase, 5^e

d'épuisement avait été prouvé. V. en ce sens également PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 63-64, n° 34 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 468-469, n° 548.

⁶⁷⁴ GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 600, n° 28 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, art. cit., n° 9 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 9, n° 14.

⁶⁷⁵ V. en ce sens au niveau français p. ex. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 468-469, n° 548.

⁶⁷⁶ CEDH, déc. du 11.07.2006, n° 54810/00, Jalloh c. Allemagne (spéc. al. n° 67-83). V. pour un commentaire de cette jurisprudence not. SCHUMANN, Kay H., « "Brechmitteleinsatz ist Folter"? Die Rechtsprechung des EGMR zum Brechmitteleinsatz im Strafverfahren - Bespr. d. Urt. EGMR v. 11.07.2006 - 54810/001 - », *StV*, n° 11, 2006, p. 661-665 ; SUDRE, Frédéric, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, doct. 106 », *JCP G*, n° 4, 2007.

⁶⁷⁷ LG Marburg, déc. du 15.01.1993 - 1 a Kls 7 (8) Js 5923/89, reproduite dans *StV*, 1993, p. 239. V. égal. GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 601, n° 32 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 9, n° 14.

⁶⁷⁸ CEDH, déc. du 28.07.1999, n° 25803/94, Selmouni c. France, ici spéc. n° 99.

⁶⁷⁹ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 9, n° 14 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 468-470, n° 548-549 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de*

modalité StPO 136a StPO garantit ici spécifiquement le libre arbitre de la personne entendue et mentionne explicitement la torture psychologique comme méthode illicite d'audition.⁶⁸⁰ Cette disposition protège également la mémoire et les capacités de discernement du prévenu dans son deuxième alinéa. Cette garantie procédurale est en l'espèce absolue et globale, elle pose des limites à la recherche de la vérité, là où les pratiques illicites d'écoutes n'apparaissent pas encore comme violation de la dignité humaine.⁶⁸¹ Cette norme est donc perçue, avec raison, comme une disposition procédurale fondamentale à travers laquelle la personnalité morale du prévenu est devenue un « *noli me tangere* » pour toutes les autorités de l'administration judiciaire.⁶⁸²

116. Le recours à l'hypnose est aussi proscrit sans exception.⁶⁸³

117. Mais quelles sanctions sont ici prévues pour rendre ces garanties efficaces ? En Allemagne, l'usage d'une des méthodes illicites du § 136a StPO est sanctionné par une interdiction d'exploiter au procès les déclarations recueillies sur la base de la pratique illégale en question quelle que soit sa valeur, sa portée et sa véracité.⁶⁸⁴ Un éventuel consentement du prévenu est ici insignifiant et ne peut changer la proscription de principe d'utiliser la preuve viciée (§ 136 al. 3, 2^e phrase StPO). Cette sanction s'étend également à l'exploitation indirecte de la déposition dans le sens où le prévenu ne pourra être renvoyé à sa déposition et celle-ci ne pourra pas non plus être reconstituée par l'agent ayant procédé à l'audition ou un autre

procédure pénale, *op. cit.*, p. 183-184, n° 276-277. À titre d'exemple, la CEDH a retenu dans sa déc. préc. du 01.06.2010, Gäfgen c. Allemagne (n° 22978/05) une torture mentale justifiée par la crainte du plaignant Gäfgen de faire l'objet d'une torture physique comme l'en avaient menacé les agents de police l'interrogeant (v. spéc. al. n° 108). V. égal. CEDH, déc. du 28.07.1999, n° 25803/94, Selmouni c. France, ici spéc. n° 99.

⁶⁸⁰ V. dev. plus haut n° 110, p. 116.

⁶⁸¹ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1374, n° 79.

⁶⁸² SCHMIDT, Eberhard, *Deutsches Strafprozeßrecht, Hauptband*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, n° 100 ; en ce sens égal. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1374, n° 79 ; KRACK, Ralf, « Der Normzweck des § 136a StPO », *NStZ*, n° 3, 2002, p. 120.

⁶⁸³ V. en Allemagne § 136a, al. 1, 1^e phrase, 7^e mod. StPO dans le cadre d'une audition ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 15 ; MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *art. cit.*, n° 19 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 613, n° 53. V. en France not. Cass. crim., déc. du 12.12.2000, n° 00-83852, publiée au *bull.* n° 369, p. 1113 ; en ce sens égal. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 468-469, n° 548, qui élargit le cercle des méthodes interdites à tous les procédés scientifiques, médicaux ou chimiques destinés à forcer la volonté de la personne (polygraphes, narco-analyses etc.) tant il est vrai qu'il ne saurait y avoir de « *torture propre* » ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 62-64, n° 33-34.

⁶⁸⁴ V. p. ex. BGH, déc. du 07.05.1953 - 5 StR 934/52 (*BGHSt*, 5, 290), reproduite dans *NJW*, 1953, p. 1114-1115, ici spéc. p. 1115. V. aussi MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *art. cit.*, n° 27 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 18 ; AHLBRECHT, Heiko, « § 136a StPO », dans *HK*, *op. cit.*, p. 814, n° 51 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 623, n° 71.

témoin présent lors de celle-ci.⁶⁸⁵ En revanche, seule la déclaration obtenue de manière illicite est en principe concernée et les effets du § 136a StPO ne sont normalement pas en mesure de se perpétuer.⁶⁸⁶ De fait, si le prévenu réitère sa déposition dans un cadre respectueux des règles procédurales pénales, celle-ci pourra régulièrement être utilisée.⁶⁸⁷ Néanmoins, il incombera ici aux autorités concernées un devoir renforcé d'information du prévenu de ses droits, ce qui signifie qu'il devra être spécifiquement indiqué à ce dernier que sa précédente déclaration n'est pas exploitable comme preuve au procès.⁶⁸⁸ Il convient de même d'éviter un quelconque impact de l'audition viciée sur le libre arbitre de la personne auditionnée,⁶⁸⁹ raison pour laquelle certains exigent dans la doctrine que le prévenu soit notamment entendu par un agent distinct de celui qui a mené le premier interrogatoire.⁶⁹⁰ Par ailleurs, la jurisprudence ne reconnaît généralement pas d'effet indirect de l'interdiction d'exploitation de la preuve comme c'est le cas, par exemple, dans le système américain avec la doctrine du « *fruit of the poisonous tree* » : seule la déclaration portant atteinte au § 136a StPO même est en principe inutilisable.⁶⁹¹ Les indices relatifs à d'autres éléments probatoires, que contiendraient la déposition viciée, et les nouvelles preuves auxquelles ils pourraient conduire

⁶⁸⁵ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 25 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 29 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR²⁶*, *art. cit.*, p. 625, n° 73.

⁶⁸⁶ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 26 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 30 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR²⁶*, *art. cit.*, p. 625, n° 74.

⁶⁸⁷ V. p. ex. BGH, déc. du 30.10.1951 - 1 StR 67/51 (*BGHSt*, 1, 376), reproduite dans *NJW*, 1952, p. 153 ; BGH, déc. du 22.02.1978 - 2 StR 334/77 (*BGHSt*, 27, 355), reproduite dans *NJW*, 1978, p. 1390-1391. Il en va en revanche différemment dans le cas d'une violation du § 136a StPO en raison de menace et torture psychologique : BGH, déc. du 07.10.1960 - 4 StR 342/60 (*BGHSt*, 15, 187), reproduite dans *NJW*, 1961, p. 84-85 ; BGH, déc. du 13.07.1962 - 4 StR 70/62 (*BGHSt*, 17, 364), reproduite dans *NJW*, 1962, p. 1972-1973.

⁶⁸⁸ V. not. LG Frankfurt am Main, déc. du 09.04.2003 - 5/22 Ks 3490 Js 230118/02, reproduite dans *StV*, 2003, p. 325-327 ainsi que le commentaire favorable de jurisprudence correspondant WEIGEND, Thomas, « Anm. z. LG Frankfurt am Main, Beschluß vom 09.04.2003 - 5/22 Ks 3490 Js 230118/02 », *StV*, n° 8, 2003, p. 436-441. V. égal. e.a. ROXIN, Claus, « Für ein Beweisverwertungsverbot bei unterlassener qualifizierter Belehrung », *HRRS*, n° 5, 2009, n° 30. À noter néanmoins que la jurisprudence se réserve le droit, quand les autorités concernées n'ont pas respecté leur obligation « renforcée » d'information envers le prévenu, d'évaluer les conséquences dans le cas d'espèce et n'admet donc pas automatiquement une interdiction d'exploitation des preuves au procès, v. BGH, déc. du 18.12.2008 - 4 StR 455/08 (*BGHSt*, 53, 112), reproduite dans *NJW*, 2009, p. 1427-1429. V. à ce propos égal. JAHN, Mathias, « Beweisverbot und „qualifizierte“ Belehrung, Anm. z. BGH, 18. 12. 2008 - 4 StR 455/08 », *JuS*, n° 5, 2008, p. 468-470.

⁶⁸⁹ BGH, déc. du 09.03.1995 - 4 StR 77/95, reproduite dans *NStZ*, 1995, p. 462 ; BGH, déc. du 12.01.1996 - 5 StR 756/94, reproduite dans *NStZ*, 1996, p. 291-294, ici spéc. p. 292.

⁶⁹⁰ GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR²⁶*, *art. cit.*, p. 625, n° 74.

⁶⁹¹ V. p. ex. BGH, déc. du 28.04.1987 - 5 StR 666/86 (*BGHSt*, 34, 362), reproduite dans *NJW*, 1987, p. 2525-2526. V. égal. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, p. 50, § 9, n° 27 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *art. cit.*, n° 31 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR²⁶*, *art. cit.*, p. 626-627, n° 75, qui rappelle que ce point est néanmoins très sujet à la controverse dans la doctr. et expose brièvement les diverses opinions à ce sujet.

indirectement, pourront donc en principe être utilisés au procès et ne seront pas contaminés automatiquement par le vice de la déclaration originelle, la jurisprudence se réservant ici néanmoins la possibilité d'en décider autrement au cas par cas.⁶⁹² À noter que la grande majorité de la doctrine s'oppose à cette interprétation souple et plaide pour la reconnaissance d'une interdiction générale stricte d'exploiter les preuves en lien avec l'acte vicié quand bien même celui-ci ne serait qu'indirect.⁶⁹³ Au vu de la décision de la CEDH dans le cas Daschner, il est en outre permis de douter de la conformité de cette jurisprudence avec les principes conventionnels européens alors que la Cour relevait que « *l'usage de pareilles preuves soulè[ait] de graves questions quant à l'équité de la procédure.* » et en déduisait que « *la répression de l'emploi de méthodes d'enquête transgressant l'article 3 et la protection effective des individus contre de telles méthodes pouv[ai]ent donc elles aussi exiger **en principe** d'exclure l'utilisation au procès des preuves matérielles rassemblées au moyen d'une violation de l'article 3, même si ces preuves ont un lien plus ténu avec la violation de l'article 3 que celles extorquées directement grâce à une violation de cet article* ». ⁶⁹⁴ Elle laissait ici toutefois en suspens la question en poursuivant qu'une atteinte à l'équité d'un procès pénal et la sauvegarde effective de l'interdiction absolue énoncée à l'article 3 CESDH était en tout état de cause exclue lorsqu'il était démontré – comme dans le cas d'epèce – que la violation de cette disposition n'avait pas influé sur l'issue de la procédure dirigée contre l'accusé.⁶⁹⁵

⁶⁹² Ainsi dans le cas Daschner le tribunal de Francfort rappelle-t-il que l'exploitation des preuves recueillies indirectement grâce à la déclaration viciée au procès dépend de l'appréciation des différents intérêts en présence dans le cas d'espèce, LG Frankfurt, *NJW*, 2005, p. 692-696. Dans son arrêt du 1^{er} juin 2010, la CEDH laissait quant à elle en suspens la question de savoir s'il était possible d'utiliser les preuves obtenues médiatement sur la base de la déclaration viciée tout en semblant préconiser une interdiction large s'étendant pareillement aux preuves indirectes. Pour un bref exposé de l'aff. de même que les réf. exactes des déc. judiciaires, se reporter à la n. 670.V. à ce sujet not. « EGMR-Entscheidung zur Androhung von Folter – Fall Gäfgen », *NStZ-Spezial*, n° 15, 2010, p. 472.

⁶⁹³ En ce sens not. FEZER, Gerhard, « BGH, 28. 4. 1987 — 5 StR 666/86. Zur Verwertung der Aussage eines Mitgefangenen, der einen Beschuldigten auf polizeiliche Veranlassung „aushorchen“ sollte », *JZ*, vol. 42, n° 19, 1987, p. 936-939 ; NEUHAUS, Ralf, « Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten », *NJW*, n° 19, 1990, p. 1121-1222 ; GRÜNWARD, Gerald, « Unzulässige Vernehmungsmethoden, Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, Anm. z. BGH, Urteil v. 28.04.1987 — 5 StR 666/86 — LG Hannove », *StV*, n° 11, 1987, p. 470-472 ; BEULKE, Werner, « Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen », *ZStW*, vol. 103, n° 3, 2009, p. 657-680 ; Pour un exposé des différentes opinions sur la question, v. not. AHLBRECHT, Heiko, « § 136a StPO », dans *HK, op. cit.*, p. 814-815, n° 52 et 53 et ses nombreuses réf.

⁶⁹⁴ CEDH, déc. du 01.06.2010, n° 22978/05 Gäfgen c. Allemagne, ici spéc.n° 178.

⁶⁹⁵ *Ibid.* n° 178-180. V. à ce sujet not. « EGMR-Entscheidung zur Androhung von Folter – Fall Gäfgen », *art. cit.*

118. La solution française est ici sensiblement similaire. N'ayant pas de norme équivalent au § 136a StPO pour le cadre des auditions, la jurisprudence, recourt ici au régime général des nullités et juge que les traitements inhumains et dégradants infligés à une personne privée de sa liberté emportent l'annulation des actes de la procédure, lorsqu'ils sont commis par les agents de l'autorité au cours de la phase d'investigation.⁶⁹⁶ Dans ce sens, la haute juridiction a approuvé l'annulation de l'interrogatoire d'une personne en garde à vue, placée nue au milieu d'une pièce.⁶⁹⁷ Quant aux effets de la nullité, ils sont ici très proches de la solution germanique. En effet, l'art. 174, al. 3 CPP prévoit le retrait des actes annulés du dossier et leur classement au greffe de la Cour d'appel, il précise de surcroît qu'il est interdit, sous peine de poursuites disciplinaires pour les magistrats et pour les avocats, d'y puiser un quelconque renseignement contre les parties aux débats. En dehors de ces sanctions, il résulte pareillement de l'interdiction légale la nullité de poursuites éventuelles fondées sur les pièces tirées d'une information annulée.⁶⁹⁸ En revanche, l'art. 206 al. 3 du Code de procédure pénale décide que la chambre de l'instruction peut, soit évoquer, soit saisir un magistrat instructeur différent ou identique. Il convient alors ici de veiller notamment à ce que la réfection des actes nuls soit régulière.⁶⁹⁹ En particulier, après annulation d'une saisie, le juge peut certes en opérer une nouvelle, mais le procureur ne saurait contourner l'interdiction de reconstituer la substance d'un acte annulé en procédant dans son cabinet à l'audition du policier qui avait fait la saisie pour la reproduire intellectuellement.⁷⁰⁰ En effet, « *l'interdiction prévue à l'art. 173 [correspondant actuellement à l'art. 174] CPP doit s'étendre à tout procédé ou artifice qui serait de nature à reconstituer, au mépris de ce texte, la substance des actes annulés* ». ⁷⁰¹ S'agissant de la question de savoir si la nullité peut s'étendre à la procédure ultérieure au

⁶⁹⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 185, n° 280.

⁶⁹⁷ V. Cass. Crim, déc. du 10.01.1995, n° 94-82198, inédite.

⁶⁹⁸ Cass. crim., déc. du 16.05.2007, n° 06-81815, publiée au *bull.* n° 130. V. aussi Cass. crim. déc. du 16.05.2012, 11-83602, publiée au *bull.* n° 126 : des poursuites devant le tribunal correctionnel du chef d'infractions à la législation sur les contributions indirectes, fondées exclusivement sur un procès-verbal établi sur la base d'une enquête de police annulée, aboutiraient à une relaxe, peu importe que lesdites pièces aient été communiquées à l'administration, antérieurement à leur annulation.

⁶⁹⁹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 823, n° 899 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1387-1388, n° 2081.

⁷⁰⁰ Cass. crim., déc. du 30.06.1981, n° 81-92261, publiée au *bull.* n° 224 ; Cass. crim., déc. du 23.01.1990, n° 89-85607, publiée au *bull.* n° 42, p. 115 ; v. égal. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 823, n° 899 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1387, n° 2078.

⁷⁰¹ Cass. crim., déc. du 30.06.1981, n° 81-92261, publiée au *bull.* n° 224 ; Cass. crim., déc. du 23.01.1990, n° 89-85607, publiée au *bull.* n° 42, p. 115.

motif que les actes constituent un tout et que l'irrégularité de l'un d'eux contaminerait tous ceux qui en résulteraient (théorie de la jurisprudence américaine évoquée plus haut des fruits de l'arbre défendu), la réponse est ici prévue par la loi elle-même.⁷⁰² L'art. 174, al. 2 CPP énonce à cet effet que « *la chambre de l'instruction décide si l'annulation doit être limitée à tout ou partie des actes ou pièces de la procédure viciée ou s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure [...]* ». À la suite de cela, elle « *prononce la nullité de l'acte qui est entaché et, s'il y échet, de tout ou partie de la procédure ultérieure* » (art. 206 CPP). Le législateur a donc laissé une marge importante d'appréciation au juge qui en a profité, à l'instar de la jurisprudence allemande évoquée plus haut, pour cantonner les effets de l'annulation au strict nécessaire.⁷⁰³ Il se fonde ici généralement sur le critère du lien de causalité entre l'acte vicié et les pièces ou mesures ultérieures.⁷⁰⁴ Il en ressort ici deux tendances particulières : ainsi l'aveu consécutif à une perquisition irrégulière est-il régulièrement annulé en raison du lien de causalité qui les unit.⁷⁰⁵ En revanche, l'annulation d'une mesure ne s'étend généralement ni à une expertise subséquente, dès lors que l'expert ne se réfère à aucun des actes annulés,⁷⁰⁶ ni aux actes postérieurs à une écoute téléphonique irrégulière, mais dont le contenu n'était évoqué dans aucun de ces actes, faute de causalité.⁷⁰⁷

119. Les auditions sont certes un des instruments majeurs des autorités de poursuite, qui décidera pour beaucoup de la suite de la procédure. Il ne s'agit cependant pas de l'unique

⁷⁰² PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 822, n° 898.

⁷⁰³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1381, n° 2067 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 822-823, n° 898.

⁷⁰⁴ « *Il appartient en effet à la Chambre d'accusation, saisie en application de [l'art. 171 al.1 du CPP], en vue de l'annulation éventuelle d'un acte de l'information, de procéder à l'examen complet de tous les actes de la procédure, de rechercher, fût-ce d'office, quels étaient ceux d'entre eux qui étaient susceptibles d'être frappés de nullité, au même titre que les autres, comme dérivant des actes de saisies entachées de nullité, et, le cas échéant, d'en prononcer l'annulation* », résumé de Cass. crim., déc. du 04.06.1969, n° 69-91071, publiée au *bull.* n° 186. V. égal. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 822-823, n° 898.

⁷⁰⁵ Cass. crim., déc. du 22.01.1953, reproduite dans *JCP*, 1953.II.7456, note BROUCHOT ; dans le même sens Cass. crim., déc. du 04.06.1997, n° 97-81706, publiée au *bull.*, n° 221. V. égal. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 762, n° 828.

⁷⁰⁶ Cass. crim., déc. du 13.07.1971, n° 71-91168, publiée au *bull.* n° 230, v. à ce sujet la note de jurisprudence JEANDIDIER, Wilfrid, « Cass. crim. 15 avril 1991 - Commentaires », *JCP G*, n° 7, 1992, p. II 21795.

⁷⁰⁷ Cass. crim., déc. du 15.04.1991, n° 90-82000, publiée au *bull.* 1991, n° 179 p. 459 ; dans le même sens Cass. crim., déc. du 04.10.1994, n° 94-83490, publiée au *bull.* 1994, n° 313 : l'annulation d'une mesure de l'enquête préliminaire n'entraîne pas celle du réquisitoire introductif dans la mesure où celle-ci est fondée sur d'autres pièces de la procédure, v. à ce sujet l'obs. de PRADEL, Jean, « L'étendue de la nullité des actes d'information », *Rec. Dal.*, n° 17, 1995, p. 145. V. aussi Cass. crim., déc. du 23.06.1999, n° 99-82186, publiée au *bull.* n° 149, p. 408 : « *les actes subséquents, accomplis par le juge d'instruction ne peuvent être annulés que s'ils trouvent leur support nécessaire dans les actes viciés* » (v. résumé). V. égal. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 822-823, n° 898, et spéc. n. 1.

moyen de se rapprocher de la vérité et cet objectif peut imposer le recours à d'autres mesures attentatoires à l'intégrité corporelle.⁷⁰⁸ De tels actes sont possibles sur le fondement d'une loi (conforme à la constitution) mais doivent respecter le principe de proportionnalité dans le cas d'espèce.⁷⁰⁹ Ainsi ont par exemple été considérés par la jurisprudence française comme des immixtions dans la vie privée irrégulières car non « *prévues par la loi* », des écoutes pratiquées par des policiers agissant en dehors d'une commission rogatoire d'un magistrat instructeur⁷¹⁰ ou encore la prise de photographies par des enquêteurs dans un lieu privé au moyen d'un téléobjectif.⁷¹¹ Cependant, les juridictions françaises n'ont pas toujours été très conséquentes dans leur interprétation du principe et ont notamment pendant longtemps considéré que l'art. 81 CPP constituait un fondement légal suffisant pour justifier des mesures d'enquête non prévues explicitement par la loi, y compris quand celles-ci étaient attentatoires aux droits des personnes.⁷¹² Cette analyse est à l'origine de plusieurs condamnations de la France dans des cas où des actes d'investigation attentatoires à la vie privée (art. 8 CESDH) avaient été mis en œuvre sans support légal suffisant, la Cour de Strasbourg imposant ici que les exigences et modalités de mise en œuvre d'un acte soient clairement définies.⁷¹³ Cela a finalement conduit le législateur à compléter les dispositions du Code de procédure pénale pour satisfaire à l'exigence de légalité (voir entre autres art. 100 et s. ou art. 706-96 CPP).⁷¹⁴ Le Code de

⁷⁰⁸ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1374, n° 78 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGÉS-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 156-157 et 432-433, n° 254 et 582.

⁷⁰⁹ V. not. BVerfG, déc. du 10.06.1963 - 1 BvR 790/58 (*BVerfGE* 16, 194), reproduite dans *NJW*, 1963, p. 1597-1598 ; BVerfG, déc. du 25.07.1963 - 1 BvR 542/62 (*BVerfGE* 17, 118), reproduite dans *NJW*, 1963, p. 2368-2370, ici spéc. p. 23769-2370 ; BVerfG, déc. du 19.06.1979 - 2 BvR 1060/78 (*BVerfGE* 51, 325), reproduite dans *NJW*, 1979, p. 2349-2351, ici spéc. p. 2350. En France, ces principes ressortent de divers textes, tel l'art. 7 de la Déclaration de 1789 qui proclame avec force que « *nul homme ne peut-être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites* ». Ces principes sont rappelés par ailleurs dans l'art. prélim. du CPP, sous III qui énonce que les mesures de contrainte « *doivent être strictement proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité humaine* ». V. aussi du côté all. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1374, n° 78 ; du côté fr. DESPORTES, Frédéric et LAZERGÉS-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 431-432, n° 581 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 490-491, n° 581-582. Concernant le principe de légalité, v. not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGÉS-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 156 et s., n° 254. Concernant le principe de proportionnalité, v. p. ex. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 58-59, n° 29.

⁷¹⁰ V. p. ex. Cass. ass. plén., déc. du 24.11.1989, n° 89-84439, publiée au *bull.* n° 440, p. 1073

⁷¹¹ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 21.03.2007, n° 06-89444, publiée au *bull.* n° 89, p. 451.

⁷¹² DESPORTES, Frédéric et LAZERGÉS-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 159, n° 256.

⁷¹³ V. not. concernant des écoutes téléphoniques : CEDH, déc. du 24.04.1990, n° 11801/85, *Kruslin et Huvig c. France*, v. spéc. al. n° 27 et 35 ; s'agissant de la sonorisation d'un domicile : CEDH, déc. 31.05.2005, n° 59842/00, *Vetter c. France*, v. spéc. al. n° 26 ; dans le cas de l'enregistrement et de l'utilisation de conversations tenues au parloir d'un établissement pénitentiaire : CEDH, déc. du 20.12.2005, n° 71611/01, *Wisse c. France*, spéc. al. n° 34.

⁷¹⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGÉS-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 159, n° 256.

procédure pénale allemand rappelle quant à lui, dans sa mesure phare énumérant les méthodes d'investigation illicites, que la contrainte ne saurait être utilisée en dehors des hypothèses permises par le StPO (§ 136a, al 1, 2^e phrase StPO). En revanche, le seul fait que le prévenu se sente oppressé (par exemple en raison de sa détention) ne suffit pas à constituer une violation de cette disposition.⁷¹⁵ Concernant la proportionnalité, la CEDH retient par exemple que le port de menottes ne doit pas entraîner « *l'usage de la force ou l'exposition publique* » au-delà de ce qui est raisonnablement considéré comme nécessaire dans les circonstances de l'espèce.⁷¹⁶ La fouille – notamment la fouille à corps – doit quant à elle, être conduite dans des conditions qui ne soient pas de nature à amoindrir la personne dans son humanité ce qui implique qu'elle soit par exemple pratiquée par une personne du même sexe⁷¹⁷ (ce qu'impose le droit français aux art. 63-6 et 63-7 CPP). Cette condition n'est toutefois pas suffisante : lorsqu'elle n'est pas absolument nécessaire, est de nature à caractériser un traitement dégradant une inspection anale visuelle qui crée un sentiment d'arbitraire, d'infériorité et d'humiliation⁷¹⁸ ou encore des fouilles intégrales partiellement filmées effectuées 4 à 78 fois par jour avec parfois une certaine violence.⁷¹⁹ Du côté allemand, sont ici pertinents en particulier les §§ 81a, 81c StPO. Ces dispositions prohibent les atteintes corporelles (§§ 81a al. 1, 2^e phrase, 81c al. 2, 1^e phrase StPO) qui entraîneraient un préjudice sur la santé de la personne concernée⁷²⁰ ou, dans le cas du § 81 c al. 4 StPO, se révéleraient inacceptables. De manière générale, le déroulement de la procédure pénale est donc là-aussi placé sous le sceau du principe de proportionnalité qui interdit que celle-ci mène à un danger concret pour la vie du prévenu ou à un risque de blessure grave.⁷²¹ Le fait que l'inculpé ne puisse (très) vraisemblablement plus assister de son vivant au verdict du procès ne suffit

⁷¹⁵ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 15 ; MEYER-GÖRNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko., art. cit.*, n° 20 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR²⁶, art. cit.*, p. 614, n° 55.

⁷¹⁶ CEDH, déc. du 16.12.1997, n° 152/1996/771/972, Raninen c. Finlande, v. spéc. résumé sous III ; CEDH, déc. du 27.11.2003, n° 65436/01, Hénaf c. France pour une personne menottée et entravée lors de consultations médicales, v. spéc. al. n° 48.

⁷¹⁷ CEDH, déc. du 24.07.2001, n° 44558/98, Valasinas c. Lituanie, spéc. al. n° 117.

⁷¹⁸ CEDH, déc. du 12.06.2007, n° 70204/01, Frérot c. France, ici spéc. al. n° 38 et 47 et 48.

⁷¹⁹ CEDH, déc. du 20.01.2011, n° 51246/08, El Shennawy c. France, ici spéc. al. n° 34, 41 et s. et 46.

⁷²⁰ V. p. ex. CEDH, déc. du 11.07.2006, n° 54810/00, Jalloh c. Allemagne (spéc. al. n° 74). V. pour un commentaire de cette jurisprudence not. SCHUMANN, Kay H., « Brechmitteleinsatz ist Folter? », *StV*, 2006, art. cit., p. 661-665 ; SUDRE, Frédéric, « Droit de la CEDH, doctr. 106 » *JCP G*, 4-2007, art. cit.

⁷²¹ CEDH, déc. du 24.01.2008, n° 7549/03, Milan c. France, ici spéc. n° 52 ; BGH, *NJW*, 1979, p. 2350 (v. réf. exactes n. 709). V. égal. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1374, n° 78 ; v. du côté français p. ex. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 58-59, n° 29 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 170 et s., n° 263 et s.

cependant pas, à lui seul, à constituer un obstacle absolu à la procédure ou une raison d'annulation de la détention.⁷²²

B – Le principe de loyauté

120. Par ailleurs, le respect de la personne et de sa dignité commande une certaine éthique judiciaire que les deux ordres procéduraux en présence, tout en étant d'accord sur le principe, appréhendent quelque peu différemment. Les systèmes allemand et français s'accordent ici sur le fait que le prévenu ne peut être trompé délibérément par les agents de l'autorité publique (le Code de procédure allemand y voit là en particulier une méthode illicite d'interrogatoire, § 136a, al 1, 1^e phrase, 6^e modalité StPO), mais le recours à certains procédés d'investigation stratégiques à l'insu de la personne concernée dans le seul but de révéler des preuves, lui, est permis⁷²³ ce qui rend la frontière extrêmement ténue.⁷²⁴ Cette catégorie est assurément la plus controversée en raison de la tension pratique des intérêts en présence.⁷²⁵

⁷²² À tort donc BerVerfGH, déc. du 12.01.1993 - VerfGH 55/92, reproduite dans *NJW*, 1993, p. 515-517 et critiquée à juste titre par SCHOREIT, Armin, « Absolute Strafverfahrenshindernis und absolute U-Haftverbot bei begrenzter Lebenserwartung des Angeklagten? Bedeutung, Auswirkungen und Wirksamkeit des Beschlusses des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin auf die im Verfahren gegen Erich Honecker eingelegte Verfassungsbeschwerde », *NJW*, 1993, p. 881-887 ; WILKE, Dieter, « Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Einheit des Bundesrechts Bemerkungen aus Anlaß des Honecker-Beschlusses des Berliner Verfassungsgerichtshofs », *NJW*, n° 14, 1993, p. 887-889 ; MEURER, Dieter, « Der Verfassungsgerichtshof und das Strafverfahren », *JR*, 1993, n° 3, 1993, p. 89-95 ; WASSERMANN, Rudolf, « Zum Ende des Honecker-Verfahrens », *NJW*, n° 14, 1993, p. 1567-1569.

⁷²³ Ainsi la jurisprudence n'a-t-elle jamais contesté le principe même du recours à des mesures à l'insu de la personne concernée. V. p. ex. concernant des cas de filatures : Cass. crim., déc. du 04.02.1991, n° 90-81370 ; Cass. Crim., déc. du 04.06.1991, n° 91-81682 ; Cass. crim., déc. du 11.05.1993, n° 93-80932 ; Cass. crim., déc. du 23.08.1994, n° 93-84739, publiée au *bull.* n° 291 ; s'agissant du recours à des indicateurs : Cass. crim., déc. du 15.02.1988, n° 87-80214, publiée au *bull.* n° 73 ; v. en ce sens également PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 415, n° 463 ; BERGEAUD-WETTERWALD, Aurélie, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? - À propos de l'arrêt Cass. crim., déc. du 07.01.2014, ét. 7 », *Dr. Pén.*, n° 4, 2014, n° 12. Du côté allemand, le recours à des agents infiltrés est légitime d'un point de vue constitutionnel et est même un instrument indispensable pour la lutte contre des crimes particulièrement dangereux et difficiles à éclaircir, v. p. ex. BVerfG, déc. du 27.11.1984 - 2 BvR 236/84, reproduite dans *NJW*, 1985, p. 1767 ; BVerfG, déc. du 11.04.1991 - 2 BvR 196/91, reproduite dans *NJW*, 1992, p. 168 ; BGH, déc. du 17.10.1983 - GSSt 1/83 (*BGHSt*, 32, 115), reproduite dans *NJW*, 1984, p. 247-249, ici spéc. p. 247, v. en ce sens aussi MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 110a StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 5. La loi elle-même prévoit le recours à des agents infiltrés dans certains cas (v. § 110a StPO du côté allemand et p. ex. e.a. art. 706-35-1 et 706-47-3 CPP du côté français).

⁷²⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 419, n° 569, qui assimile ainsi la loyauté à une « zone grise entre légalité [...] et morale » ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 413-414, n° 462-463 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *art. cit.*, n° 12-13 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 15 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 605, n° 39 ; BEULKE, Werner, « Die Vernehmung des Beschuldigten - Einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozeßrechtswissenschaft », *StV*, n° 4, 1990, p. 182.

⁷²⁵ GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 605, n° 39 ; dans un sens similaire PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 413-414, n° 462 ; BERGEAUD-WETTERWALD, Aurélie, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ?, ét. 7 », *Dr. Pén.*, 4-2014, *art. cit.*, avant n° 1.

Il est en effet indéniable que le recours à des stratagèmes basés sur un subterfuge est, dans un état de droit difficilement tolérable et leur exclusion contribue à conférer à la justice une plus grande légitimité.⁷²⁶ Toutefois, cette légitimité est pareillement subordonnée à une certaine efficacité qui, elle, est assurément tributaire du recours à certains artifices dans la phase des investigations.⁷²⁷ Si le Code de procédure pénale ne fait à aucun moment mention d'une règle générale s'appliquant en la matière,⁷²⁸ la jurisprudence, confrontée aux agissements trompeurs auxquelles recouraient les autorités publiques chargées des investigations dans la pratique, s'est vue rapidement contrainte de s'atteler à la question⁷²⁹ et recourt ici au concept de loyauté des preuves, élevé au rang de principe supérieur de la procédure pénale, aujourd'hui en plein essor.⁷³⁰ Cette solution présente en soit l'avantage, comparé à la norme allemande du § 136a StPO, qui ne s'applique selon la jurisprudence et l'opinion majoritaire, pas au-delà des constellations d'audition dont ne font pas partie par exemple certains cas tels ceux d'agents provocateurs ou d'indicateurs,⁷³¹ d'avoir une portée

⁷²⁶ GLEB, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 605, n° 39 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 413-414, n° 462.

⁷²⁷ DE VALKENEER, Christian, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale : analyse en droits belge et international complétée par des éléments de droits français et néerlandais*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 3 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 413-414, n° 462 ; GLEB, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 605, n° 39 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 110a StPO », dans *StPO-Ko.*, art. cit., n° 5. La Cour constitutionnelle fédérale allemande considère même les stratagèmes révélateurs de preuves comme un instrument indispensable pour la lutte contre des crimes particulièrement dangereux et difficiles à éclaircir, BVerfG, NJW, 1992, p. 168 (v. réf. exactes n. 723).

⁷²⁸ V. not. BERGEAUD-WETTERWALD, Aurélie, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ?, ét. 7 », *Dr. Pén.*, 4-2014, art. cit., n° 1 ; v. aussi spéc. COUVRAT, Pierre et GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève, « Une nouvelle procédure pénale ? », *Rev. sc. crim.*, n° 4, 2001, p. 146, qui déplorent ici que l'obligation de loyauté n'ait pas été reprise dans l'art. prélim. du CPP.

⁷²⁹ Ainsi la jurispr. fr. sanctionnait-elle de tels procédés déjà sous le CIC comme l'illustre l'aff. du scandale des décorations, dit aussi aff. Vigneau, dans laquelle un juge d'instruction, qui pour renforcer ses soupçons contre l'inculpé Wilson, était entré en contact téléphonique avec un complice de celui-ci en se faisant passer pour Wilson. Le magistrat fut sanctionné disciplinairement par la C. cass. (qui statuait à l'époque comme CSM) au motif que celui-ci « s'était écarté des règles de loyauté que doit observer toute information judiciaire », v. Ch. réunies, déc. du 31.01.1888, S. 1889-I.241 (cité d'après PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 415, n° 464, n. 5).

⁷³⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 419, n° 569 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 413-414, n° 462.

⁷³¹ En effet, la jurisprudence et l'opinion majoritaire partent ici d'une notion formelle de l'audition, impliquant que la personne menant l'audition intervienne ouvertement et directement en tant qu'agent de l'autorité publique lors du recueil des informations ce qui n'est pas le cas des indicateurs (qui n'ont pas la qualité d'agent de l'autorité publique) ou agents provocateurs. En conséquence, le § 136a StPO qui ne vaut qu'en cas d'audition ne s'applique pas dans ces constellations. S'agissant des agents infiltrés une application du § 136a StPO est en revanche possible sur le fondement du § 110c StPO. V. en ce sens not. OLG Frankfurt, déc. du 09.12.1975 - 2 Ss 511/75, reproduite dans NJW, 1976, p. 985-986 ; DIEMER, Herbert, « § 136a StPO », dans *KK*, art. cit., n° 26 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, art. cit., n° 4b ; SCHÜNEMANN, Bernd, « Der polizeiliche Lockspitzel - Kontroverse ohne Ende? Krit. Anm. z. Vorlagebeschl. des 2. Strafsenats v.

plus générale comme une partie de la doctrine allemande l'appelle d'ailleurs avec raison de ses vœux⁷³². À l'instar de la disposition allemande (néanmoins seulement dans le cadre d'un interrogatoire), l'exigence de loyauté permet de sanctionner à l'occasion du recueil des preuves, l'usage de mécanismes échappant en apparence à toute réglementation, voire apparemment conformes à celle-ci, chaque fois qu'ils ont pour effet de vicier la recherche de la vérité.⁷³³ Le critère est ici alors également⁷³⁴ celui de l'atteinte au libre arbitre, la déloyauté apparaissant dans ce cas caractérisée.⁷³⁵ Il en est ainsi des stratagèmes, le plus souvent mis en œuvre à l'insu ou contre le gré de la personne concernée, qui tendent, soit à provoquer l'infraction dont on cherche à établir la preuve, soit à éluder les protections prévues par la loi pour la recherche des preuves.⁷³⁶

121. Le premier cas caractéristique d'un procédé déloyal illicite est en l'espèce d'abord celui de la provocation d'une infraction dans le sens où un policier – ou un agent provocateur à sa solde – incite⁷³⁷ directement quelqu'un à commettre une infraction par l'emploi de moyens fallacieux comme l'offre d'un avantage, le provocateur agissant le plus souvent par tromperie et en secret (sous couverture), il procède donc à un acte positif assimilable à une pression sur la volonté de celui qui réalisera le délit.⁷³⁸ Il s'agit en l'espèce d'un procédé déloyal par

04.06.1985 », *StV*, n° 10, 1985, p. 430 ; KÖRNER, Harald Hans, « Die Glaubwürdigkeit und die Strafbarkeit von V-Personen - die Strafbarkeit der provozierten Tat », *StV*, n° 8, 1982, p. 384.

⁷³² Dans ce sens not. GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 584, n° 4, qui voit dans le § 136a StPO l'expression d'un principe supérieur interdisant le recueil des preuves par n'importe quel moyen.

⁷³³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 422, n° 571.

⁷³⁴ Si la question du critère applicable distinctif entre les stratagèmes illicites et les procédés tolérés révélateurs de la preuve est en Allemagne très controversée, un fort courant doctrinal s'appuie ici égal. sur l'objet même du § 136a StPO qui tend à protéger le libre arbitre de la personne. V. en ce sens not. GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 605, n° 39. V. égal. OTTO, Harro, « Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren », *GA*, 1970, p. 299 ; ROGALL, Klaus, « §136a StPO », dans *SK*, op. cit., n° 46 et 53.

⁷³⁵ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 414, n° 462 ; BERGEAUD-WETTERWALD, Aurélie, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ?, ét. 7 », *Dr. Pén.*, 4-2014, art. cit., p. n° 22 et suiv., qui après avoir souligné l'ambiguïté de la notion de stratagème (n° 21, à noter que la doctrine fr. est ici donc tout aussi divisée que celle du côté allemand) souligne l'importance du résultat du stratagème sur le libre arbitre de la personne concernée pour déterminer la licéité de la ruse employée.

⁷³⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 422, n° 571 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 414, n° 462.

⁷³⁷ Dans le sens de faire naître la résolution criminelle ou renforcer une telle intention chez celui qui commettra l'infraction, v. KUTY, Franklin, *Justice pénale et procès équitable. Vol. 1. Notions générales. Garanties d'une bonne administration de la justice*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 848.

⁷³⁸ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 419, n° 468 ; cette définition vaut aussi au niveau allemand, les deux ordres procéduraux s'alignant ici sur la jurispr. européenne, v. p. ex. MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Art. 6 EMRK », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 4a. Il convient néanmoins de rappeler que la doct. maj. et la jurispr. allemande traite de ce cas en dehors de la norme fondamentale du § 136a StPO, v. à ce sujet not. n. 731. Il est ici privilégié l'opinion minoritaire, en accord not. avec Sabine Gleß, selon laquelle cette disposition devrait également trouver application dans les cas de provocations, v. à ce sujet n. 732. V. au niveau de la jurispr.

excellence, puisque la procédure pénale est entièrement détournée de sa finalité, à savoir l'élucidation d'une infraction et non sa conception.⁷³⁹ Il n'est donc pas étonnant que la prohibition de telles provocations soit unanimement admises dans les ordres procéduraux à l'étude.⁷⁴⁰ Cette interdiction laisse toutefois en dehors de son champ la provocation à la preuve, c'est-à-dire les procédés qui tendent simplement à révéler le délit et non à le provoquer.⁷⁴¹ Et, au vu des avantages certains que présentent de tels stratagèmes pour la recherche de la vérité, la légalité de telles pratiques a finalement été admise d'abord par la jurisprudence avant d'être consacrée par la loi qui en encadre strictement la mise en œuvre et les autorise pour les infractions les plus graves (se rapporter du côté allemand au § 110a StPO, et pour le droit français entre autres aux art. 706-81 et s. CPP en matière de criminalité organisée, aux art. 706-35-1 et 706-47-3 CPP en matière de proxénétisme ou criminalité à caractère sexuel, et à l'art. 706-25-2 CPP en matière de terrorisme).⁷⁴² Si ces dispositions étaient, du côté français, toujours en vigueur à l'heure du dépôt de cette thèse, il convient ici

européenne not. CEDH, déc. du 18.10.2011, n° 21218/09, Prado Bugallo c. Espagne, ici spéc. n° 27 ; CEDH, déc. du 05.02.2008, n° 74420/01, Ramanauskas c. Lituanie, ici spéc. al. n° 55.

⁷³⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 423, n° 572.

⁷⁴⁰ V. au niveau de la jurispr. européenne not. CEDH, déc. du 18.10.2011, n° 21218/09, Prado Bugallo c. Espagne, ici spéc. n° 27 ; CEDH, déc. du 05.02.2008, n° 74420/01, Ramanauskas c. Lituanie, ici spéc. al. n° 55. Au niveau fr., se rapporter p. ex. à Cass. crim., déc. du 27.02.1996, n° 95-81366, publiée au *bull.* 1996, n° 93 p. 273 (aff. Schuller-Maréchal), l'arrêt concernant ici des policiers « ayant prêté de manière active, leur assistance à une provocation organisée par le plaignant, ayant pour objet non pas de contester un délit sur le point de se commettre, mais d'inciter un délinquant en puissance, inactif depuis 2 mois [...] à commettre des faits pénalement répréhensibles... ». Pour la jurispr. all., v. e.a. BGH, déc. du 21.01.2009 - 1 StR 727/08, reproduite dans *NStZ*, 2009, p. 405-406 ; BGH, déc. du 18. 11. 1999 - 1 StR 221/99 (*BGHSt*, 45, 321), reproduite dans *NJW*, 2000, p. 1123-1128.

⁷⁴¹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 419-420, n° 469 ; BERGEAUD-WETTERWALD, Aurélie, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ?, ét. 7 », *Dr. Pén.*, 4-2014, *art. cit.*, n° 12 ; RENUCCI, Jean-François, « Loyauté des preuves et distinction entre "provocation à l'infraction" et "provocation à la preuve" », *Rev. sc. crim.*, n° 4, 2014, p. 843-848, n° 2. V. au niveau jurispr. CEDH, déc. du 18.10.2011, n° 21218/09, Prado Bugallo c. Espagne, ici spéc. n° 27 ; CEDH, déc. du 05.02.2008, n° 74420/01, Ramanauskas c. Lituanie, ici spéc. al. n° 55.

⁷⁴² V. au niveau jurispr. not. CEDH, déc. du 05.02.2008, n° 74420/01, Ramanauskas c. Lituanie, ici spéc. al. n° 53-54. Du côté all. se rapporter e. a. à BVerfG, déc. du 27.11.1984, 2 BvR 236/84, reproduite dans *NJW*, 1985, p. 1767 ; BVerfG, déc. du 11.04.1991 - 2 BvR 196/91, reproduite dans *NJW*, 1992, p. 168 ; BGH, déc. du 17.10.1983, GSSt 1/83 (*BGHSt*, 32, 115), reproduite dans *NJW*, 1984, p. 247-249, ici spéc. p. 247. Du côté fr., v. not. Cass. crim., déc. du 22.04.1992, n° 90-85125, publiée au *bull.* 1992, n° 169 p. 441 concernant des gendarmes dissimulés dans un placard pour constater des faits délictueux, v. à ce propos la n. de jurispr. de MATSOPOULOU, Haritini, « Les officiers de police judiciaire peuvent agir en flagrant délit dès lors qu'il existe des indices apparents d'un comportement délictueux », *Rec. Dal.*, n° 4, 1995, p. 59. ; Cass. crim., déc. du 16.01.2008, n° 07-87633, publiée au *bull.* 2008 n° 14, p. 47, v. à ce propos l'obs. de PRADEL, Jean, « Procédure pénale janvier 2007 - juin 2008 », *Rec. Dal.*, n° 39, 2008, p. 2757-2764. Cass. crim., déc. du 30.04.2014, n° 13-88162, publiée au *bull.* 2014, n° 119, v. à ce propos PRADEL, Jean, « Procédure pénale juin 2013 - juin 2014 », *Rec. Dal.*, n° 30, 2014, p. 1739. V. égal. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 419-420, n° 469 et s. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 423, n° 573 ; BRUNS, Michael, « § 110a StPO », dans *KK, op. cit.*, n° 1 et 5 ; MEYER-GÖRNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 110a StPO », dans *StPO-Ko., art. cit.*, n° 5.

d'ores et déjà de préciser les modifications apportées par la dernière loi de programmation 2018-2022 qui entreront en vigueur au 1^{er} juin prochain.⁷⁴³ Le législateur a notamment inséré un nouvel article 230-46 du Code de procédure pénale qui vient étendre l'enquête sous pseudonyme (ou cyber-infiltration) à tous les crimes et délits lorsque ces infractions sont commises par un moyen de communication dans le but d'échapper à la jurisprudence sur la loyauté de la preuve et vient en ce sens remplacer certaines des normes précitées.⁷⁴⁴ Cette généralisation en l'absence de précisions adéquates du régime procédural de cette mesure ne peut manquer d'inquiéter au vu de l'atteinte aux droits et libertés qu'elle suppose et de sa proximité à la provocation de la commission d'une infraction.⁷⁴⁵ Toutefois, dans tous ces cas, les dispositions légales elles-mêmes⁷⁴⁶ et/ou en tout état de cause la jurisprudence,⁷⁴⁷ précisent que pour être licite, l'intervention de la police judiciaire ne peut « constituer une incitation à commettre des infractions »⁷⁴⁸. Selon la Cour de Strasbourg, « il y a provocation policière lorsque les agents impliqués (...) ne se limitent pas à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse, mais exercent sur la personne qui en fait l'objet une influence de nature à l'inciter à commettre une infraction qu'autrement elle n'aurait pas commise, pour en rendre possible la constatation, c'est-à-dire en apporter la preuve et la poursuivre ». ⁷⁴⁹ La provocation policière est donc tolérable dans la mesure où elle ne détermine pas les agissements délictueux mais se contente d'en révéler l'existence pour en permettre l'établissement ou l'interruption. ⁷⁵⁰ Ainsi comme la CEDH, les juridictions françaises estiment-elles avec constance que le fait pour un policier d'amener un délinquant

⁷⁴³ Au sujet de cette réforme, v. not. CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, 2018 ; GOETZ, Dorothee, « Réforme de la justice », *Dal. act.*, 16.03.2018 ; *art. cit.* ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* ; « Loi de programmation 2018-2020, alerte 5 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.* ; BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.*

⁷⁴⁴ V. à ce propos not. CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, 2018, p. 11 ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

⁷⁴⁵ En ce sens not. CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, 2018, p. 11.

⁷⁴⁶ V. dans le CPP not. les art. 706-81, al. 2, *in fine* et 706-35-1 *in fine*.

⁷⁴⁷ V. not. les réf. jurispr. en n. 740.

⁷⁴⁸ V. p. ex. 706-81, al. 2, *in fine* CP.

⁷⁴⁹ CEDH, déc. du 05.02.2008, n° 74420/01, Ramanauskas c. Lituanie, ici spéc. al. n° 55.

⁷⁵⁰ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Art. 6 EMRK », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 4a ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 425, n° 575.

à se démasquer dans un contexte délictueux préexistant ne suffit pas à constituer une violation du principe de loyauté.⁷⁵¹

122. Le BGH se fonde également sur des critères semblables en examinant notamment si le prévenu avait déjà tendance à agir de manière criminelle, avec quelle insistance l'agent infiltré a agi sur sa personne et si l'initiative venait de lui.⁷⁵² Il convient néanmoins de préciser que la jurisprudence tout comme la doctrine majoritaire refusent d'appliquer ici le § 136a StPO (qui aurait pour conséquence automatique l'interdiction d'exploiter les preuves issues de la pratique viciée) faute d'audition.⁷⁵³ La situation d'une provocation ne serait, selon elles, de manière générale pas comparable avec les hypothèses auxquelles s'appliquent le § 136a StPO, puisque le libre arbitre de la personne commettant le délit n'y est en principe à aucun moment impacté par les autorités de poursuite.⁷⁵⁴ Cette vision est source de problèmes notamment concernant les suites à accorder à une provocation illicite, la jurisprudence allemande étant en l'espèce manifestement contraire aux exigences européennes.⁷⁵⁵

123. En effet, les systèmes allemand et français divergent ici dans les conséquences juridiques d'une incitation policière à commettre une infraction. La CEDH juge que « *si l'intervention d'agents infiltrés est admissible dans la mesure où elle est circonscrite et entourée de garanties, elle ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis à la suite d'une provocation policière : un tel procédé est susceptible de priver ab initio et définitivement*

⁷⁵¹ Cass. crim., déc. du 22.04.1992, n° 90-85125, publiée au *bull.* n° 169, p. 441, v. à ce propos la n. de jurispr. de MATSOPOULOU, Haritini, « Les OPJ peuvent agir en flagrant délit... », *Rec. Dal.*, 4-1995, *art. cit.*, p. 59. Cass. crim., déc. du 16.01.2008, n° 07-87633, publiée au *bull.* 2008 n° 14, p. 47, v. à ce propos l'obs. de PRADEL, Jean, « Proc. pén. janv. 2007 - juin 2008 », *Rec. Dal.*, 39-2008, *art. cit.*, p. 2757-2764. Cass. crim., déc. du 30.04.2014, n° 13-88162, publiée au *bull.* 2014 n° 119, v. à ce propos du même auteur, « Proc. pén. juin 2013 - juin 2014 », *Rec. Dal.*, 30-2014, *art. cit.*, p. 1739.

⁷⁵² BGH, déc. du 21. 1. 2009 - 1 StR 727/08, reproduite dans *NStZ*, 2009, p. 405-406 ; BGH, déc. du 18. 11. 1999 - 1 StR 221/99 (*BGHSt*, 45, 321), reproduite dans *NJW*, 2000, p. 1123-1128.

⁷⁵³ V. not. BGH, déc. du 09.05.1985 - 1 StR 63/85 (*BGHSt*, 33, 217), reproduite dans *NJW*, 1986, p. 390-392, ici spéc. p. 391-392 ; BGH, déc. du 08.10.1993 - 2 StR 400/93, (*BGHSt*, 39, 335), reproduite dans *NJW*, 1994, p. 596-600, ici spéc. p. 599-600 ; BGH, déc. du 13.05.1996 - GSSt 1/96 (*BGHSt*, 42, 139), reproduite dans *NJW*, 1996, p. 2940-2944, ici spéc. 2942 ; BGH, *NJW*, 2000, p. 1126 (v. réf. exactes n. 752) ; plus réc. BGH, déc. du 31.03.2011, 3 StR 400/10, reproduite dans *StraFo*, 2011, p. 271-273. V. en ce sens dans la doct. not. MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *art. cit.*, n° 4b ; AHLBRECHT, Heiko, « § 136a StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 810-811, n° 38 ; SCHÜNEMANN, Bernd, « Der polizeiliche Lockspitzel », *StV*, 1985, *art. cit.*, p. 430 ; KÖRNER, Harald Hans, « Glaubwürdigkeit u. Strafbarkeit v. V-Personen », *StV*, 1982, *art. cit.*, p. 384 ; d'avis contraire à juste titre GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 587, n° 4.

⁷⁵⁴ V. not. AHLBRECHT, Heiko, « § 136a StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 810-811, n° 38 ; KÖRNER, Harald Hans, « Glaubwürdigkeit u. Strafbarkeit v. V-Personen », *StV*, 1982, *art. cit.*, p. 384.

⁷⁵⁵ Dénonçant avec raison cette non-conformité p. ex. : ENDRIß, Rainer et KINZIG, Jörg, « Anm. z. BGH, 18. 11. 1999 - 1 StR 221/99 - „Strafzumessungslösung“ auch bei konventionswidrigem Lockspitzeleinsatz », *NStZ*, n° 5, 2000, p. 271-274 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 349-351, n° 537.1-538.

l'accusé d'un procès équitable » ; il s'ensuit que « *la preuve obtenue par le biais d'une provocation policière doit être écartée* ». ⁷⁵⁶ En accord avec cette position, la chambre criminelle considère elle-même dans le cas d'une provocation policière directe ou par l'intermédiaire d'un tiers, que les éléments de preuves résultant de ces agissements doivent être écartés des débats et poursuit la procédure sur leur fondement annulé en raison de l'atteinte portée au principe de la loyauté des preuves. ⁷⁵⁷

124. L'Allemagne n'est quant à elle pas tout à fait conforme à cette jurisprudence européenne : ⁷⁵⁸ elle ne prévoit ici en principe pas d'écarter systématiquement la preuve récoltée en contradiction avec principe de loyauté et ne prend en compte l'atteinte qu'au niveau de la peine infligée en en réduisant la durée. ⁷⁵⁹ Cela ne poserait, selon elle, pas de problème en relation avec les décisions de la CEDH, celle-ci laissant en principe le soin de décider des sanctions d'une violation des principes d'équité aux juridictions internes. ⁷⁶⁰

⁷⁵⁶ CEDH, déc. du 05.02.2008, n° 74420/01, Ramanauskas c. Lituanie, ici spéc. al. n° 54 et 60 ; en ce sens égal. CEDH, déc. du 07.09.2004, n° 58753/00, Eurofinacom c. France, ici p. 18 de la version PDF fr. ; CEDH, 21.03.2002, Calabrò c. Allemagne, p. 9 et s. de la version PDF fr.

⁷⁵⁷ Cass. crim., déc. du 27.02.1996, n° 95-81366, publiée au *bull.* 1996 n° 93 p. 273, v. pour une n. de jurispr. correspondante not. GUÉRY, Christian, « Ecoutes téléphoniques et participation policière », *Rec. Dal.*, n° 25, 1996, p. 346 et s., la ch. crim. retint ici une provocation policière d'un délit de trafic d'influence dans un cas où une personne s'était vu proposer, à l'initiative des autorités de poursuite, de se rendre à un rendez-vous pour toucher une somme pécuniaire en échange de ses services. Cass. crim., déc. du 05.05.1999, n° 97-83.117, publiée au *bull.* 1999, n° 87 p. 234, v. pour une obs. jurispr. afférente : PRADEL, Jean, « La provocation à l'infraction par un douanier peut-elle exonérer le prévenu de sa responsabilité pénale ? », *Rec. Dal.*, n° 36, 1999, p. 325. En l'espèce, des agents des douanes agissant dans le cadre d'une opération d'infiltration avaient poussé à la commission d'un délit de trafic de stupéfiant en recrutant des personnes pour un chargement de drogue qu'ils avaient eux-mêmes organisé. Cass. crim., déc. du 11.05.2006, n° 05-84837, publiée au *bull.* 2006, n° 132 p. 482 ; Cass. crim., déc. du 07.02.2007, n° 06-87753, publiée au *bull.* n° 37, p. 241, v. à ce propos not. DEMARCHI, Jean-Raphaël, « La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable », *Rec. Dal.*, n° 28, 2007, p. 2012-2015 ; FRANCILLON, Jacques, « Provocation à la commission d'actes de pédophilie organisés par un service de police étranger utilisant le réseau internet », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2007, p. 560-562 ; FILNIEZ, Robert, « Loyauté et liberté des preuves », *Rev. sc. crim.*, n° 2, 2007, p. 331-332.

⁷⁵⁸ SOMMER, Ulrich, « Anm. z. EGMR, 09.06.1998 - 44/1997/828/1034 - Verurteilung nach Einsatz eines polizeilichen Lockspitzels », *NStZ*, n° 1, 1998, p. 48-50 ; GAEDE, Karsten et BUERMAYER, Ulf, « Beweisverwertungsverbote und "Beweislastumkehr" bei unzulässigen Tatprovokationen nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR », *HRRS*, n° 6, 2008, p. 279-287 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. », n° 148a et « Art. 6 EMRK », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 4b ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 349 et s., n° 537 et s.

⁷⁵⁹ V. e. a. BGH, déc. du 18. 11. 1999 - 1 StR 221/99, reproduite dans *NStZ*, 2000, p. 269-271. Pour un commentaire avec raison critique de cette jurisprudence : ENDRIß, Rainer et KINZIG, Jörg, « „Strafzumessungslösung" auch bei konventionswidrigem Lockspitzeinsatz », *NStZ*, 2000, *art. cit.*

⁷⁶⁰ En effet, la CEDH rappelle souvent que « *l'admissibilité des preuves relève au premier chef des règles de droit interne, et, en principe, il revient aux juridictions nationales d'apprécier les éléments qu'elles ont recueillis* », v. not. CEDH déc. du 18/10/2011, n° 21218/09, Prado Bugallo c. Espagne, ici spéc. n° 37 ; CEDH, déc. du 05.02.2008, n° 74420/01, Ramanauskas c. Lituanie, ici spéc. al. n° 52. Il ne s'agit ici néanmoins que d'un principe général auquel la Cour de Strasbourg déroge en particulier dans les cas de torture ou traitements inhumains (v. p. ex.

Pourtant cette position est bien en contradiction manifeste avec la jurisprudence européenne qui a d'ailleurs eu dernièrement l'occasion de sanctionner l'Allemagne sur ce point dans l'affaire « *Furcht* ». ⁷⁶¹ Ignorant cet arrêt, la Cour fédérale constitutionnelle est même, au contraire, venue apporter son soutien à la solution jurisprudentielle jusque-là prônée par le BGH. ⁷⁶² Certaines décisions récentes de la haute juridiction laissent toutefois transparaître un certain infléchissement de sa jurisprudence en la matière, qui admet de plus en plus souvent une interdiction de l'utilisation des preuves viciées sans pour en faire pour autant la règle de principe. ⁷⁶³

125. La deuxième catégorie caractéristique des procédés déloyaux est celle des mécanismes tendant à éluder les protections légales. ⁷⁶⁴ Ils sont ici de deux sortes :

126. Dans le premier cas de figure, il s'agit d'un contournement de la procédure : l'autorité étatique concernée se place ici hors du cadre procédural prévu pour l'accomplissement d'un acte afin de recueillir des éléments d'information qu'elle n'aurait pu obtenir en respectant les exigences légales. ⁷⁶⁵ Dans ce sens, la CEDH estime que le droit de ne pas s'auto-incriminer, valant notamment lors d'un interrogatoire, est contourné lorsque des policiers chargent un codétenu de la personne soupçonnée de soutirer à cette dernière des aveux ou renseignements, la conversation faisant par ailleurs l'objet d'un enregistrement clandestin audio et vidéo. ⁷⁶⁶ La chambre criminelle sanctionne pareillement des déloyautés de cette sorte. ⁷⁶⁷ Pour elle l'enregistrement effectué de manière clandestine, par un policier agissant

CEDH, déc. du 01.06.2010, n° 22978/05, Gäfgen c. Allemagne, n° 173) et de provocation policière (v. p. ex. CEDH, déc. du 05.02.2008, n° 74420/01, Ramanauskas c. Lituanie, ici spéc. al. n° 54).

⁷⁶¹ CEDH, déc. du 23.10.2014, n° 54648/09, Furcht c. Allemagne.

⁷⁶² BVerfG, déc. du 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14, reproduite dans *NJW*, 2015, p. 1083-1086.

⁷⁶³ V. en ce sens not. BGH, déc. du 29. 4. 2009 - 1 StR 701/08 (*BGHSt*, 53, 294), reproduite dans *NJW*, 2009, p. 2463-2468, ici spéc. p. 2467, n° 51. V. à ce propos égal. le comm. de jurispr. correspondant : JAHN, Matthias, « Anm. z. BGH, 29. 4. 2009 - 1 StR 701/08 », *JuS*, n° 9, 2009, p. 861-863. BGH, déc. du 26.07.2007 - 3 StR 104/07 (*BGHSt*, 52, 11), reproduite dans *NJW*, 2007, p. 3138, 3142, ici spéc. p. 3141-3142, n° 35-36 ; BGH, déc. du 18.05.2010 - 5 StR 51/10 (*BGHSt*, 55, 138), reproduite dans *NJW*, 2010, p. 3670-3673, ici spéc. n° 27-29.

⁷⁶⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 426 et s., n° 576 et s. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 415, n° 463.

⁷⁶⁵ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 415-416, n° 464 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 426, n° 576 ; v. dans ce sens du côté allemand ROXIN, Claus, « Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen », *NStZ*, n° 1, 1997, p. 18-19, qui décrit dans des termes similaires le cas d'un contournement du devoir de notification des droits du prévenu prévu au § 136 StPO (que le BGH refuse à tort de retenir dans la décision commentée).

⁷⁶⁶ CEDH, déc. du 05.11.2002, Allan c. Royaume-Uni, n° 48539/99, ici spéc. al. n° 50 et s.

⁷⁶⁷ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 415-417, n° 464 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 426-427, n° 576.

dans l'exercice de ses fonctions, des propos qui lui sont tenus, fût-ce spontanément, par une personne suspecte, élude indûment les règles procédurales prévues en matière d'audition de suspect.⁷⁶⁸ Il s'agit en l'espèce d'un procédé déloyal qui compromet les droits de la défense de la personne concernée puisque, dans l'ignorance des conditions dans lesquelles se déroule l'entretien, elle pourra être poussée à divulguer des informations qu'elle n'aurait pas révélées dans le cadre d'un interrogatoire conforme aux règles en vigueur.⁷⁶⁹ Dans la même lignée, elle a retenu dernièrement une violation du principe de loyauté, la conjugaison des mesures de garde à vue, du placement des mises en cause dans des cellules contiguës et de la sonorisation des locaux de garde à vue constituant un stratagème illicite qui avait poussé le gardé à vue à s'incriminer lui-même lors de son interrogatoire.⁷⁷⁰ De manière plus générale, il y a contournement de la procédure pénale lorsque des agents de l'autorité publique font effectuer par un particulier un acte attentatoire à un droit fondamental – le plus souvent en pratique le droit à la vie privée – qu'ils ne pourraient effectuer eux-mêmes qu'au prix d'une violation des règles légales.⁷⁷¹ L'Allemagne rejoint ici la France sur le principe de l'illicéité d'écoutes secrètes en dehors des dispositions légales qui mène en principe à une interdiction d'exploiter les preuves recueillies à cette occasion (sans en retenir pour autant que l'application des normes fondamentales des §§ 136, 136a StPO).⁷⁷² Elle admet néanmoins un tempérament à cette règle dès lors qu'il s'agit d'éclaircir un délit d'importance particulière et

⁷⁶⁸ Cass., crim., déc. du 16.12.1997, n° 96-85.589, publiée au *bull.* n° 427 p. 1402.

⁷⁶⁹ Cass., crim., déc. du 16.12.1997, n° 96-85.589, publiée au *bull.*, n° 427, p. 1402. La même solution fut retenue dans une aff. où un policier avait transcrit, contre le gré de l'intéressé, des propos que ce dernier lui avait tenus officieusement, Cass. crim., déc. du 03.04.2007, n° 07-80807, publiée au *bull.* 2007, n° 102, p. 494 (v. à ce propos not. CARON, Danièle et MÉNOTTI, Sylvie, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation - Chambre criminelle », *Rec. Dal.*, n° 26, 2007, p. 1817). Il en va de même s'agissant des transcriptions par des officiers de PJ de confidences faites par une personne mise en examen au cours de son transfert vers la maison d'arrêt et ensuite remises au magistrat instructeur. Les policiers auraient dû ici se contenter, à la suite des révélations à encourager le mis en examen à rapporter ces faits directement au juge d'instruction, seul habilité à procéder à un interrogatoire dans les formes légales, v. Cass. crim., 05.03.2013, n° 12-87087, publiée au *bull.* n° 56.

⁷⁷⁰ Cass. crim., déc. du 07.01.2014, n°13-85.246, publiée au *bull.* 2014, n° 1, v. pour une n. de jurispr. correspondante VERGÈS, Etienne, « Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale », *Rec. Dal.*, n° 6, 2014, p. 407. Cette solution a été confirmée sur nouveau pourvoi par Cass., ass. plén., déc. du 06.03.2015, n° 14-84.339, publiée au *bull.*, n° 2, v. pour une n. et une obs. de jurispr. corresp. not. FUCINI, Sébastien, « Garde à vue : déloyauté de la sonorisation des cellules – Cour de cassation, ass. plén. 6 mars 2015 », *Rec. Dal.*, n° 12, 2015, p. 711 ; PRADEL, Jean, « La sonorisation d'un local de garde à vue est-elle licite ? », *Rec. Dal.*, n° 12, 2015, p. 711.

⁷⁷¹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 427, n° 576.

⁷⁷² MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *art. cit.*, n° 4a ; AHLBRECHT, Heiko, « § 136a StPO », dans *HK*, *art. cit.*, p. 810, n° 37 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 608-609, n° 44.

que les autres méthodes d'investigation ne seraient pas aussi efficaces.⁷⁷³ Cette exception n'est pas sans poser problème et est sujette à de vives controverses doctrinales.⁷⁷⁴ Il apparaît ici en effet difficile de nier le contournement de la règle fondamentale du § 136 StPO qui prévoit la notification de ses droits au prévenu notamment de ne pas s'auto-incriminer.⁷⁷⁵ Une considération de cet élément à sa juste valeur ne peut que justifier une sanction sans appel des autorités de poursuite pour éviter que celles-ci ne soient tentées de recourir à ce stratagème.⁷⁷⁶

127. Le deuxième cas de figure est celui du détournement de procédurell s'agit ici d'une forme de fraude à la loi consistant pour les agents de l'autorité publique à se placer faussement dans le cadre d'une disposition légale dans l'unique but de recourir à des prérogatives particulières conférées par celle-ci dont ils n'auraient pas disposé en temps normal.⁷⁷⁷ Un tel mécanisme est assimilable à un détournement de pouvoirs et se distingue du contournement évoqué plus haut où les agents concernés se plaçaient hors de tout cadre procédural.⁷⁷⁸ Les objectifs restent les mêmes puisque le détournement aboutit également à éluder les mécanismes protecteurs institués par la loi et emporte donc l'annulation de la procédure.⁷⁷⁹ Le législateur a envisagé diverses constellations de détournements possibles et a adopté certaines mesures dans le CPP pour s'en prémunir.⁷⁸⁰ Ainsi les enquêteurs ne sauraient-ils mettre en œuvre les pouvoirs de perquisition exorbitants que leur accorde la loi en matière de criminalité organisée pour découvrir d'autres infractions que celles relevant de cette catégorie (art. 706-93 CPP). De même, il ne peut être tiré profit de l'introduction dans un lieu privé nécessitée par la mise en place d'un dispositif de sonorisation pour effectuer une

⁷⁷³ V. not. BGH, déc. du 13.05.1996, GSSt 1/96 (BGHSt, 42, 139), reproduite dans NJW, 1996, p. 2940-2944 ; BVerfG, déc. du 09.10.2002, 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98, reproduite dans NJW, 2002, p. 3619-3624, ici spéc. p. 3624.

⁷⁷⁴ MEYER-GÖRNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, art. cit., n° 4a ; AHLBRECHT, Heiko, « § 136a StPO », dans *HK*, art. cit., p. 810, n° 37 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, art. cit., p. 608-609, n° 44.

⁷⁷⁵ Dans ce sens not. ROXIN, Claus, « Zum Hörfallen... », *NStZ*, 1997, art. cit., p. 18-19.

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ En ce sens égal. la ch. crim. : « les pouvoirs d'investigation conférés aux officiers et agents de police judiciaire ou à certains fonctionnaires par des lois spéciales ne peuvent être exercés que dans les conditions et dans les limites fixées par les textes qui les prévoient, sans qu'il leur soit permis de mettre en œuvre, par un détournement de procédure, des pouvoirs que la loi ne leur a pas reconnus », Cass. crim., déc. du 18.12.1989, n° 89-81.659, publiée au *bull.* n° 485, p. 1181. V. égal. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 427-428, n° 577 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 417, n° 465.

⁷⁷⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 428, n° 577.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 418, n° 467 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 428, n° 577.

perquisition par ailleurs non justifiée ou autorisée (art. 706-96 al. 4 CPP). Au-delà de ces règles légales ponctuelles, le détournement de procédure est prohibé par la jurisprudence.⁷⁸¹ Le Conseil constitutionnel a quant à lui censuré une disposition législative qui prévoyait que les enquêteurs puissent retenir de manière plus ou moins artificielle la circonstance aggravante de bande organisée dans le but unique de pouvoir user des prérogatives particulières que leur confère la loi en la matière.⁷⁸²

128. En Allemagne, ce problème se pose très sérieusement dans le cas des pouvoirs particuliers accordés exceptionnellement aux autorités de poursuite (alors qu'ils relèvent en temps normal du juge de l'enquête) en cas d'urgence.⁷⁸³ La Cour fédérale constitutionnelle a notamment été contrainte de rappeler à l'ordre les autorités investigatrices qui en abusent régulièrement alors qu'il ne s'agissait ici que d'une exception à interpréter restrictivement.⁷⁸⁴

129. À titre particulier, toujours concernant la délimitation des procédés stratégiques autorisés de la tromperie déloyale, il convient de préciser encore quelques aspects concernant la norme allemande interdisant l'usage de méthodes d'investigation illicites dans le cadre des auditions (§ 136a StPO). Il n'est bien entendu pas question d'obliger l'agent qui mène l'interrogatoire à révéler tout ce qu'il sait, le silence n'étant pas assimilable à une duperie.⁷⁸⁵ Ce qu'il dit doit cependant être vrai.⁷⁸⁶ L'opinion majoritaire permet ici même jusqu'au recours à des formules ambivalentes ou « *questions-pièges* » pour pousser les prévenus à des conclusions erronées.⁷⁸⁷ Cela implique néanmoins d'accepter que les autorités de poursuite

⁷⁸¹ Cass. crim., déc. du 15.02.2000, n° 99-86.623, publiée au *bull.* n° 68, p. 184 dans le cas de la pose d'un dispositif de sonorisation à l'occasion d'une perquisition ; Cass. crim., déc. du 03.05.2007, n° 07-81.331, publiée au *bull.* n° 117 concernant le choix opportuniste du cadre juridique particulier d'un contrôle d'identité de nature à éluder les conditions de fond et de forme normalement applicables.

⁷⁸² CC, déc. du 02.03.2004, n° 2004-492 DC, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, publiée au *JO* du 10.03.2004, p. 4637, ici spéc. al. n° 67 et s.

⁷⁸³ Ce point faible du juge de l'enquête allemand fera l'objet d'un développement particulier aux n° 404 et s., p. 318 et s. de cette thèse.

⁷⁸⁴ BVerfG, déc. du 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00 (*BGHSt*, 103, 142), reproduite dans *NJW*, 2001, p. 1121-1125. V. à ce propos p. ex. AMELUNG, Knut, « Anm. z. BVerfG, Urt. v. 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00 », *StV*, n° 6, 2001, p. 322-324 ; du même auteur, « Die Entscheidung des BVerfG zur „Gefahr im Verzug“ i.S. des Art. 13, Abs. II GG », *NStZ*, 2001, p. 337-343.

⁷⁸⁵ GLEB, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 608, n° 43 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 15.

⁷⁸⁶ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 15 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, p. 45, n° 15 ; GLEB, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 606-607, n° 41.

⁷⁸⁷ Dans ce sens not. MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 15 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, p. 45, n° 15.

jouent consciemment sur les différents niveaux « *d'intelligence* » des personnes interrogées ; or, il apparaît particulièrement contestable de définir le niveau de « *ruse autorisée* » selon la faiblesse d'esprit du destinataire.⁷⁸⁸ Lorsque la personne auditionnée a une vision manifestement faussée de sa situation lors de l'audition – sans que les agents procédant à l'audition en soient responsables –, l'état d'avancement de l'enquête ne doit être clarifié que dans la mesure où le § 136 al. 2 StPO l'imposerait, c'est-à-dire, si une clarification est nécessaire pour permettre au prévenu de se défendre.⁷⁸⁹ Les autorités procédant à l'audition ne peuvent en revanche en aucun cas conforter le prévenu dans son erreur.⁷⁹⁰ En outre, les agents menant l'audition ne peuvent menacer la personne entendue de prendre des mesures illicites contre elle (§ 136a, al 1, 3^e phrase, 1^e modalité StPO). Mais la menace de l'adoption d'une mesure légale est, elle, permise.⁷⁹¹ Enfin, est également proscrite la promesse explicite d'avantages non prévus par la loi (§ 136a, al 1, 3^e phrase, 2^e modalité StPO). Ainsi le procureur n'est-il pas autorisé à promettre une peine avec sursis pour le cas d'un aveu du prévenu, puisque l'attribution de la sanction ne relève pas de ses compétences mais de celles du juge.⁷⁹²

130. Il importe par ailleurs ici de rappeler qu' en France⁷⁹³ comme Outre-Rhin,⁷⁹⁴ les moyens de preuves illicites sont en règle générale admis lorsqu'ils sont à l'initiative de particuliers. La chambre criminelle indique à ce propos « *qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; qu'il leur appartient seulement,*

⁷⁸⁸ En ce sens à juste titre GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 607, n° 41.

⁷⁸⁹ MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 17 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 610, n° 46.

⁷⁹⁰ BGH, déc. du 21.04.1986 - 2 StR 661/85, reproduite dans *MDR*, 1986, p. 978 ; v. aussi BGH, déc. du 21.04.1986 - 2 StR 661/85, reproduite dans *StV*, 1988, p. 419-421, refusant à tort une violation du § 136a StPO. V. à ce sujet le comm. à juste titre critique de cette jurispr. erratique GÜNTHER, Hans-Ludwig, « Anm. z. BGH, Urteil vom 21.04.1986 - 2 StR 661/85 - LG Frankfurt », *StV*, n° 10, 1988, p. 421-424. En ce sens égal. MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *art. cit.*, n° 17 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 610, n° 46 ; BEULKE, Werner, « Die Vernehmung des Beschuldigten », *StV*, 1990, *art. cit.*, p. 182.

⁷⁹¹ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, p. 45, n° 15 ; MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 21-22 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 615-617, n° 56.

⁷⁹² ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 15.

⁷⁹³ Cass., ass. plén., 10.11.2017, n° 17-82.028, publiée au *bull.* ; à ce propos not. MÉSA, Rodolphe, « L'exigence de loyauté de la preuve en matière pénale à nouveau précisée par l'assemblée plénière », *Gaz. Pal.*, n° 44, décembre 2017, p. 26 et s., spéc. sous I. V. e. a. égal. PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 425 et s., n° 474 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 475 et s., n° 555.

⁷⁹⁴ MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *art. cit.*, n° 3 ; AHLBRECHT, Heiko, « § 136a StPO », dans *HK*, *art. cit.*, p. 801, n° 5 ; GLEß, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 589-590, n° 10.

en application de l'article 427 du Code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante ». ⁷⁹⁵ Ce principe était réaffirmé encore dernièrement solennellement par la haute juridiction qui indiquait en Assemblée plénière que les règles de loyauté ne trouvaient pas à s'appliquer aux preuves produites par les parties dès lors qu'elles émanaient, non des agents de l'autorité, mais d'une personne agissant à titre personnel. ⁷⁹⁶ La haute juridiction allemande permet elle aussi régulièrement l'exploitation de preuve illicites apportées par des personnes privées. ⁷⁹⁷ Par ailleurs, comme la cour de cassation a eu l'occasion de le préciser, peu importe que le moyen de preuve d'origine illicite soit versé au dossier par les agents de l'autorité publique dès lors que ces derniers ne sont intervenus ni dans leur confection, ni dans leur appropriation. ⁷⁹⁸ En définitive, comme cela résulte clairement de la norme allemande du § 136a StPO et de sa position dans le Code de procédure pénale allemand qui vise à régler les agissements des autorités publiques, ⁷⁹⁹ la méconnaissance des principes de loyauté n'est une cause de nullité que lorsqu'elle est le fait d'agents de l'autorité publique qu'ils soient membres de la police ou magistrats ⁸⁰⁰. Cela ne signifie pas pour autant que les parties privées seraient exemptes de l'obligation de respecter les normes légales générales, notamment pénales prohibant les atteintes aux droits et libertés, la violation de ces dispositions ne fait toutefois, en règle générale, pas obstacle à la recevabilité des preuves. ⁸⁰¹ Elle pourra seulement entraîner le cas échéant l'application de sanctions à l'encontre des intéressés. ⁸⁰² Cette solution est conforme à la jurisprudence européenne qui laisse en principe les

⁷⁹⁵ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 15.06.1993, n° 92-82.509, publiée au *bull.* n° 210, p. 530, v. à ce propos égal. la n. jurispr. MASCALA, Corinne, « Le juge répressif doit apprécier la valeur probante des moyens de preuve produits par les parties, même obtenus de manière illicite ou déloyale », *Rec. Dal.*, n° 44, 1994, p. 613. Plus réc. dans le cas d'un enregistrement clandestin de conversations privées, Cass. crim., déc. du 31.01.2012, n° 11-85.464, publiée au *bull.* n° 27.

⁷⁹⁶ Cass., ass. plén., 10.11.2017, n° 17-82.028, publiée au *bull.* ; à ce propos not. MÉSA, Rodolphe, « L'exigence de loyauté de la preuve », *Gaz. Pal.*, 44-2017, *art. cit.*, p. 26 et s., spéc. sous I.

⁷⁹⁷ V. not. BGH, déc. du 13.05.1996, GSSt 1/96 (*BGHSt*, 42, 139), reproduite dans *NJW*, 1996, p. 2940-2944 ; BGH, déc. du 21. 7. 1998, 5 StR 302-97 (*BGHSt*, 44, 134), reproduite dans *NJW*, 1998, p. 3506-3508 ici spéc. p. 3507.

⁷⁹⁸ Cass. crim., déc. du 27.11.2013, n° 13-85.042, publiée au *bull.* n° 238 (concernant des fichiers informatiques « produits » par l'administration fiscale).

⁷⁹⁹ GLEB, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 589, n° 10.

⁸⁰⁰ Cass. crim., déc. du 27.02.1996, n° 95-81.366, publiée au *bull.* n° 93, p. 273. V. à ce propos not. la n. de jurispr. GUÉRY, Christian, « Ecoutes téléphoniques et participation policière », *Rec. Dal.*, 25-1996, *art. cit.*, p. 346 et s. ; Cass. crim., déc. du 09.08.2006, n° 06-83.219, publiée au *bull.* n° 202, p. 721. V. à ce propos not. MONNET, Yves, « note sous Cass. crim., 09.08.2006, n° 06-83219 », *Gaz. Pal.*, n° 88, mars 2007, p. 13 et s.

⁸⁰¹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 446, n° 600 ; GLEB, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 590, n° 10.

⁸⁰² V. réf. en n. 801.

juridictions internes libres d'apprécier la recevabilité des preuves : « si l'art. 6 [CEDSDH] garantit le droit à un procès équitable, il ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne ». ⁸⁰³ Il s'ensuit qu'il « n'appartient pas à la Cour de se prononcer, par principe sur la recevabilité de certaines sortes d'éléments de preuves, par exemple des éléments obtenus de manière illégale, ou encore sur la culpabilité du requérant ». ⁸⁰⁴ Il lui incombe seulement « de rechercher si le procès du requérant [a] présenté dans l'ensemble un caractère équitable ». ⁸⁰⁵

131. Cette jurisprudence connaît cependant des limites, notamment dans les cas où les particuliers agissent en concertation avec les agents de l'État. ⁸⁰⁶ Dès lors qu'une personne est intervenue « à la demande des agents de l'autorité », l'acte est assimilé à une mesure d'enquête des autorités en question. ⁸⁰⁷ Il en est de même dans les cas où le procédé vicie la recherche de la vérité parce qu'il a eu pour objet par exemple non pas d'établir la preuve de l'infraction mais d'en provoquer la commission. ⁸⁰⁸ Il convient néanmoins de préciser s'agissant de la France (qui retenait dans le cas d'une provocation policière la nullité de l'acte) que l'élément de preuve procuré par un particulier ne peut faire l'objet d'une annulation dès lors que n'émanant pas d'un magistrat ou d'un service d'enquête, il ne constitue pas un acte de procédure. ⁸⁰⁹ Il doit cependant être écarté des débats et ne saurait en tout état de cause être utilisé pour fonder une quelconque décision défavorable à la personne poursuivie ⁸¹⁰. Il en est de même dans les cas où le procédé porte atteinte à l'intégrité physique ou psychique

⁸⁰³ CEDH, déc. du 12.05.2000, n° 35394/97, Khan c. Royaume-Uni, ici spéc. n° 34 ; CEDH, déc. du 10.03.2009, n° 4378/02, Bikov c. Russie, ici spéc. n° 88 et 89.

⁸⁰⁴ V. réf. en note 803.

⁸⁰⁵ V. réf. en note 803.

⁸⁰⁶ MEYER-GÖRNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 3 ; AHLBRECHT, Heiko, « § 136a StPO », dans *HK*, *art. cit.*, p. 801, n° 5 ; GLEB, Sabine, « § 136a StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 590, n° 10. Sur ce point du côté fr. not. Cass. crim., déc. du 20.09.2016, n° 16-80.820, publiée au *bull.* ; Cass., ass. plén., 10.11.2017, n° 17-82.028, publiée au *bull.* MÉSA, Rodolphe, « La déloyauté des enregistrements réalisés par l'avocat du roi », *Gaz. Pal.*, n° 36, octobre 2016, p. 10 et s. ; du même auteur, « L'exigence de loyauté de la preuve », *Gaz. Pal.*, 44-2017, *art. cit.*, p. 26 et s., sous II.

⁸⁰⁷ V. not. CEDH, déc. du 05.02.2008, n° 74420/01, Ramanauskas c. Lituanie, ici spéc. al. n° 55.

⁸⁰⁸ Se rapporter ici aux dév. préc. au n° 121 et s. p. 128 et s.

⁸⁰⁹ V. not. MÉSA, Rodolphe, « Déloyauté des enregistrements ... », *Gaz. Pal.*, 36-2016, *art. cit.*, p. 10 et s., sous I.

⁸¹⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 451, n° 606. À noter que la haute juridiction n'a néanmoins pas considéré que le respect des droits de la défense était une exigence absolue, opposable à l'autorité publique comme aux personnes privées, v. Cass. crim., déc. du 31.01.2012, n° 11-85.464, publiée au *bull.* n° 27.

de la personne.⁸¹¹ La règle prétorienne générale considérant que le devoir de loyauté ne s'impose pas aux particuliers recule alors exceptionnellement devant le principe supérieur selon lequel un système judiciaire démocratique ne saurait tirer un quelconque profit d'agissement qu'il a pour principal objet de combattre parce qu'ils sont la négation même de la prééminence du droit.⁸¹²

C – Dignité humaine et couverture médiatique

132. Préserver la dignité de la personne, qu'elle soit mise en cause ou victime, implique par ailleurs de la mettre à l'abri des regards publics dans les situations qui pourraient l'humilier ou être dégradantes.⁸¹³ Ainsi l'inculpé peut-il aussi se référer aux droits généraux de la personnalité face à la couverture de la procédure pénale par les médias de masse.⁸¹⁴ Sont ici particulièrement concernés le droit du prévenu à l'intimité, son droit de se représenter comme il l'entend ainsi que le droit de protéger son image ou son droit à l'anonymat.⁸¹⁵ Pour délimiter l'étendue de ses prérogatives, le principe de la présomption d'innocence joue un rôle important, elle concrétise et renforce les droits de défense dont dispose le prévenu.⁸¹⁶ En France, le législateur, conscient des méfaits que peuvent causer les médias en rapportant sur des activités délictuelles, a tenté de remédier aux atteintes possibles en liant la presse elle-même au principe de la présomption d'innocence dans l'art. 9-1 C. Civ. déjà susmentionné plus haut.⁸¹⁷ Outre-Rhin, depuis l'arrêt « *Lebach* » rendu par la Cour fédérale constitutionnelle allemande (BVerfG), il est également reconnu que la couverture médiatique de faits criminels

⁸¹¹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 451-452, n° 607 ; AHLBRECHT, Heiko, « § 136a StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 801, n° 5 ; MEYER-GÖRNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko., art. cit.*, n° 3.

⁸¹² DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 452, n° 608.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 186, n° 182.

⁸¹⁴ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1378, n° 81 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 148, n° 246.

⁸¹⁵ V. not. BVerfG, *NJW*, 1973, p. 1227-1228, (réf. exactes n. 818).

⁸¹⁶ Ainsi la nécessité de préserver la présomption d'innocence est-elle souvent mise en avant par la Ch. crim. pour justifier une restriction de la liberté d'expression, v. en ce sens p. ex. Cass. crim., déc. du 20.02.2007, n° 06-84.310, publiée au *bull.* n° 51, p. 289 concernant des poursuites du chef de diffamation contre les auteurs d'un communiqué publié sur le réseau internet imputant à une personne d'avoir commis des agressions sexuelles sur des mineurs et invitant d'autres victimes à se faire connaître ; Cass. crim., 28.01.2014, n° 12-88.430, publiée au *bull.* n° 25 justifiant ici une condamnation pour publication anticipée des pièces d'une procédure. V. du côté all. BORNKAMM, Joachim, « Die Berichterstattung über schwebende Strafverfahren und das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten », *NStZ*, n° 3, 1983, p. 103 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1378, n° 81 ; KÜBLER, Friedrich, « Öffentlichkeit als Tribunal? - Zum Konflikt zwischen Medienfreiheit und Ehrenschutz - », *JZ*, n° 12, 1984, p. 541-547.

⁸¹⁷ V. ici not. les dév. n° 96 et s. et p. 100 et s.

avec la mention du nom et, le cas échéant, la publication de photos de l'auteur présumé porte considérablement atteinte à la sphère privée de la personne concernée, sa mauvaise conduite et sa personne étant inévitablement qualifiées négativement.⁸¹⁸ Toutefois, les droits généraux de la personnalité ne sauraient être les seuls à considérer, ils doivent bien plus être confrontés au droit à l'information ainsi qu'aux libertés d'expression et d'informer des médias (protégées par l'art. 10 CESDH et dans la Loi Fondamentale allemande par l'art. 5 al. 1).⁸¹⁹ Il est à cet égard reconnu unanimement que les procès pénaux, et les délits auxquels ils se rapportent, font partie de l'actualité et entrent donc dans la mission d'information des médias.⁸²⁰ Il existe de même un intérêt légitime de la population à être informée des infractions commises, de leur(s) auteur(s) présumé(s) et de l'avancée de la procédure pénale dirigée à leur égard.⁸²¹ Cet intérêt à l'information est d'autant plus important quand l'acte délictueux se distingue de la criminalité habituelle par sa gravité ou les modalités particulières de sa commission (s'il s'agit par exemple d'une personnalité de la vie publique).⁸²² Selon les jurisprudences internes et européenne, le droit à l'information prévaut régulièrement quand il s'agit de la couverture

⁸¹⁸ BVerfG, déc. du 05.06.1973 - 1 BvR 536/72 (BVerfGE 35, 202), reproduite dans *NJW*, 1973, p. 1226-1234, spéc. p. 1230.

⁸¹⁹ V. ici not. CEDH, déc. du 24.11.2005, n° 53886/00, *Tourancheau et July c. France*, ici spéc. al. n° 65 et 66 ; CEDH, déc. du 20.05.1999, n° 21980/93, *Bladet Tromso et Stensaas c. Norvège*, ici spéc. n° 65 ; du côté allemand : BVerfG, *NJW*, 1973, p. 1227 et s. (réf. exactes n. 818). V. égal. MÜLLER, Gerda, « Probleme der Gerichtsberichterstattung », *NJW*, n° 23, 2007, p. 1618 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1378, n° 81 ; KOTZ, Peter, « Strafrecht und Medien », *NStZ*, n° 1, 1982, p. 16 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 479, al. n° 559 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 148-149, n° 246.

⁸²⁰ V. e. a. CEDH, déc. du 29.08.1997, *Worm c. Autriche*, n° 22714/93, ici spéc. n° 50 ; CEDH, déc. du 08.07.1986, n° 9815/82, *Lingens c. Autriche*, ici spéc. n° 42 ; v. aussi du côté all. BVerfG, *NJW*, 1973, p. 1230, (réf. exactes n. 818) ; BVerfG, déc. du 19. 12. 2007 - 1 BvR 620/07 (BVerfGE 119, 309, 321 et s.), reproduite dans *NJW*, 2008, p. 977-981, p. 978 et s., n° 30 et s. V. aussi MÜLLER, Gerda, « Probleme der Gerichtsberichterstattung », *NJW*, 2007, *art. cit.*, p. 1617 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1378, n° 82 ; BORNKAMM, Joachim, « Berichterstattung ü. schwebende Strafverf. », *NStZ*, 1983, *art. cit.*, p. 105 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 336-339, n° 410.

⁸²¹ Ainsi la CEDH dans sa déc. du 23.09.1994, n° 15890/89, *Jersild c. Danemark*, n° 31, n'hésite-telle pas à qualifier en ce sens la presse de « *chien de garde* » de la démocratie. V. du côté allemand e. a. BVerfG, *NJW*, 1973, p. 1230, (réf. exactes n. 818) ; BVerfG, déc. du 3. 4. 2009 - 1 BvR 654/09, reproduite dans *NJW*, 2009, p. 2117-2120, ici spéc. p. 2118, n° 20 ; BVerfG, *NJW*, 2008, p. 978 et s., n° 30 et s. (réf. exactes n. 820). V. aussi ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1378, n° 82 ; BORNKAMM, Joachim, « Berichterstattung ü. schwebende Strafverf. », *NStZ*, 1983, *art. cit.*, p. 105.

⁸²² CEDH 29.08. 1997 *Worm c. Autriche*, n° 22714/93, n° 50 BVerfG, *NJW*, 1973, p. 1230, (réf. exactes n. 818) ; BVerfG, déc. du 3. 4. 2009 - 1 BvR 654/09, reproduite dans *NJW*, 2009, p. 2117-2120, ici spéc. p. 2118, n° 20 ; BVerfG *NJW*, 2008, p. 978 et s., n° 30 et s. (réf. exactes n. 820). V. aussi ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1378, n° 82 ; BORNKAMM, Joachim, « Berichterstattung ü. schwebende Strafverf. », *NStZ*, 1983, *art. cit.*, p. 105 ; RASCHKE, Andreas, « Die Staatsanwaltschaft und der Gang an die Öffentlichkeit », *ZJS*, n° 1, 2011, p. 42.

médiatique concernant l'actualité.⁸²³ Cela ne signifie cependant pas que le nom ou la photo du prévenu seront révélés ou que ce dernier pourra être identifié d'une quelconque autre manière à tout moment de la procédure.⁸²⁴ Dans ce contexte, il en est bien plus appelé à un traitement précautionneux des photos et du matériel issu des mesures d'investigation de l'exécutif (perquisitions, saisies, arrestations)⁸²⁵ et à un véritable travail d'information de la presse par le ministère public.⁸²⁶ À cet égard, le Code de procédure pénale prévoit quant à lui « *que toutes les mesures soient prises, dans les conditions compatibles avec les exigences de sécurité, pour éviter qu'une personne menottée ou entravée soit photographiée ou fasse l'objet d'un enregistrement audiovisuel* » (art. 803 CPP) et la diffusion de l'image d'une personne faisant apparaître sans son accord qu'elle est placée en détention provisoire ou porte des menottes est également prohibée par l'art. 35 ter de la loi du 29 juillet 1881. Ont été de surcroît prévus des garde-fous permettant de restreindre la publicité de la procédure lorsque celle-ci est en mesure de nuire à la dignité de la personne : ainsi les débats sont-ils exclus en matière de détention provisoire devant le juge des libertés et de la détention (art. 145 al. 6 CPP) ou la chambre de l'instruction (art. 199 al. 2 CPP) en cas de saisine aux fins d'examen d'ensemble de la procédure par celle-ci (art. 221-3, I, al. 3 CPP).⁸²⁷ Le Code de procédure allemand encadre de son côté très strictement la diffusion par voie médiatique d'un avis de recherche à l'initiative des autorités de poursuite aux §§ 131-131c StPO.⁸²⁸

133. Au cours du procès, la protection des droits généraux de la personnalité prend plus d'importance, mais cela n'est ici pas le sujet de cette thèse.

§ 3. Le principe d'équité

⁸²³ V. p. ex. CEDH, déc. du 01.07.1997, Oberschlick c. Autriche, n° 20834/92 ; BVerfG, NJW, 1973, p. 1230, (réf. exactes n. 818). V. à ce propos égal. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 337-338, n° 410.

⁸²⁴ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans SK, *art. cit.*, p. 1379, n° 82 ; BORNKAMM, Joachim, « Berichterstattung ü. schwebende Strafverf. », NStZ, 1983, *art. cit.*, p. 105 et s.

⁸²⁵ La CEDH, dans sa déc. du 10.02.1995, Allenet de Ribemont c. France, n°15175/89, parle ainsi à juste titre dans son al. n° 38 d'un « *devoir de réserve* ». V. à ce sujet aussi JUNG, Heike, « (Straf-)Justiz und Medien - eine unendliche Geschichte », GA, 2014, p. 262.

⁸²⁶ V. concernant les modalités de la communication du ministère public avec la presse du côté germanique en particulier : GOUNALAKIS, Georgios, « Verdachtsberichterstattung durch den Staatsanwalt », NJW, n° 21, 2014, p. 1475 et s. ; RASCHKE, Andreas, « Die StA und der Gang an die Öffentlichkeit », ZJS, 2011, *art. cit.*, p. 44 et s.

⁸²⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 186, n° 282.

⁸²⁸ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans SK, *art. cit.*, p. 1381, n° 84.

134. Quant à l'égalité des armes (A), les droits de la défense (B) et le principe de célérité (C), il s'agit des composantes essentielles du principe d'équité.

A – L'égalité des armes et la règle du contradictoire comme composantes essentielles de l'équité du procès

135. Les règles du contradictoire et de l'égalité des armes ne sont pas exprimées en tant que telles dans la CESDH.⁸²⁹ Néanmoins, elles sont les deux formes fondamentales sous lesquelles se manifeste le principe général d'équité.⁸³⁰ Énoncé à l'art. 6.1 CESDH, ce dernier comprend en effet aussi bien le principe du contradictoire – qui suppose qu'une partie puisse prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que les discuter –,⁸³¹ que de l'égalité des armes, qui implique que chaque partie ait la possibilité de défendre sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire⁸³².

136. Contrairement au principe du contradictoire, anciennement familier du droit procédural français, celui de « *l'égalité des armes* » est resté longtemps étranger à la culture juridique française et n'est apparu sur cette scène procédurale que par le biais de la CEDH qui en consacra très tôt l'existence.⁸³³ Si nombreux sont ceux qui restent dubitatifs,⁸³⁴ il n'en reste pas moins que ce principe est désormais traduit en première place à l'article préliminaire dans le CPP (I) dans les termes suivants : « *La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties* », comme s'il convenait d'en souligner

⁸²⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 326, n° 440 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 432, n° 174.

⁸³⁰ La CEDH exprime à ce sujet parfaitement cette idée p. ex. dans ses arrêts CEDH, déc. du 23.06.1993, n° 12952/87, Ruiz Mateo c. Espagne, ici spéc. al. n° 63 ; CEDH, déc. du 24.11.1997, n° 21835/93, Werner c. Autriche, ici spéc. al. n° 63 : « *le principe de l'égalité des armes représente un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance* ». V. égal. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 323-324, n° 436 ; JAKOBS, Sebastian et LOHSE, Kai, « Art. 6 EMRK », dans *KK*, art. cit., n° 41 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 2, § 11, n° 4-7.

⁸³¹ Le principe du contradictoire « *implique [le droit], pour une partie, de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter* », CEDH, déc. du 23.06.1993, n° 12952/87 Ruiz Mateo c. Espagne, ici spéc. al. n° 63 ; CEDH, déc. du 24.11.1997, n° 21835/93, Werner c. Autriche, ici spéc. al. n° 63.

⁸³² CEDH, déc. du 27.10.1993, n° 14448/88, Dombo Beheer B. V. c. Pays-Bas, spéc. al. n° 33 ; v. égal. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 326, n° 439.

⁸³³ La CEDH consacra le principe dès 1959, v. CEDH, avis de la commission du 30.06.1959, n° 434/58, Szwabowicz c. Suède. V. égal. CEDH, avis de la commission du 05.04.1963, n° 524/59 et 617/59, Ofner et Hopfinger c. Autriche ou CEDH, déc. du 17.01.1970, n° 2689/65, Delcourt c. Belgique, spéc. n° 28. V. égal. PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 75-77, n° 47 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 391-392, n° 451.

⁸³⁴ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 76-77, n° 47.

l'importance particulière et vaut comme un principe directeur et fondamental de la procédure pénale à valeur constitutionnelle.⁸³⁵

137. En Allemagne, jusqu'à la nouvelle promulgation de la CESDH en 2002,⁸³⁶ il était difficile de trouver l'expression même du principe d'équité (« *fairen Verfahren* ») dans les textes législatifs.⁸³⁷ En effet, il n'est explicitement énoncé ni dans la Loi Fondamentale allemande, ni dans le Code de procédure pénale ; seule la Constitution relativement récente (1992) de la région autonome de Brandenburg fait mention dans son article 52 al. 4, 1^e phrase d'un droit à « *une procédure équitable dans un délai raisonnable devant un juge indépendant et impartial* »^{838, 839} La Cour fédérale constitutionnelle allemande s'appuie cependant sur l'article 6.1 CESDH et l'article 2 de la Loi Fondamentale allemande en combinaison avec le principe constitutionnel de l'État de droit pour reconnaître l'équité comme notion directrice et fondamentale à valeur constitutionnelle de la procédure pénale allemande.⁸⁴⁰ Elle se réfère par ailleurs parfois également à l'article 1 al. 1 de la Loi Fondamentale allemande en soulignant par là qu'un procès équitable touche directement à la dignité de la personne, l'accusé ne devant jamais être dégradé au statut de simple objet de la procédure.⁸⁴¹ Comme il transparaît

⁸³⁵ "Le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmé par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 ; [il] implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties." V. CC, déc. du 28.07.1989, n° 89-260 DC, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, ici spéc. cons. n° 44. Si l'expression "égalité des armes" n'est pas utilisée, le contenu du principe et sa valeur constitutionnelle sont reconnus, v. DINTILHAC, Jean-Pierre, « L'égalité des armes dans les enceinte judiciaires », *Rapport annuel de la C. cass., 2^e partie, ét. sur le thème de l'égalité*, 2003, en ligne :

<https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tu_des_documents_40/tudes_theme_egalite_42/enceinte_judiciaires_6255.html>, consulté dernièrement le 11.06.2017.

⁸³⁶ V. BT, *BGBI.* (= *JO* de la République fédérale d'Allemagne), n° 18 du 27.05.2002, partie II, p. 1054, en ligne : https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl111s1054.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl202s1054.pdf%27%5D__1497449343164, consulté dernièrement le 14.06.2017.

⁸³⁷ BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 137.

⁸³⁸ Traduit librement de la formule allemande originale « *fairen und zügiges Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Richter* ».

⁸³⁹ BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 137.

⁸⁴⁰ V. e.a. BVerfG, déc. du 08.10.1974 - 2 BvR 747/73 e.a. (*BVerfGE* 38, 105, ici spéc. 111), reproduite dans *NJW*, 1975, p. 103-105 ; BVerfG, déc. du 11. 3. 1975 - 2 BvR 135-139/75, (*BVerfGE* 39, 156, ici spéc. 163), reproduite dans *NJW*, 1975, p. 1013-115 ; BVerfG, déc. du 28.03.1984 - 2 BvR 275/83 (*BVerfGE* 66, 313, ici spéc. 318), reproduite dans *StV*, 1984, p. 344-345 ; V. égal. RZEPKA, Dorothea, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren*, op. cit., p. 117 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 139 ; GERCKE, Björn et TEMMING, Dieter, « Einleitung », dans *HK, art.cit.*, p. 9, n° 32.

⁸⁴¹ V. p. ex BVerfG, déc. du 27.11.1984 - 2 BvR 236/84, reproduite dans *StV*, 1985, p. 177-180 ici spéc. p. 177 (al. n° 7 : „Zum anderen ist es ein tragendes Konstitutionsprinzip, die menschliche Persönlichkeit und ihre Würde als

des premières traductions allemandes de la CESDH, l'équité du procès fut d'abord comprise, comme dans le système français, avant tout comme l'expression des règles du contradictoire desquelles résultaient uniquement le droit d'être entendu sur son affaire de « manière équitable » (« *in billiger Weise* »).⁸⁴² L'art. 6 CESDH, inspiré des modèles procéduraux anglo-saxons, imposa néanmoins à l'Allemagne une conception plus large de l'équité s'étendant notamment au concept de l'égalité des armes que le système allemand avait jusque-là majoritairement refusé en déniait la qualité de partie au procureur.⁸⁴³ Difficile de ce fait à intégrer au système du StPO, il fait également toujours l'objet de nombreuses critiques doctrinales.⁸⁴⁴

138. Si la règle de l'égalité des armes sous-entend en soi l'existence de « *parties* » – raison pour laquelle ce principe ne vaut véritablement pleinement que lors du procès principal – l'objectif de ce droit en tant que modalité du principe d'équité tend à une défense effective pendant la totalité de la procédure, ce qui rend une interprétation matérielle indépendante de la conception formelle du terme « *accusé* » nécessaire.⁸⁴⁵ Cela est vrai pour l'ensemble de la règle d'équité de telle sorte que la protection prévue à l'art. 6.1 CESDH doit être également assurée avant l'acte formel du déclenchement des poursuites et, au plus tard, lorsque le destinataire d'un acte des autorités publiques apprend que ces dernières enquêtent car elles le soupçonnent d'avoir commis une infraction pénale.⁸⁴⁶ Le principe vaut ainsi, même s'il est

höchsten Rechtswert anzuerkennen und den Verdächtigen im Verfahren nicht zum bloßen Objekt des Handelns der Strafverfolgungsbehörden zu stempeln“ ; V. égal. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 2, § 11, n° 4 ; RZEPKA, Dorothea, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren*, op. cit., p. 117 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 139.

⁸⁴² ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 2, § 11, n° 5.

⁸⁴³ V. p. ex. e. a. DOHNA, Alexander, *Das Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 49 ; KRIES, August (von), *Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts*, Freiburg, Mohr, 1892, p. 220 ; plus récemment : KREY, Volker, *Deutsches Strafverfahrensrecht, Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung*, vol. 2, Stuttgart, Kohlhammer, 2007, n° 259 ; GEERDS, Friedrich, « Buchrezension: Wolfgang Knapp, *Der Verteidiger - ein Organ der Rechtspflege*, 1974 », *GA*, 1975, p. 347.

⁸⁴⁴ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 2, § 11, n° 7 ; KREY, Volker, *Deutsches Strafverfahrensrecht, Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung*, Bd. 2, op. cit., n° 259 ; GEERDS, Friedrich, « Buchrezension », *GA*, art. cit., 1975, p. 347.

⁸⁴⁵ CEDH, déc. du 18.01.2011, n° 4479/03, Mikolajová c. Slovaquie, ici spec. al. n° 40 : « *That concept [subject of a “charge”] is « autonomous » ; it has to be understood within the meaning of the Convention and not solely within its meaning in domestic law* ».

⁸⁴⁶ CEDH, déc. du 14.10.2010, n° 1466/07, Brusco/France, ici spéc. al. n° 47, dernière phrase : « *L'argument selon lequel le requérant n'a été entendu que comme témoin est inopérant, comme étant purement formel, dès lors que les autorités judiciaires et policières disposaient d'éléments de nature à le suspecter d'avoir participé à l'infraction* ».

plus atténué que lors du procès principal pour ne pas paralyser les autorités de poursuite dans leur recherche de la vérité, tout au long de la phase de la mise en état de l'affaire pénale.⁸⁴⁷

139. Or, force est de constater dans ce segment de la procédure un déséquilibre criant au profit des autorités de poursuite qui peuvent, par des mesures de contrainte, attenter aux libertés individuelles d'autrui en forçant par exemple quelqu'un à comparaître ou en le retenant contre sa volonté en garde à vue ou en détention provisoire ou encore en obligeant un témoin à faire une déclaration.⁸⁴⁸ Ainsi les conditions pour une égalité des armes ne sont-elles, « *d'un point de vue arithmétique* »⁸⁴⁹, pas satisfaites.⁸⁵⁰ La notion « *d'égalité des armes* » (ou « *Waffengleichheit* » en allemand) est dans ce sens ambiguë et trompeuse puisqu'elle laisse croire que l'accusateur et l'accusé ou la personne soupçonnée sont des parties au même titre et qu'elles doivent être parées des mêmes armes.⁸⁵¹ Vu les spécificités procédurales pénales, on ne peut cependant pas parler de « partie » au sens propre du terme. En effet ni le procureur, ni l'accusé ne sont « partie » du procès pénal tels que le seraient classiquement un requérant et un défendeur dans le cadre d'un procès civil, qui poursuivraient chacun leur propre et seul intérêt.⁸⁵² Ils ont bien plus des caractéristiques très différentes qui s'orientent à leur rôle opposé dans le procès : si le procureur dispose de prérogatives de puissance

⁸⁴⁷ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 126-127, n° 175-175.2 ; NEUMANN, Ulfrid, « *Materiale und prozedurale Gerechtigkeit* », *ZStW*, 1989, art. cit., p. 52 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 140 et s. ; RZEPKA, Dorothea, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren*, op. cit., p. 30-31 et p. 339 ; GERCKE, Björn et TEMMING, Dieter, « *Einleitung* », dans *HK*, art.cit., p. 9, n° 33 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 393-394, n° 452-453 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 329-331 et p. 347 et s., n° 445-449 et n° 469 et s.

⁸⁴⁸ BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 144 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 126, n° 174 ; MÜLLER, Eggon, « *Der Grundsatz der Waffengleichheit* », *NJW*, n° 24, 1976, p. 1065 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 77, n° 47 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 194, n° 326.

⁸⁴⁹ Traduit librement de l'allemand « *im Sinne einer arithmetischen Verrechnungseinheit* », BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 144.

⁸⁵⁰ Dans ce sens également KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 126, n° 174 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 2, § 11, n° 7 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 77, n° 47 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 194, n° 326. MÜLLER, Eggon, « *Waffengleichheit* », *NJW*, 1976., art. cit., p. 1065, qui indique ici que l'égalité des armes ne saurait être comprise « *comme une égalité mathématique ou logique* » (« *als mathematische oder logische Egalität* »).

⁸⁵¹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 77, n° 47 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 126, n° 174 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 144.

⁸⁵² PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 77, n° 47 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 194-195, n° 328 ; HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, op. cit., p. 39-40 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 144.

publique diverses, il est aussi lié à une obligation stricte d'objectivité.⁸⁵³ L'accusé, lui poursuit au contraire son seul intérêt personnel et est par ailleurs autorisé à garder le silence ou à nier un fait qui s'est déroulé tandis qu'une partie à un procès civil doit rapporter la vérité.⁸⁵⁴ Dans ce sens, il ne s'agit donc pas ici d'établir une égalité des armes au sens strict du terme en accordant à chaque partie les mêmes moyens, mais de garantir une véritable égalité des chances, en accordant à l'autre partie des droits en mesure de lui permettre une pleine défense, tout en tenant compte des spécificités liées au rôle de chacune de ces parties.⁸⁵⁵ À cet égard, la Cour de Paris énonce à très juste titre que l'art. 6 CEDH « *a explicitement écarté la notion d'identité pour retenir celle d'égalité* » et que « *l'égalité n'exclut pas la différence dès lors que celle-ci ne conduit pas à un déséquilibre dans le traitement des parties* ». ⁸⁵⁶ Considérant que l'avant-procès est marqué du fait de la possibilité des autorités d'enquête de recourir à la contrainte par une relation de supériorité par rapport à l'accusé, il s'agira donc ici d'en tenir compte pour compenser ce déséquilibre par une répartition fonctionnelle entre divers acteurs à même de préserver des chances de la défense sinon identiques, du moins équivalentes. Car le danger « *qu'un ministère public aussi fortement constitué que le nôtre [...] au point de vue judiciaire ne détruise l'égalité entre l'accusation et la défense que les pays libres considèrent comme le principe essentiel de la procédure criminelle* »⁸⁵⁷ est latent.

⁸⁵³ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 77, n° 47 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 144 ; HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, op. cit., p. 39-40.

⁸⁵⁴ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 77, n° 47 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 144.

⁸⁵⁵ Selon Valentine Bück, si l'article préliminaire du CPP ne consacre pas explicitement le principe d'égalité des armes, c'est qu'à l'instar du CC qui n'emploie pas non plus ces termes (v. n. 835), le législateur n'ignore pas que la procédure pénale française ne garantit pas de façon absolue cette règle mais tend bien plus à assurer l'équilibre des droits des parties, v. « Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes », Cah. CC, n° 10, 2001, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-10/le-conseil-constitutionnel-et-les-reformes-penales-recentes.52377.html>>, consulté dernièrement le 15.06.17. V. égal. PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 77, n° 47 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 194-195, n° 326 et 328 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 144-145 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 2, § 11, n° 7 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 126, n° 174.

⁸⁵⁶ CA Paris, déc. du 04.04.2001, reproduite dans *Rec. Dal.*, n° 22, 2001, p. 1773, concernant une affaire dans laquelle un prévenu avait soutenu devant la Cour que les conditions dans lesquelles il avait été jugé étaient inévitables au regard de l'art. 6.1 CEDH en raison de la position surélevée dans laquelle se trouvait le ministère public à l'audience.

⁸⁵⁷ GARSONNET, Eugène et CÉZAR-BRU, Charles, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, vol. 1, Paris, Recueil Sirey, 1912, p. 277, n° 177.

140. Ces règles d'équité ont toutefois des racines plus profondes.⁸⁵⁸ En effet, certains des droits de la défense spécifiquement prévus à l'art. 6.3 CESDH ont précisément pour but de garantir le respect du contradictoire et de l'égalité des armes au profit du prévenu en lui ouvrant l'accès aux éléments fondant l'accusation pour lui permettre de les discuter.⁸⁵⁹ Il s'agit ici en particulier, dès lors que l'on admet que ces règles trouvent dans une moindre ampleur également application lors de la phase préliminaire au procès, du droit « *d'être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* » (art. 6.3 a CESDH), de celui de « *disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense* » (art. 3.3 b CESDH) et de celui « *d'interroger ou faire interroger les témoins à charge* » (art. 6.3 d CESDH). Méconnaître l'un de ces droits, porte atteinte non seulement au principe général d'équité énoncé à l'art. 6.1 CESDH mais également aux règles particulières de l'art. 6.3 CESDH ; les principes du contradictoire et de l'égalité des armes ont ainsi un noyau dur commun lorsqu'ils se confondent avec les droits de la défense.⁸⁶⁰ Et c'est désormais à ces droits plus spécifiques qu'il convient de s'attacher plus précisément.

B – Les droits spécifiques de la défense résultant des principes généraux d'équité

141. L'équité ne peut en soi être assurée qu'à la condition que soient prévus des droits de la défense concrets, placés au cœur du procès pénal.⁸⁶¹ Afin que les garanties du procès équitable ne restent pas lettre morte, il a donc été reconnu que la nécessité de « *protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs [...] vaut spécialement pour les droits de la défense eu égard au rôle éminent que le droit à un procès équitable, dont ils dérivent, joue dans une société démocratique.*⁸⁶² À ce titre ont été développés notamment le droit à être entendu (1), le droit au silence (2), la liberté de ne pas participer activement aux

⁸⁵⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 326, n° 441.

⁸⁵⁹ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1392-1393, n° 103 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Art. 6 EMRK », dans *StPO-Ko., art. cit.*, n° 16 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 326, n° 441.

⁸⁶⁰ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1392-1393, n° 103 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Art. 6 EMRK », dans *StPO-Ko., art. cit.*, n° 16 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 326, n° 441.

⁸⁶¹ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1392-1393, n° 103 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 347, n° 469.

⁸⁶² CEDH, déc. du 13.05.1980, Artico c. Italie, n° 6694/74, ici spéc. al. n° 33 ; CEDH, déc. du 19.10.2004, n° 59335/00, Makhfi c. France, ici spéc. n° 32.

mesures d'enquête (3), le droit à l'assistance à un avocat (4), le droit formel d'influer sur la procédure (5) et le droit, pareillement que le devoir de comparaître personnellement (6).

1) Le droit à être entendu

142. Le prévenu dispose d'un droit à être entendu pour sa cause, garanti aux art. 6.1 CESDH et 14 al. 1 Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁸⁶³ que le système allemand a, pour sa part, consacré à l'art. 103 al. 1 GG.⁸⁶⁴ Conformément à celui-ci, il doit être donné la possibilité à l'inculpé de prendre position sur les faits reprochés,⁸⁶⁵ de déposer des demandes et de s'exprimer sur la situation factuelle et juridique⁸⁶⁶ (sont concernés ici les faits ainsi que les résultats des preuves établies).⁸⁶⁷ Le tribunal devra en prendre connaissance et les considérer sans être pour autant tenu d'accorder un entretien judiciaire.⁸⁶⁸ Cependant, ce droit est fortement restreint au stade de l'avant-procès. Si nous n'irons pas jusqu'à dire comme certains, qu'il est absent de la phase préliminaire allemande,⁸⁶⁹ le § 163a al. 1, 1^e phrase StPO⁸⁷⁰ montrant que ce dernier existe déjà à ce stade, son étendue est ici très limitée.⁸⁷¹ À titre d'exemple, même le juge n'est pas invariablement tenu d'entendre le prévenu, le § 33 al. 4 StPO prévoyant bien plus explicitement une dérogation à ce principe quand une telle audition mettrait en danger le but de la mesure adoptée et concernée par

⁸⁶³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 326, n° 440.

⁸⁶⁴ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1384, n° 88 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 9, n° 30.

⁸⁶⁵ V. not. BVerfG, déc. du 24.03.1982 - 2 BvH 1, 2, 233/82 (*BVerfGE* 60, 175, 210), reproduite dans *NJW*, 1982, p. 1579-1583, spéc. p. 1582.

⁸⁶⁶ V. not. BVerfG, déc. du 13.11.1956 - 1 BvR 513/56 (*BVerfGE* 6, 19, 20), reproduite dans *NJW*, 1957, p. 17 ; BVerfG, déc. du 11.02.1987 - 1 BvR 475/85 (*BVerfGE* 74, 228, 233), reproduite dans *NJW*, 1987, p. 2067 ; v. du côté fr. p. ex. Cass. crim., déc. du 04.11.2008, n°08-80.495, publiée au *bull.* n° 224 ; Cass. crim., déc. du 04.06.2003, n° 02-84.162, publiée au *bull.* n° 118, p. 452 ; Cass. crim., déc. du 13.02.2008, n° 07-84.341, publiée au *bull.* n° 39, p. 145.

⁸⁶⁷ MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 23 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 9, n° 30 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1385, n° 91 ; GERCKE, Björn et TEMMING, Dieter, « Einleitung », dans *HK, art.cit.*, p. 6, n° 22. V. du côté fr. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 329, n° 445.

⁸⁶⁸ BVerfG, déc. du 17.05.1983 - 2 BvR 731/80 (*BVerfGE* 64, 135), reproduite dans *NJW*, 1983, p. 2762-2766, ici spéc. p. 2763. V. égal. e. a. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 9, n° 30 ; GERCKE, Björn et TEMMING, Dieter, « Einleitung », dans *HK, art.cit.*, p. 6, n° 23.

⁸⁶⁹ En arrive pourtant à ces conclusions ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 9, n° 30.

⁸⁷⁰ Celui-ci spécifie que le suspect doit être entendu au plus tard avant la clôture de l'enquête, § 163a al. 1, 1^e phrase StPO : « *Der Beschuldigte ist spätestens vor dem Abschluß der Ermittlungen zu vernehmen [...]* ».

⁸⁷¹ En ce sens not. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1384, n° 90 ; GERCKE, Björn et TEMMING, Dieter, « Einleitung », dans *HK, art.cit.*, p. 6, n° 22 ; WAGNER, Heinz, « Rechtliches Gehör im Ermittlungsverfahren », *ZStW*, vol. 109, n° 3, 1997, p. 567.

l'audition.⁸⁷² Du côté français, il n'y a pas de mesure similaire au § 163a StPO imposant aux autorités de poursuite d'entendre le suspect (à noter toutefois que cette disposition ne fixe pas de délais précis dans lesquels doit avoir lieu l'audition), bien qu'en en pratique, l'audition ou la garde à vue du mis en cause soient quasi-systématiques, le recours en particulier à cette dernière tendant même à être abusif⁸⁷³. Comme composante du principe contradictoire consacré à l'ouverture du Code de procédure pénale, le respect du droit à être entendu ne s'en impose pas moins dans la phase préparatoire du procès.⁸⁷⁴ Il est ici cependant abordé sous un angle quelque peu différent et sa portée est, à l'instar du système germanique, considérablement atténuée.⁸⁷⁵ Il ne s'agit pas encore ici d'accorder aux personnes concernées un droit d'être entendues par les autorités de poursuite mais bien plus d'assurer dans un premier temps l'accès aux informations nécessaires qui permettront ensuite au prévenu de se défendre par la suite comme il l'entend lors de la phase pleinement contradictoire de jugement.⁸⁷⁶ Concernant l'enquête, celle-ci, n'est en principe pas contradictoire, la phase judiciaire n'ayant pas encore été déclenchée.⁸⁷⁷ Le suspect et la victime n'ont donc, en règle générale et faute de la qualité de « *partie* », pas accès au dossier, qu'ils disposent ou non d'un avocat.⁸⁷⁸ Toutefois, il est autorisé un accès limité à l'avocat d'une personne placée en garde à vue (pour l'essentiel les procès-verbaux d'audition et de confrontation de l'intéressé ainsi que le procès-verbal de garde à vue, art. 63-4-1 CPP), l'autorité judiciaire disposant néanmoins du droit de différer cet accès.⁸⁷⁹ Au cours de l'instruction, l'accès au dossier est pleinement

⁸⁷² ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 9, n° 30.

⁸⁷³ V. sur le recours abusif et trop hâtif à la garde-à-voir p. ex. SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 227, n° 406.

⁸⁷⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 354-355, n° 481-482 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 183, n° 299. V. en ce sens aussi CEDH, déc. du 24.11.1993, n° 13972/88, Imbrioscia c. Suisse, al. n° 36 : les droits de la défense s'appliquent non seulement au jugement mais égal. « *avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès.* » ou encore CEDH, déc. du 09.04.2015, n° 30460/13, A. T. c. Luxembourg, ici spéc. al. n° 62.

⁸⁷⁵ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 355 et 361, n° 482 et 489.

⁸⁷⁶ SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 182, n° 299 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 329, n° 445.

⁸⁷⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 330, n° 447.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, n° 447.

⁸⁷⁹ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 597, n° 833. À noter que, pour la Cour de cassation, « *l'absence de communication de l'ensemble des pièces du dossier, à ce stade de la procédure, n'est pas de nature à priver la personne d'un droit effectif et concret à un procès équitable, dès lors que l'accès à ces pièces est garanti devant les juridictions d'instruction et de jugement* », v. Cass. crim., déc. du 19.09.2012, n° 11-88.111, publiée au *bull.*, n° 194. Se rapporter à ce sujet e.a. à la n. de jurispr. correspondante FOURMENT, François,

ouvert aux parties, c'est-à-dire au mis en examen, à la partie civile et par assimilation au témoin assisté.⁸⁸⁰ Le juge ne peut en aucun cas se fonder sur des éléments du dossier qui ne leur aurait pas été soumis.⁸⁸¹ Par ailleurs, en transposition de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012, la loi du 27 mai 2014 a ici ouvert à la partie non assistée d'un avocat le droit d'obtenir copie des pièces du dossier au cours de l'instruction (v. l'actuel art. 114 al. 4 CPP), alors que cela était auparavant exclu en raison de la nécessité de protéger le secret de l'instruction.⁸⁸²

143. Du côté allemand, jusqu'à peu, la personne mise en cause ne disposait au stade de l'avant-procès d'un droit d'accès général et direct au dossier que si elle ne passait pas par l'intermédiaire de son avocat (art. 147 al. 1 StPO).⁸⁸³ Si elle n'était pas représentée juridiquement, elle pouvait tout au plus prétendre à un accès limité et ce seulement si cela ne menaçait pas les fins de l'enquête (v. ancien § 147 al. 7 StPO). Pour répondre aux mêmes exigences européennes que la France et profitant de l'introduction des dossiers d'enquête électroniques au sein de l'autorité judiciaire allemande, le législateur germanique a désormais consacré à la suite de la loi relative à l'introduction des dossiers électroniques au sein de l'autorité judiciaire et au droit des échevins entrée en vigueur le 5 septembre 2017⁸⁸⁴ un droit direct et général d'accès au dossier du prévenu au § 147 al. 4 StPO.⁸⁸⁵ Le droit d'accès au dossier est donc en ce sens plus large que celui dont bénéficie la personne mise en cause au stade de l'enquête du côté français. À noter néanmoins que l'accès général au dossier du prévenu, le cas échéant par le biais de son avocat, peut être restreint si l'autorité judiciaire estime qu'il met en danger l'objectif des investigations (§ 147 al. 2 StPO).

« Droit effectif et concret à un procès équitable et "assistance effective" du gardé à vue », *JCP G*, n° 47, 2012, p. 1242 ; PRADEL, Jean, « Du droit de l'avocat d'accéder au dossier établi au cours d'une garde à vue, doctr. 1223 », *JCP G*, n° 46, 2012, p. 2057-2063. Cette jurispr. est en accord avec la CEDH qui a jugé dernièrement que l'art. 6 CESDH n'imposait pas que le dossier de la procédure soit mis à la disposition de la personne concernée dès le premier interrogatoire (CEDH, déc. du 09.04.2015, n° 30460/13, A. T. c. Luxembourg, ici spéc. al. n° 62 et s.).

⁸⁸⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 330, 448.

⁸⁸¹ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 19.09.2006, n° 05-83.536, publiée au *bull.* n° 228, p. 803

⁸⁸² GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 1094-1095, n° 2067-2068 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 330-331, n° 448.

⁸⁸³ JULIUS, Karl-Peter et SCHIEMANN, Anja, « § 147 StPO », dans dans *HK*, op. cit., p. 882, n° 2 ; WESSING, Jürgen, « § 147 StPO », dans J.-P. GRAF (éd.), *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra* (abrégé *BeckOK-StPO*), 30^e édition, München, C.H. Beck, 2018, n° 2.

⁸⁸⁴ BT, « Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs », *BGBI.*, partie I, n° 45, juillet 2017, p. 2208.

⁸⁸⁵ WESSING, Jürgen, « § 147 StPO », dans *BeckOK StPO*, art. cit., n° 2.

2) Le droit au silence

144. Concernant le droit au silence et l'absence d'obligation de s'auto-incriminer (« *nemo tenetur se ipsum accusare* ») ou de participer de quelque façon que ce soit activement aux investigations, ils occupent une place importante au stade de l'enquête,⁸⁸⁶ et ce, tant pour le témoin que pour le prévenu.⁸⁸⁷ Ce droit, ancré également à l'art. 14 al. 3 g du pacte international relatif aux droits civils et politiques et tiré par le CEDH du principe du procès équitable inscrit à l'art. 6.1 CESDH, vient appuyer la position de sujet subjectif du prévenu et exprime la reconnaissance de la priorité de son droit de la personnalité sur l'intérêt aux poursuites.⁸⁸⁸ Il est une manifestation du principe constitutionnel de l'interdiction d'obliger quelqu'un à s'auto-incriminer qui résulte, du côté allemand selon la Cour Constitutionnelle fédérale, tant du droit de la personnalité (art. 2 al. 1 GG) que du droit à la dignité humaine (art. 1 al. 1 GG).⁸⁸⁹ Le Conseil constitutionnel le déduit, quant à lui, de la règle de la présomption d'innocence proclamée par l'art. 9 de la déclaration de 1879.⁸⁹⁰ À côté du droit d'influer sur la procédure, il s'agit de l'une des formes les plus importantes de la règle d'interdiction de pousser une personne à s'auto-incriminer.⁸⁹¹ Ce droit se traduit par une

⁸⁸⁶ ESER, Albin, « Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rechtsstellung des Beschuldigten », *ZStW*, vol. 79, n° 3, 1967, p. 570 ; du côté français, v. not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 391, n° 530.

⁸⁸⁷ CEDH, déc. 20.10.1997, n° 20225/92, *Serves c. France*, ici spéc. al. n° 42 ; v. dans la doctr. e. a. MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 29a ; SAFFERLING, Christoph, « Das Recht zu schweigen und seine Konsequenzen, Entwicklungen in nationalen und internationalen Strafverfahren », *ZIS*, n° 13, 2009, p. 784 ; ROETS, Damien, « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJP*, n° 3, 2008, p. 119-121.

⁸⁸⁸ V. p. ex. du côté allemand BGH, déc. du 16.02.1954 - 1 StR 578/53 (*BGHSt*, 5, 333), reproduite dans *NJW*, 1954, p. 649-650. V. égal. dans la doctr. JAKOBS, Sebastian et LOHSE, Kai, « Art. 6 EMRK », dans *KK*, art. cit., n° 55 ; WOLFLAST, Gabriele, « Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung - Besprechung des BGH-Urteils vom 09.04.1986 - 3 StR 551/85 », *NStZ*, 1987, p. 103 ; GLER, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR²⁶*, op. cit., p. 545, n° 27 ; ROGALL, Klaus, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, op. cit., p. 129-130 ; RÜPING, Hinrich, « Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten », *JR*, 1974, n° 4, p. 137 ; dans un sens similaire au niveau français DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 438, n° 589.

⁸⁸⁹ V. p. ex. BGH, *NJW*, 1954, p. 649-650 (v. réf. exacte n. 888) ; BGH, déc. du 14.06.1960 - 1 StR 683/59 (*BGHSt*, 14, 358), reproduite dans *NJW*, 1960, p. 1580-1582 ; BVerfG, déc. du 15. 10. 2004 - 2 BvR 1316/04, reproduite dans *NJW*, 2005, p. 352-353. V. aussi WOLFF, Heinrich Amadeus, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 39 et s. ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 1363, n° 66 ; BÖSE, Martin, « Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes "Nemo tenetur se ipsum accusare" », *GA*, 2002, p. 103 et s.

⁸⁹⁰ V. p. ex. CC, déc. du 26.09.2014, QPC n° 2014-416, Association France Nature Environnement, publiée au *JO* du 28.09.2014, p. 15791, texte n° 50, ici spéc. considérant n° 15. V. égal. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 438, n° 589.

⁸⁹¹ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 1363, n° 66 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 438, n° 589. La CEDH indique quand à elle que « même si l'article 6 (art. 6) de la Convention ne les mentionne pas expressément, le droit de se taire lors d'un interrogatoire de

liberté d'action dans le cadre d'une audition au cours de laquelle le prévenu pourra décider tant de la question de s'il fera une déposition, que de celle du « comment » il y procédera.⁸⁹² Si la reconnaissance de ce principe est prometteuse, le contenu exact de cette prérogative est lui problématique et très controversé, ce qui est parfaitement visible dans les flottements des ordres procéduraux internes à ce sujet.⁸⁹³

145. En droit français, le droit au silence transparait dans l'art. 116 al. 4 et 5 du Code de procédure pénale qui impose au magistrat instructeur, quand une personne qu'il prévoit de mettre en examen comparait pour la première fois devant lui, d'informer cette dernière « qu'elle a le choix de se taire, soit de faire des déclarations, soit d'être interrogée ». Plus difficile s'est révélée la question de l'étendue de cette obligation notamment concernant l'enquête, le législateur faisant ici preuve de nombreuses tergiversations.⁸⁹⁴ Introduisant en 2000 une disposition similaire au profit du suspect placé en garde à vue avant son interrogatoire par la police (v. art. 63-1 CPP dans sa rédaction des lois des 15 juin 2000 et 4 mars 2002⁸⁹⁵), il crut pouvoir abroger cet article pour la garde à vue par la loi du 18 mars 2003 de peur que celui-ci ne favorise des comportements de repli chez les personnes concernées.⁸⁹⁶ Sous la pression conjuguée de la Cour de Strasbourg⁸⁹⁷ et du Conseil constitutionnel⁸⁹⁸, il

police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au coeur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 », v. p. ex. CEDH, déc. du 08.02.1996, n° 18731/91, John Murray c. Royaume-Uni, ici spéc. al. n° 45 ; CEDH, déc. du 14.10.2010, n° 1466/07, Brusco c. France, ici spéc. al. n° 44.

⁸⁹² V. not. BGH, *NJW*, 1954, p. 649-650 (réf. exactes en n. 889). V. égal. ESER, Albin, « Aussagefreiheit u. Beistand des Verteidigers im EV », *ZStW*, 1967, *art. cit.*, p. 576 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1364, n° 67 ; MEYER, Frank, « Die Aussagefreiheit und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung », *GA*, 2007, p. 18 ; dans un sens similaire au niveau français DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 440 et s., n° 592 et s. De fait, si la personne concernée parle, il ne saurait lui être reproché de ne pas dire la vérité en refusant de reconnaître sa culpabilité. La chambre criminelle a en conséquence censuré au visa de l'art. 14 al. 3 g PIDCP un arrêt ayant fondé le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme en retenant ce refus, v. not. Cass. crim., déc. du 01.10.2008, n° 08-81.338, publiée au *bull.* n° 201.

⁸⁹³ GLEß, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 545, n° 27 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1364, n° 68 ; BÖSE, Martin, « Nemo tenetur se ipsum accusare », *GA*, 2002, *art. cit.*, p. 98 ; ROETS, Damien, « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination », *AJP*, 3-2008, *art. cit.*, p. 120.

⁸⁹⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 440-441, n° 593 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 485, n° 569.

⁸⁹⁵ L. n° 2002-307 complétant la l. du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes du 5 mars 2002, p. 4169.

⁸⁹⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 440-441, n° 593 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 485-486, n° 570.

⁸⁹⁷ V. ici p. ex. CEDH, déc. du 14.10.2010, n° 1466/07, Brusco c. France, ici spéc. al. n° 45 ; CEDH, déc. du 11.12.2008, n° 4268/04, Pavanovits c. Chypre, ici spéc. al. n° 70-71 ; CEDH, déc. du 02.03.2010, n° 54729/00, Adamkiewicz c. Pologne, ici spéc. al. n° 88-89.

⁸⁹⁸ V. not. CC, déc. du 30.07.2010, QPC n° 2010-14/22, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], publiée au *JO* du 31.07.2010, p. 14198.

rétablit finalement le devoir de notifier à la personne gardée à vue le droit de se taire dans une loi du 14 avril 2011⁸⁹⁹ et généralisa cette obligation à toutes les phases de la procédure pénale en transposition de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.⁹⁰⁰ Ainsi celle-ci est-elle désormais prévue lors de l'audition de la personne soupçonnée par les enquêteurs, même librement (art. 61-1, 4° CPP), lors de l'instruction au profit de la personne mise en examen (art. 116 al. 4 CPP), comme du témoin assisté (art. 113-4 al. 1 CPP) et au stade du jugement lors de présentation au procureur de la République (art. 393 al. 4 CPP) ou devant la juridiction saisie (art. 328 al. 1 et art. 406, 2^e phrase CPP).⁹⁰¹ La première conséquence directe de ce droit au silence est d'entraîner l'irrégularité des déclarations faites par un accusé lorsque celui-ci s'est trouvé dans l'obligation de déposer sous peine de sanctions pénales, et ce, quelle que soit la gravité ou la complexité des délits reprochés.⁹⁰² Toutefois, « toute mesure coercitive ne doit pas faire conclure à une atteinte injustifiée à ne pas s'incriminer soi-même »⁹⁰³ : seule la « coercition abusive »⁹⁰⁴ est interdite.⁹⁰⁵ Dans ce contexte, les règles prévues par l'ordre interne obligeant par exemple le témoin, entendu lors d'une instruction ou devant la juridiction de jugement, à prêter serment « de dire toute la vérité, rien que la vérité » (art. 103, 446 CPP) sont susceptibles de poser problème.⁹⁰⁶ Il en est de même de l'art. 434-15-1 CPP, qui fait du refus de prêter serment ou de déposer un délit, ou des art. 434-13 et 434-14 CPP, qui sanctionnent un faux témoignage.⁹⁰⁷ La Chambre criminelle a très tôt dans ce sens annulé l'interrogatoire de l'inculpé sous la foi du serment comme non conforme aux droits de la défense, celui-ci impliquant de dire la vérité alors que la personne mise en examen, de même que le prévenu, devaient pouvoir mentir sans craindre de sanction.⁹⁰⁸ Cette solution ne s'appliquait cependant

⁸⁹⁹ Art. 63-1 modifié par la l. n°2011-392 du 14 avril 2011.

⁹⁰⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 440-441, n° 593 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 485, n° 569.

⁹⁰¹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 441, n° 593.

⁹⁰² CEDH, déc. du 17.12.1996, n° 19187/91, Saunders c. Royaume-Uni, ici spéc. al. n° 68-74. V. égal. ROETS, Damien, « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination », *AJP*, 3-2008, *art. cit.*, p. 120.

⁹⁰³ CEDH, déc. du 04.10.2005, n° 6563/03, Shannon c. Royaume-Uni, ici spéc. al. n° 36.

⁹⁰⁴ V. not. CEDH, déc. du 17.12.1996, n° 19187/91, Saunders c. Royaume-Uni, ici spéc. al. n° 68 ; CEDH, déc. du 08.02.1996, n° 18731/91, John Murray c. Royaume-Uni, ici spéc. al. n° 45.

⁹⁰⁵ ROETS, Damien, « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination », *AJP*, 3-2008, *art. cit.*, p. 120.

⁹⁰⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 442, n° 595.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, n° 595.

⁹⁰⁸ V. à ce propos p. ex. Cass. crim., déc. du 06.01.1923, reproduite dans *DP*, 1924, 1, 175.

pas à la personne entendue en garde à vue sur commission rogatoire.⁹⁰⁹ Le législateur a finalement mis un terme à cette distinction jurisprudentielle en excluant par sa loi du 9 mars 2004 les gardés à vue du champ de l'obligation de prêter serment et de déposer (v. art. 153 al. 3 CPP).⁹¹⁰ Cette solution ne constitue cependant pas réellement une rupture radicale avec la jurisprudence antérieure dans la mesure où ladite disposition précise que le fait que la personne exemptée de prêter serment ait tout de même prêté serment n'est pas cause de nullité, ce qui apparaît pour le moins curieux.⁹¹¹ Mais la CEDH n'a pas sanctionné la France sur ce point : l'obligation mise à la charge du témoin de prêter serment et les sanctions prononcées en cas de non-respect induisaient certes une certaine part de coercition, celle-ci ne visait toutefois qu'à garantir la sincérité des déclarations faites au juge et non à obliger l'intéressé à déposer.⁹¹² Par contre, si la personne concernée venait à parler à cette occasion, elle ne saurait en tout état de cause être pénalisée pour ne pas avoir dit la vérité en refusant de reconnaître sa culpabilité.⁹¹³ Par ailleurs, le droit de se taire serait vidé de sa substance si le silence pouvait être systématiquement assimilé à un aveu implicite de culpabilité ou interprété en défaveur de l'accusé, en conséquence, des jurés ne sauraient être incités à une telle interprétation.⁹¹⁴ Cela n'interdit cependant pas « *si les preuves à charge appellent une explication que l'accusé devrait être en mesure de donner (...) [de considérer que] l'absence d'explication peut permettre de conclure par un simple raisonnement de bon sens qu'il n'existe aucune explication possible et que l'accusé est coupable* ». ⁹¹⁵ Il peut ainsi être légitime de tirer les conclusions du choix d'un accusé de garder le silence et cet élément pourra permettre d'alimenter l'intime conviction des juges du fond.⁹¹⁶

146. Au niveau allemand, le droit au silence n'est certes pas consacré explicitement dans le StPO mais transparaît dans le devoir incombant aux autorités de poursuite de notifier au prévenu qu'il peut procéder à une déposition ou garder le silence, c'est-à-dire, qu'il n'est

⁹⁰⁹ Cass. crim., déc. du 14.05.2002, n° 02-80.721, publiée au *bull.* n° 111, p. 372 ; Cass. crim., déc. du 28.04.2004, n° 04-80.753, publiée au *bull.* n° 102, p. 389.

⁹¹⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 443, n° 595.

⁹¹¹ *Ibid.*

⁹¹² CEDH, déc. 20.10.1997, n° 20225/92, *Serves c. France*, ici spéc. al. n° 47.

⁹¹³ Cass. crim., déc. du 1.10.2008, n° 08-81.338, publiée au *bull.* n° 201 ; Cass. crim., 24.01.2007, n° 03-85.061 06-84.330, publiée au *bull.* n° 17, p. 49.

⁹¹⁴ V. p. ex. CEDH, déc. du 02.05.2000, n° 35718/97, *Condron c. Royaume-Uni*. V. aussi DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 443, n° 595.

⁹¹⁵ V. not. CEDH, déc. du 08.02.1996, n° 18731/91, *John Murray c. Royaume-Uni*, ici spéc. al. n° 51.

⁹¹⁶ ROETS, Damien, « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination », *AJP*, 3-2008, *art. cit.*, p. 121.

aucunement obligé de dire des choses qui pourront être utilisées contre lui ou ni même tenu de répondre ou de parler (§§ 115 al. 3, 1^e phrase, 126a al. 2, 1^e phrase, 128 al. 1, 2^e phrase, 136 al. 1, 2^e phrase, 163a al. 3 et 4, 2^e phrase, 243 al. 5, 1^e phrase StPO).⁹¹⁷ À cet égard, les agents concernés par ces dispositions ne peuvent manquer à ces obligations de notifications sous prétexte que le destinataire de celles-ci connaissait déjà ses droits.⁹¹⁸ La violation de ces règles sera sanctionnée en principe par une interdiction d'exploiter les preuves résultant des déclarations obtenues à la suite de l'audition viciée lors du procès principal.⁹¹⁹ La déposition pourra néanmoins exceptionnellement être utilisée s'il est certain que le prévenu connaissait ses droits (cela ne vaut en revanche pas en cas de doute quant à la notification des droits⁹²⁰ ou à sa compréhension par le prévenu⁹²¹).⁹²² Une exception est également faite dans les cas où l'avocat du prévenu consent à ce qu'il soit fait usage de la déclaration contaminée ou, du moins, ne s'y oppose pas.⁹²³ Cela apparaît néanmoins contestable à plusieurs niveaux : il s'agit ici avant tout des droits de la défense du prévenu, raison pour laquelle il serait plus pertinent de requérir le consentement de ce dernier.⁹²⁴ En outre, il est ici demandé une action de l'avocat de la défense, extérieure à l'administration judiciaire, alors qu'il devrait incombé au tribunal de pallier les erreurs d'un agent public.⁹²⁵ La tendance jurisprudentielle germanique de faire supporter les fautes et les négligences de l'avocat au prévenu est également

⁹¹⁷ SAFFERLING, Christoph, « Das Recht zu schweigen und seine Konsequenzen », *ZIS*, 2009, *art. cit.*, p. 784 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1363, n° 66.

⁹¹⁸ BGH, déc. du 22.11.2001 - 1 StR 220/01 (*BGHSt*, 47, 172), reproduite dans *NJW*, 2002, p. 975-978, ici spéc. p. 976, à noter qu'il est cependant tout de même possible d'utiliser les preuves recueillies lors de l'audition malgré le défaut de notification s'il est prouvé que le prévenu connaissait effectivement ses droits. V. égal. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 9 ; AHLBRECHT, Heiko, « § 136 StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 788, n° 20.

⁹¹⁹ BGH, déc. du 27.02.1992 - 5 StR 190/91 (*BGHSt*, 38, 214), reproduite dans *NJW*, 1992, p. 1463-1467. V. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, n° 11 ; AHLBRECHT, Heiko, « § 136 StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 794, n° 40.

⁹²⁰ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, n° 11 ; d'avis contraire AHLBRECHT, Heiko, « § 136 StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 774, n° 41.

⁹²¹ BGH, déc. du 12-10-1993 - 1 StR 475/93 (*BGHSt*, 39, 349), *NJW*, 1994, p. 333-334.

⁹²² ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 11 ; AHLBRECHT, Heiko, « § 136 StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 795, n° 42.

⁹²³ BGH, *NJW*, 1992, p. 1466 (réf. exactes n. 919) ; BGH, déc. du 12.01.1996 - 5 StR 756/94 (*BGHSt*, 42, 15), reproduite dans *NJW*, 1996, p. 1547-1551, ici spéc. p. 1549 ; BGH déc. du 17.06.1997 - 4 StR 243/97 (LG Paderborn), reproduite dans *NStZ*, 1997, p. 502-503. V. aussi ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 11 et § 28, n° 22 ; AHLBRECHT, Heiko, « § 136 StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 795, n° 43.

⁹²⁴ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 28, n° 22.

⁹²⁵ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1443, n° 182 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 28, n° 22 ; FEZER, Gerhard, « Fortwirkungen des Einsatzes verbotener Vernehmungsmethoden, Anforderungen an Revisionsbegründung, Anm. z. BGH, Beschluß vom 20.12.1995 - 5 StR 445/95 », *StV*, n° 2, 1997, p. 58-59.

dérangeante.⁹²⁶ Les autorités concernées peuvent par ailleurs remédier à un défaut de notification des droits au mis en cause en reprenant l'audition du début et en informant ce dernier correctement de ses droits.⁹²⁷ Elles auront alors un devoir « *qualifié* » de notification des droits du prévenu : cela signifie que les agents qui entendront le prévenu devront lui préciser, outre les droits normalement prévus par la loi, que ce qu'il a dit jusque-là ne pourra pas être utilisé au procès contre lui.⁹²⁸ Le manquement à cette obligation renforcée ne conduira néanmoins pas automatiquement à une interdiction d'exploitation des preuves acquises en violation de cette règle.⁹²⁹ Il devra bien plus être examiné dans le cas d'espèce si les intérêts du prévenu prévalent sur le vice de procédure et l'intérêt à l'élucidation de l'affaire.⁹³⁰ Par ailleurs, la jurisprudence⁹³¹ et la doctrine majoritaire⁹³² allemandes réduisent la portée du droit au silence en ne l'appliquant qu'aux renseignements concernant l'affaire elle-même et non aux données à caractère personnel, telle l'identité de la personne concernée. Elles s'appuient ici sur l'énoncé des §§ 136 al. 1, 2^e phrase et 243 al. 4, 1^e phrase StPO qui ne mentionnent effectivement que les éléments de défense sur le fond de l'affaire,⁹³³ de même que sur le § 111 al. 1 OWiG (abréviation pour le Code contraventionnel allemand), selon lequel le refus de communiquer ses données personnelles est sanctionné par une

⁹²⁶ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 28, n° 22.

⁹²⁷ BGH, déc. du 30.04.1968 - 1 StR 625/67 (*BGHSt*, 22, 129, 134), reproduite dans *NJW*, 1968, p. 1388-1390. BGH, déc. du 09.06.2009 - 4 StR 170/09, reproduite dans *StV*, 2010, p. 4 - 5, ici spéc. n° 13 ; OLG Hamm, déc. du 07.05.2009 - 3 Ss 85/08, reproduite dans *StV*, 2010, p. 5-9, ici spéc. p. 7. AHLBRECHT, Heiko, « § 136 StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 789, n° 23 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 11 ; ROXIN, Claus, « Für ein Beweisverwertungsverbot bei unterlassener qualifizierter Belehrung », *HRRS*, n° 5, 2009, p. 186.

⁹²⁸ V. réf. en n. 927.

⁹²⁹ V. réf. en n. 927.

⁹³⁰ V. réf. en n. 927. À raison critique envers cette appréciation au cas par cas ROXIN, Claus « Für ein Beweisverwertungsverbot », *HRRS*, 2009, *art. cit.*, p. 187-188.

⁹³¹ V. p. ex. BGH, déc. du 29.08.1972 - 2 StR 190/72 (*BGHSt*, 25, 13), reproduite dans *NJW*, 1972, p. 2004-2006 (ici spéc. p. 2005-2006) ; OLG Düsseldorf, déc. du 25.03.1970 - 2 Ss 20/70, reproduite dans *NJW*, 1970, p. 1888-1889 ; OLG Düsseldorf, déc. du 24.06.1971 - 1 Ss 277/71, reproduite dans *NJW*, 1971, p. 2237.

⁹³² V. p. ex. DIEMER, Herbert, « § 136 StPO », dans *KK, op. cit.*, n° 7 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 5.

⁹³³ Cette constatation est appuyée ici par les doc. parl. relatifs rel. au projet de la loi de réforme de la procédure pénale et de l'ordre judiciaire de 1964 (StPäG) qui introduisit l'obligation d'informer le prévenu de ses droits (not. au silence, v. § 136 al. 1, 2^e phrase StPO) qui souligne que « *le projet [ne change rien à l'obligation du prévenu de donner les renseignements nécessaires sur sa personne (v. § 360 al. 1, n° 8 StGB) « An der Pflicht des Beschuldigten, die erforderlichen Angaben zur Person zu machen (vgl. § 360 Abs. 1 Nr. 8 StGB), ändert der Entwurf nichts* », v. *BT-Drs. IV/178*, p. 32, en ligne : <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/04/001/0400178.pdf>, consulté dernièrement le 20.04.2017) V. à ce sujet égal. : MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß », *ZStW*, vol. 93, 1981, p. 1225 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1365, n° 69 ; GLEB, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR²⁶, art. cit.*, p. 541, n° 16, v. aussi not. n. 60.

contravention.⁹³⁴ La pratique indiquerait par ailleurs que seul un traitement différencié des dépositions concernant le fond de l'affaire et celles relatives à l'identité de la personne serait en mesure de tenir compte suffisamment de l'intérêt de l'État à la poursuite pénale.⁹³⁵ Il va sans dire qu'une telle argumentation se fait largement au détriment du prévenu, alors qu'exclure les données personnelle du champ d'application du droit au silence peut conduire dans certaines circonstances à une auto incrimination.⁹³⁶ Ainsi, selon l'opinion dominante, le prévenu devra-t-il garder présent à l'esprit qu'il risque une sanction (quand bien même il ne s'agirait que d'une contravention) et sera par là poussé à déposer contre lui, ce qui constitue clairement une violation du principe « *nemo tenetur ipsum accusare* » pourtant constitutionnellement reconnu.⁹³⁷ Pourtant, un droit à valeur constitutionnelle ne peut en principe pas être remis en question par une simple règle de droit commun ; il serait donc ici plus juste d'accorder la priorité au principe « *nemo tenetur* » ou du moins d'interpréter la norme de droit commun conformément à cette règle.⁹³⁸ Cela ne conduirait par ailleurs pas à un désavantage insoutenable des autorités de poursuite puisque celles-ci disposent d'autres moyens que celui de l'obliger à s'auto-incriminer tels les §§ 163b ou 163c StPO qui permettent d'établir l'identité d'une personne.⁹³⁹ Concernant les sanctions pour faux témoignages ou parjures prévues outre-Rhin aux §§ 153, 154 StGB, leurs champ d'application a été, contrairement au droit procédural français, dès 1944 de prime abord limité aux témoins et aux experts.⁹⁴⁰ Or auditionner un prévenu en tant que témoin n'étant pas possible pour les autorités allemandes, les deux statuts s'excluant mutuellement, la question d'une pression éventuelle sur le suspect du fait des sanctions le menaçant en cas de faux témoignage ne se pose pas ; le problème résidera ici donc plus dans l'appréciation souveraine de la qualité

⁹³⁴ MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1225 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1365, n° 69 ; GLEß, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 541, n° 16 ; WOLFF, Heinrich Amadeus, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*, *op. cit.*, p. 75. v. aussi not. n. 60.

⁹³⁵ MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1225.

⁹³⁶ GLEß, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 542, n° 17 ; MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1226 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1366, n° 71.

⁹³⁷ V. n. 936.

⁹³⁸ V. n. 936.

⁹³⁹ MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1226 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1366, n° 71.

⁹⁴⁰ Ces §§, s'appliquant au départ comme en France égal. aux parties, sont modifiés par une loi du 4 février 1944 et exluent depuis lors leur application aux parties au procès. V. pour les différentes anciennes versions de ces textes : <http://lexetius.com/StGB/153,6>, en ligne, consulté dernièrement le 02.07.2017.

d'inculpé par le procureur sur lequel il sera revenu en détail lors des développements concernant l'avant-procès allemand.⁹⁴¹

3) La liberté de ne pas participer activement aux mesures d'enquête

147. Le pendant du droit au silence est la liberté de ne pas participer activement aux mesures d'enquête dirigées contre le mis en cause découlant également du principe de non auto-incrimination.⁹⁴² La portée de cette règle est néanmoins largement réduite en raison de l'obligation passive corrélative pour le prévenu de tolérer des actes coercitifs procéduraux.⁹⁴³ De fait, comme le rappelle régulièrement la Cour de Strasbourg, ce droit « *ne s'étend pas à l'usage dans une procédure pénale, de données que l'on ne 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, d'urine, de cheveux et de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN ou encore les échantillons de voix* ». ⁹⁴⁴ Faisant sienne cette analyse, la Chambre criminelle en a déduit qu'un suspect ne pouvait s'appuyer sur son droit de ne pas participer activement aux mesures d'enquête pour refuser de se soumettre à l'épreuve de l'éthylomètre et de subir une prise de sang.⁹⁴⁵ La Cour fédérale de justice allemande tente quant à elle d'opérer une distinction exacte entre les actes requérant un comportement passif ou actif du destinataire : elle justifie alors un tempérament au principe de non-participation à son incrimination par le fait que dans le cas de mesures coercitives procédurales pénales telles celles des §§ 81, 81a, 81b, 102, 133 et s. , 163a al. 3, 163b al. 1 StPO, le prévenu n'est qu'un participant passif et n'est donc pas

⁹⁴¹ V. dév. de cette thèse aux n° 507 et s., p.456 et s.

⁹⁴² WOLFF, Heinrich Amadeus, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*, op. cit., p. 92 et s. ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1367, n° 73 ; SCHLAURI, Regula, *Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren*, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2003, p. 111 ; BOSCH, Nikolaus, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 277 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 439, n° 590 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 484-485, n° 568.

⁹⁴³ BVerfG, déc. du 13.01.1981 - 1 BvR 116/77 (*BVerfGE* 56, 42), reproduite dans *NJW*, 1981, p. 1431-1433 (ici spéc. p. 1431). V. égal. EIDAM, Lutz, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Frankfurt a. M., Lang, 2007, p. 132-135 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1367, n° 73 ; WOLFF, Heinrich Amadeus, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*, op. cit., p. 92 et s. ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 439, n° 590 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 484, n° 568.

⁹⁴⁴ V. e. a. CEDH, déc. du 17.12.1996, n° 19187/91, Saunders c. Royaume-Uni, ici spéc. al. n° 69 ; CEDH, déc. du 25.09.2001, n° 44787/98, P.G. et J.H. c. Royaume-Uni, ici spéc. al. n° 80.

⁹⁴⁵ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 06.01.2015, n° 13-87.652, publiée au *bull.* n° 6.

tenu de contribuer activement à l'acte d'investigation d'une autorité de poursuite comme cela serait le cas pour un test d'alcoolémie.⁹⁴⁶ Ce critère, minorant la portée de la liberté de participation aux actes d'investigation du prévenu n'est pas sans susciter la controverse, la différenciation entre un comportement actif et passif étant tenue⁹⁴⁷ et ayant parfois été à l'origine de curieuses décisions jurisprudentielles.⁹⁴⁸ Dans tous les cas, le tempérament de la jurisprudence européenne au droit de ne pas participer activement à son incrimination connaît lui aussi des limites et ne vaut que si, pour l'obtention des éléments de preuve, « *le prévenu doit endurer passivement une atteinte mineure à son intégrité physique (par exemple en cas de prélèvement de sang, de cheveux ou de tissus corporels)* » (critère appliqué par la jurisprudence allemande) ou « *lorsque sa participation active* » n'est requise que pour obtenir des « *éléments produits par le fonctionnement organique normal (par exemple l'haleine, l'urine ou des échantillons de voix)* ». ⁹⁴⁹ En revanche, lorsque, même sans constituer une torture, la contrainte exercée « *atteint le minimum de gravité requis* » pour tomber sous le coup de l'interdiction des traitements dégradants énoncés par l'art. 3 CESDH, il y a aussi atteinte au droit de ne pas contribuer activement à sa propre auto incrimination et donc également violation de l'art. 6 CESDH.⁹⁵⁰ Tel fut le cas dans l'affaire Jalloh contre Allemagne dans laquelle un dealer avait été forcé à régurgiter des stupéfiants, plusieurs policiers lui introduisant de force une sonde nasale et lui administrant un émétique, « *substance destinée à provoquer une réaction pathologique dans son organisme* ». ⁹⁵¹ Par ailleurs, cette contrainte n'est pas seulement à comprendre au sens physique du terme comme dans l'affaire Jalloh

⁹⁴⁶ V. p. ex. BGH, déc. du 21.01.2004 - 1 StR 364/03, reproduite dans *NStZ*, 2004, p. 392-395, ici spéc. p. 393-394, n° 2 et 3 ; BGH, déc. du 24.02.1994 - 4 StR 317/93 (*BGHSt*, 40, 66, 71 et s.), reproduite dans *NJW*, 1994, p. 1807-1809.

⁹⁴⁷ V. e. a. p. ex. EIDAM, Lutz, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, op. cit., p. 45 ; WEBLAU, Edda, « Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren », *ZStW*, vol. 110, n° 1, 1998, p. 29 ; WOLFLAST, Gabriele, « Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung », *NStZ*, 1987, art. cit., p. 103-104 ; V. pour un exposé référencé de la controverse aussi ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 1368, n° 73.

⁹⁴⁸ V. p. ex. KG, déc. du 02.04.1979 (6 4 Ys 42/79), reproduite dans *JR*, 1979, p. 347-349, dans laquelle la juridiction berlinoise retenait de manière selon nous erratique un devoir du mis en cause lors d'une confrontation à un témoin d'adopter certaines mimiques ou position corporelle. Dénonçant égal. cette jurispr. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 1368, n° 73 ; BOSCH, Nikolaus, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*, op. cit., p. 291 et s.

⁹⁴⁹ CEDH, déc. du 11.07.2006, n° 54810/00, Jalloh c. Allemagne (spéc. al. n° 102 et 114).

⁹⁵⁰ *Ibid.* spéc. al. n° 106 et 115. V. aussi DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 439, n° 590.

⁹⁵¹ CEDH, déc. du 11.07.2006, n° 54810/00, Jalloh c. Allemagne (spéc. al. n° 100-123).

mais peut consister également en la menace d'une sanction.⁹⁵² Ainsi a-t-il été retenu une violation du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans le cas d'une condamnation d'une personne sur le fondement des art. 65-1 et 413 bis-1 du Code des douanes pour avoir refusé de communiquer des documents de nature à établir des infractions pouvant lui être reprochées.⁹⁵³ Il était bien entendu légitime que l'administration des douanes demandât à l'intéressé de justifier la provenance ou l'affectation de tel élément de patrimoine mais il ne pouvait être sanctionné pour avoir refusé de répondre.⁹⁵⁴

4) Le droit à l'assistance d'un avocat et la liberté d'appréciation du prévenu

148. Aux termes des art. 6.3 c CESDH et 14 al. 3 PIDCP, le prévenu dispose également du droit fondamental de se défendre lui-même ou par l'intermédiaire d'un avocat (comme modalité du principe d'équité) à tous les stades de la procédure pénale, c'est-à-dire, comme l'énonce ici de manière explicite le § 137 al. 1, 1^e phrase StPO, du début jusqu'après l'entrée en vigueur du jugement (au stade de l'exécution des peines et de la révision).⁹⁵⁵ La CEDH précise à cet égard qu' « *il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police* ». ⁹⁵⁶ Pour répondre à cette obligation, le législateur français accorde lui aussi une large place à l'avocat, et ce, en premier lieu avant les poursuites ou au cours de l'instruction, mais désormais aussi en cas d'audition libre (art. 61-1,

⁹⁵² ROETS, Damien, « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination », *AJP*, 3-2008, *art. cit.*, p. 119.

⁹⁵³ CEDH, déc. du 25.02.1993, n° 10828/84, Funke c. France, ici spéc. al. 41 et s.

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ Ce droit est garanti constitutionnellement tant en Allemagne qu'en France, v. BVerfG, déc. du 11.03.1975 - 2 BvR 135-139/75 (*BVerfGE* 39, 156), reproduite dans *NJW*, 1975, p. 1013-1015, spéc. p. 1114 du côté allemand. Du côté français, v. not. Cass. ass. plén., déc. du 30.06.1995, n° 94-20.302, publiée au *bull.* n° 4, p. 7 : « *la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel* », pour des conclusions et une note de jurisprudence correspondante, se rapporter not. à DRAGO, Roland, « Un avocat doit être commis d'office pour la présentation d'une requête en rabat d'arrêt », *Rec. Dal.*, n° 36, 1995, p. 513 ; JÉOL, Michel, « Un droit « constitutionnel » : accéder au juge avec l'assistance d'un défenseur », *Rec. Dal.*, n° 36, 1995, p. 513 ; CC, déc. du 20.01.1981, n° 80-127 DC, Loi sécurité et liberté, publiée au *JO* du 22.01.1981, p. 308, ici spéc. considérant n° 52 ; CC, déc. du 11.08.1993, n° 93-326 DC, Garde à vue, publiée au *JO* du 15.08.1993, p. 11599, v. pour un commentaire jurisprudentiel correspondant p. ex. PRADEL, Jean, « Un législateur se muant en Pénélope ou se faisant perfectionniste?, chron. LXXVIII », *Rec. Dal.*, 1993, *art. cit.*. V. également ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1387-1388, n° 95-97 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 31 ; MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 137 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 1-3 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 363 et s., n° 491 et s. et p. 371 et s. n° 507 et s. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 228 et s., n° 290, et p. 417 et s., n° 468 et s.

⁹⁵⁶ CEDH, déc. du 27.11.2008, n° 36391/02, Salduz c. Turquie, ici spéc. al. n° 55. V. dans le même sens e. a. également CEDH, déc. du 08.02.1996, n° 18731/91, John Murray c. Royaume-Uni, ici spéc. al. n° 66 ou CEDH, déc. du 14.10.2010, n° 1466/07, Brusco/France, ici spéc. al. n° 45.

n° 5 CPP)⁹⁵⁷ ou de garde à vue de personnes suspectes (art. 63-3-1 et s. CPP).⁹⁵⁸ La personne à laquelle est proposée une composition pénale doit également être informée conformément à l'art. 41-2 al. 5 CPP de la possibilité d'être assistée par un avocat. Il en est de même lors de l'information (art. 80-2 CPP), en cas de mise en examen (art. 114 et s. CPP) ou d'octroi du statut de témoin assisté (art. 113-3 CPP) et enfin naturellement dans la dernière phase de la procédure en cas de saisine de la juridiction de jugement.⁹⁵⁹ Cependant, il est clair que les prérogatives de l'avocat ne sauraient être identiques à tous les stades de la procédure : cantonnées en France comme en Allemagne durant l'enquête, elles sont très étendues du côté français au cours de l'instruction et *a fortiori* lors du procès des deux côtés du Rhin.⁹⁶⁰ La Cour de Strasbourg admet ici que « *des raisons impérieuses* » liées aux circonstances de l'espèce puissent « *exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat* » mais « *pareille restriction – qu'elle que soit sa justification – ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6* ». ⁹⁶¹ Elle estime à cet égard qu'il est en principe « *porté une atteinte irréversible aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire sont utilisées pour fonder une condamnation* ». ⁹⁶² Il s'agit ici « *de protéger l'accusé contre toute coercition abusive de la part des autorités, ce qui présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions au mépris de la volonté de l'accusé* ». ⁹⁶³

149. Bien que les art. 6.3 CESDH et 14. al. 3 PIDCP parlent ici uniquement du droit à « *l'assistance* » d'un avocat, il ne fait aucun doute que cette expression est à comprendre au

⁹⁵⁷ L'extension du droit à l'assistance d'un avocat pour les personnes soupçonnées dans le cadre d'une audition libre est récente et a été introduite par la loi du 27 mai 2014 transposant la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012. Toutefois, l'art. 61-1 CPP n'ouvre aucun accès au dossier qu'il s'agisse de l'intéressé ou de son avocat. V. à ce sujet p. ex. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 362, n° 490.

⁹⁵⁸ *Ibid.*

⁹⁵⁹ *Ibid.*

⁹⁶⁰ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1362, n° 63 ; MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1228 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 362, n° 490 et p. 372, n° 509 ; DREYER, Emmanuel et MOUYSET, Olivier, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 66, n° 59.

⁹⁶¹ V. not. CEDH, déc. du 27.11.2008, n° 36391/02, Salduz c. Turquie, ici spéc. al. n° 55 ; CEDH, déc. du 27.10.2011, n° 25303/08, Stojkovic c. France et Belgique, ici spéc. al. n° 50.

⁹⁶² V. réf. en n. 961.

⁹⁶³ V. not. CEDH, déc. du 27.11.2008, n° 36391/02, Salduz c. Turquie, ici spéc. al. n° 53 ; CEDH, déc. du 27.10.2011, n° 25303/08, Stojkovic c. France et Belgique, ici spéc. al. n° 50.

sens large et s'étend également à la pleine représentation de la personne concernée.⁹⁶⁴ L'avocat assiste le mis en cause lorsqu'il est à ses côtés en garde à vue, lors des interrogatoires menés par le magistrat instructeur (ou du côté allemand plus globalement lors d'une audition), ou encore lors des débats devant la juridiction de jugement.⁹⁶⁵ En revanche, sa mission va au-delà et il représente véritablement son mandant lorsqu'en son nom et pour son compte, il formule une demande ou exerce un recours comme la loi le lui permet.⁹⁶⁶ À titre illustratif, et sans prétendre à l'exhaustivité, l'avocat peut ainsi du côté français présenter une demande de mise en liberté (art. 148-6 CPP), une demande d'acte d'investigation (art. 81 CPP), une requête en nullité (art. 173 CPP), interjeter appel (art. 186 et 502 CPP) ou encore former un pourvoi en cassation (art. 576 CPP). Sauf dans le dernier cas énuméré, qui obéit à des règles particulières dérogatoires, il n'aura alors pas à justifier d'un pouvoir spécial.⁹⁶⁷ Pour donner également un petit aperçu de la situation Outre-Rhin, l'avocat assiste également le prévenu dans le cadre d'audition par le juge ou le procureur (168c al. 1 StPO, 163a al. 3, 2^e phrase StPO), et, depuis la 2^e réforme renforçant les droits procéduraux du suspect dans le cadre de la procédure pénale et modifiant le droit des échevins du 27.08.2017 venue transposer la directive 2013/48/EU⁹⁶⁸ également lors d'un interrogatoire de police.⁹⁶⁹ Il dispose en outre au même titre que le prévenu d'un droit direct et général d'accès au dossier (§ 147 al. 1^{er} StPO), peut procéder à des réquisitions de preuves ou à des déclarations qui ne sont alors en principe pas assimilables à une déposition du prévenu⁹⁷⁰ et introduire des recours contre, par exemple, le mandat d'arrêt.⁹⁷¹ Lors de l'audience principale, il dispose également des droits des §§ 240 (droit de poser des questions), 257 (droit d'interroger les co-prévenus et de demander des preuves) et 258 (droit de prendre la parole en dernier) StPO.⁹⁷²

⁹⁶⁴ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 233 et s., n° 291 et s. Il en est de même en droit allemand comme il en résulte des diverses missions de l'avocat de la défense, v. pour un exposé d'ensemble e.a. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 3, § 19, n° 61 et s. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 11, n° 2 et s.

⁹⁶⁵ V. réf. en n. 964.

⁹⁶⁶ V. réf. en n. 964.

⁹⁶⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 373, n° 510.

⁹⁶⁸ BT, « Zweites Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts », *BGBI.*, partie I, n° 60, septembre 2017, p. 3295.

⁹⁶⁹ V. le nouveau § 163a al. 4, 3^e phrase StPO qui renvoie désormais au § 168c al. 1 à 5 StPO. Se reporter égal. à HÄFEN, Mario (von), « § 163a StPO », dans *BeckOK StPO*, op. cit., n° 1 et 31.

⁹⁷⁰ BGH, déc. du 29.05.1990 - 4 StR 118/90, reproduite dans *NStZ*, 1990, p. 447-448.

⁹⁷¹ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 11, n° 2-14 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 3, § 19, n° 61-78.

⁹⁷² ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 11, n° 4.

150. Afin de garantir l'effectivité du droit à l'assistance à un avocat et son accès pour toute personne mise en cause indépendamment de sa situation financière, de sa position sociale ou du contexte procédural, le législateur doit prendre toutes les mesures nécessaires.⁹⁷³ Cela suppose avant tout que l'intéressé soit informé de son droit à être assisté par un avocat tel que le prévoit explicitement l'art. 14 al. 3 PIDCP.⁹⁷⁴ Il ne s'agit ici pas uniquement pour les autorités concernées « *d'informer* » le prévenu mais également de rendre possible la mise en œuvre de ce droit quand il le demande sans lui en compliquer l'accès.⁹⁷⁵ Le Code de procédure pénale prévoit un tel devoir de notification de la personne mise en cause lors de son placement en garde à vue (art. 63-1) ou de son audition libre par les enquêteurs (art. 61-1), en cas de composition pénale (art. 41-2), au cours de l'information (art. 80-2 et 116), lorsqu'une détention provisoire est envisagée (art. 145) et en cas de saisine du tribunal correctionnel (art. 390-1, 393). Du côté allemand, le prévenu devra en cas d'audition être explicitement informé de son droit d'être assisté, s'il le souhaite, par un avocat de son choix (§ 136 al. 1, 2^e phrase le cas échéant en combinaison avec le § 163a StPO s'il s'agit d'une audition par le procureur ou les agents de police).⁹⁷⁶ À noter que la 2^e réforme renforçant les droits procéduraux du suspect dans le cadre de la procédure pénale et modifiant le droit des échevins du 27.08.2017 venue transposer la directive 2013/48/EU⁹⁷⁷ reprenant une jurisprudence établie,⁹⁷⁸ précise désormais au § 136, phrases 3 et 4 StPO que si le prévenu

⁹⁷³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 377, n° 516 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 9, n° 10.

⁹⁷⁴ AHLBRECHT, Heiko, « § 136 StPO », dans *HK*, art. cit., p. 788-789, n° 19 et 24 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 9, n° 10 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 377, n° 516.

⁹⁷⁵ Tendre les pages jaunes au prévenu ayant demandé un avocat correspond ici par exemple à un « *effort prétexte ou lillusoire* » (“*Scheinaktivität*”) de la part des autorités de poursuite assimilable à une complication de l'accès au droit à un avocat du prévenu, v. BGH, déc. du 12.01.1996 - 5 StR 756/94 (*BGHSt*, 42, 15), reproduite dans *NJW*, 1996, p. 1547-1551, ici spéc. p. 1548 à la différence de BGH, déc. du 18.10.2005 - 1 StR 114/05, reproduite dans *NStZ*, 2006, p.236-237, où les policiers ont ici donné le n° de téléphone de la permanence des avocats pénalistes ce qui suffit à garantir le droit à un avocat du prévenu de manière effective. Un policier ne peut pas non plus continuer l'audition avant que le prévenu ait vu son avocat si celui-ci l'a demandé tout en promettant de procéder ensuite à sa déposition sous prétexte qu'il « *devrait savoir lui-même s'il souhaitait faire une déclaration ou non* », v. BGH, déc. du 29.10.1992 - 4 StR 126/92 (*BGHSt*, 38, 372), reproduite dans *NJW*, 1993, p. 338-340. V. égal. AHLBRECHT, Heiko, « § 136 StPO », dans *HK*, art. cit., p. 790, n° 26 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 9, n° 10.

⁹⁷⁶ V. e. a. MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, art. cit., p. 1221 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 39, § 9, n° 4.

⁹⁷⁷ BT, « Zweites Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts », *BGBI.*, partie I, n° 60, septembre 2017, p. 3295.

⁹⁷⁸ V. not. BGH, déc. du 12.01.1996 - 5 StR 756/94 (*BGHSt*, 42, 15), reproduite dans *NJW*, 1996, p. 1547-1551 ; v. égal. MONKA, Christian, « § 136 StPO », dans *BeckOK StPO*, op. cit., n° 12 et 13.

décide de faire appel à un avocat, il devra lui être communiqué les informations nécessaires pour lui faciliter la tâche en lui indiquant notamment l'existence de service de conseil juridique de garde. Le § 114b al. 1 et 2, 1^e phrase, n° 4 StPO prévoit également la notification du droit à être assisté par un avocat en cas de détention provisoire.

151. Un autre corollaire naturel du droit à une assistance juridique repose dans la possibilité pour l'accusé de communiquer avec son avocat (art. 14 al. 3 b PIDCP).⁹⁷⁹ Pour permettre une défense effective cette communication doit être libre et confidentielle.⁹⁸⁰ La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme énonce à ce sujet « *le droit pour l'accusé de communiquer avec son avocat hors de portée d'ouïe d'un tiers figure parmi les exigences élémentaires du procès équitable dans une société démocratique et découle de l'article 6.3 c) de la Convention* ». ⁹⁸¹ Cette règle exclut notamment la présence d'un policier lors du premier entretien du requérant avec son défenseur.⁹⁸² En droit français de nombreuses dispositions mettent en œuvre ce principe :⁹⁸³ L'art. 63-4 du Code de procédure pénale énonce à ce propos que l'avocat appelé à intervenir durant la garde à vue doit « *communiquer avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien* ». L'art. 116 al. 5 du Code de procédure pénale relatif à l'interrogatoire de première comparution indique quant à lui que l'avocat choisi ou désigné « *peut consulter sur le champ le dossier et communiquer librement avec la personne* ». L'art. 145-4 al. 1 du Code de procédure pénale qui autorise le juge d'instruction à interdire la communication avec la personne mise en examen placée en détention provisoire ne manque pas de préciser « *qu'en aucun cas, l'interdiction ne s'applique à son avocat* ». Il ne peut donc être proscrit à un avocat de communiquer avec la personne mise en examen ce qui revient finalement à ériger la règle de la libre communication.⁹⁸⁴ Dans le prolongement de cette disposition l'art. 25 de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 édicte clairement que « *les personnes détenues*

⁹⁷⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 380, n° 520 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 11, n° 14 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 148 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 2. V. aussi en ce sens BVerfG, déc. du 18.04.2007 - 2 BvR 2094/05, reproduite dans *NJW*, 2007, p. 2749-2752, ici spéc. n° 42 ; BVerfG, déc. du 13.10.2009 - 2 BvR 256/09, reproduite dans *NJW*, 2010, p. 1740-1741, ici spéc. n° 15.

⁹⁸⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 380, n° 520 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 148 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 2.

⁹⁸¹ CEDH, déc. du 28.11.1991, n° 12629/87, 13965/88, S. c. Suisse, ici spéc. al. n° 48.

⁹⁸² V. not. CEDH, déc. du 16.10.2001, n° 39846/98, Brennan c. Royaume-Uni, ici spéc. n° 58.

⁹⁸³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 380-381, n° 521.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

communiquent librement avec leurs avocats ». L'exigence d'une défense libre et confidentielle empêche de manière générale pareillement la saisie de courriers échangés avec un avocat lorsqu'ils relèvent de l'exercice des droits de la défense, de même que la transcription des correspondances téléphoniques avec un avocat relevant de l'exercice de ces droits (art. 100-5 CPP), la sonorisation du cabinet d'un avocat ou la captation d'images dans ce cabinet (art. 706-96 CPP).⁹⁸⁵ Du côté germanique, des normes sensiblement similaires ont été adoptées et il résulte du droit de s'entretenir librement et confidentiellement avec son conseil juridique l'interdiction de limiter les visites de l'avocat de la défense dans les établissements spécialisés (établissements pénitentiaires comme psychiatriques).⁹⁸⁶ Les conversations (à l'intérieur comme à l'extérieur de ces établissements) ne peuvent être surveillées, épiées ou faire l'objet de mesures d'écoutes secrètes (§ 100a al. 3 StPO).⁹⁸⁷ Il n'est pas non plus permis de contrôler ou de saisir (§ 97 StPO) la correspondance du prévenu avec son conseil juridique.⁹⁸⁸ Dans le même esprit, une perquisition au domicile du défenseur est en principe exclue car elle serait en mesure de détruire la relation de confiance entre l'avocat et son mandant.⁹⁸⁹ L'avocat est même protégé d'une saisie de ses correspondances en cas de soupçon de complicité (§ 148 StPO).⁹⁹⁰ Une exception à cette règle n'est possible que dans le cas d'un délit de terrorisme au sens du § 129a StGB et sous les conditions très étroites du § 148 al. 2 StPO.⁹⁹¹

152. Il convient par ailleurs de souligner que même lorsque l'assistance d'un avocat est obligatoire, la personne concernée n'est pas privée du droit de prendre en charge personnellement sa défense en prenant toutes les initiatives qui lui paraissent opportunes et lui sont permises.⁹⁹² Beaucoup de dispositions du Code de procédure pénale prévoyant l'assistance d'un avocat, tel par exemple l'art. 417, soulignent qu'il s'agit ici d'une faculté laissée à la libre appréciation de la personne concernée.⁹⁹³ Du côté germanique, ce droit est

⁹⁸⁵ *Ibid.*

⁹⁸⁶ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 11, n° 14 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, *StPO-Ko., op. cit.*, § 148 StPO, n° 9-11.

⁹⁸⁷ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 11, n° 14.

⁹⁸⁸ V. ici not. BGH, déc. du 25.02.1998 - 3 StR 490-97, reproduite dans *NJW*, 1998, p. 1963-1965.

⁹⁸⁹ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 148 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 12.

⁹⁹⁰ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 11, n° 14 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 148 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 20.

⁹⁹¹ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 3, § 19, n° 76.

⁹⁹² DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 364, n° 493 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1387, n° 96.

⁹⁹³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 374-375, n° 512.

considéré comme une évidence ne nécessitant pas de mention particulière dans le StPO.⁹⁹⁴ Cette liberté de choix au niveau des modalités de défense ne doit cependant pas rester théorique, les législateurs européens étant ici bien plus tenus de réserver une place spéciale aux moyens d'exercer personnellement les droits de la défense, ce dont l'Allemagne et la France ont tenu compte, pour ne citer qu'un exemple récent, en aménageant le droit d'accès au dossier pour le prévenu au cours de l'enquête et l'instruction (v. nouveau § 147 al. 4 StPO, art. 63-4-1, al. 2 CPP et art. 114 al. 4 CPP).⁹⁹⁵

153. Le droit à un avocat n'en reste pas moins pour autant un droit capital pour l'inculpé auquel il aura tout intérêt à recourir pour bénéficier de la meilleure protection possible.⁹⁹⁶ Pour beaucoup, l'avocat, par le contrôle, parfois direct et immédiat, qu'il exerce sur la procédure, incarne à lui seul les droits de la défense et en garantit le respect.⁹⁹⁷ Il est de surcroît souvent bien plus qu'un simple conseiller en ce qu'il représente pour l'inculpé, surtout lorsque ce dernier est privé de sa liberté et isolé, un soutien psychologique essentiel et parfois le seul relais extérieur.⁹⁹⁸ Lorsque la volonté du suspect de faire appel à un avocat est ambiguë, il apparaît pour ces raisons approprié d'opter pour la solution la plus protectrice : la Cour de Strasbourg retient ainsi à juste titre que, dès lors qu'une personne a requis l'assistance d'un avocat au titre de l'aide juridictionnelle, la renonciation à un tel conseil ne saurait être déduite de circonstances équivoques.⁹⁹⁹ Par ailleurs il n'y a aucun doute sur le fait que le refus d'être assisté par un avocat à un moment donné de la procédure ne vaut pas renonciation pour l'ensemble du procès, raison pour laquelle les ordres procéduraux à l'étude prévoient à cet effet l'information de l'intéressé sur son droit à l'assistance d'un avocat à plusieurs reprises (v. à cet égard du côté germanique les §§ 136 al. 1, 2^e phrase et 163a al. 4, 2^e phrase qui renvoie aussi au § 136 et en France par exemple les art. 63-3, 61-1, 80-2 et 116 CPP etc.).¹⁰⁰⁰ Par

⁹⁹⁴ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1387, n° 96.

⁹⁹⁵ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 366, n° 496 et p. 1219-1220, n° 1826-1 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1387, n° 96. V. à ce sujet également les développements dans cette thèse au n° 142 p. 150.

⁹⁹⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 371, n° 508 ; dans un sens similaire ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 3, § 19, n° 1.

⁹⁹⁷ V. réf. en n. 996.

⁹⁹⁸ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 233-234, n° 291 ; dans un sens similaire ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 3, § 19, n° 1.

⁹⁹⁹ V. p. ex. CEDH, déc. du 28.11.2006, n° 77773/01, Flandin c. France, ici spéc. al. n° 40-42. V. à ce sujet également DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 375, n° 512.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 375 et 377, n° 512 et 516.

dérogation au principe de liberté, il existe néanmoins des cas où l'assistance d'un avocat est imposée par la loi, tels en France pour les procès en Cour d'assises art. 274 et 317 CPP ou par exemple les constellations outre-Rhin de « *défense obligatoire* » (« *notwendige Verteidigung* ») prévues au § 140 StPO.¹⁰⁰¹ Comme il ressort de la clause générale à l'art. 140 al. 2 StPO (qui se réfère à la gravité du délit concerné ainsi qu'à la complexité de la situation juridique et factuelle, après avoir énuméré des cas particuliers au premier alinéa), il s'agit ici avant tout de garantir l'équité du procès au profit du prévenu.¹⁰⁰² Cela vaut également pour les affaires passant en Cour d'assises pour lesquelles le législateur français a prévu, le cas échéant, la commission d'un avocat d'office en raison de la gravité de la peine encourue et de la présence de jurés qui, en l'absence d'avocat de la défense, pourraient en tirer des conclusions négatives préjudiciables pour l'accusé et être trop influencés par l'accusation.¹⁰⁰³

154. Par ailleurs, pour garantir l'effectivité du droit à l'assistance à un avocat, il est capital que l'urgence, l'insuffisance des moyens financiers ou l'ignorance ne soient pas des obstacles à un tel conseil, raison pour laquelle les art. 14 al. 3 d PIDCP et 6.3 d CESDH mentionnent explicitement les mécanismes de la commission d'office d'un avocat et de l'aide juridictionnelle.¹⁰⁰⁴ La procédure pénale française réserve en l'espèce une très large place à l'attribution d'un avocat commis d'office possible en principe à tous les stades de la procédure à l'exception des procès devant tribunal de police et juge de proximité (v. pour la garde à vue art. 63-2 CPP, pour la composition pénale art. 41-2 CPP, dans le cadre de l'instruction art. 116 CPP, lors de la comparution devant la Cour d'assises art. 274, 317 CPP et concernant la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité art. 495-8 CPP).¹⁰⁰⁵ La personne mise en cause qui, faute de temps, de connaissance du barreau ou de disponibilité du conseil souhaité, rencontre des difficultés à trouver un avocat pourra en vertu de ce procédé se voir attribuer à sa demande un avocat.¹⁰⁰⁶ Il n'est ici à aucun moment demandé à la personne concernée qu'elle énonce ses motivations et une juridiction ne saurait refuser en ce sens de commettre un avocat d'office au motif que l'intéressé avait eu tout le loisir de choisir un

¹⁰⁰¹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p.77-78, n° 48 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 1388, n° 97 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 51, § 9, n° 31.

¹⁰⁰² ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 3, § 19, n° 18 et s.

¹⁰⁰³ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 77-78, n° 48.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, art. cit., n° 97.

¹⁰⁰⁵ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 378, n° 517.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*

avocat.¹⁰⁰⁷ Du côté allemand, hormis le cas de la défense obligatoire prévu au § 140 StPO, le législateur a également recours au principe de l'avocat commis d'office aux §§ 141 et s. StPO dont la portée est cependant beaucoup plus étroite : en effet, exception faite des cas de détention provisoire ou d'une demande en ce sens du parquet qui estime que l'assistance d'un avocat sera nécessaire en vertu du § 140 al. 1 et 2 StPO, le principe demeure celui de faire appel à l'avocat seulement après qu'il a été demandé au mis en cause de prendre position sur l'acte d'accusation selon le § 201 StPO (§ 141 al. 1 et 3 StPO) sur initiative non de l'inculpé lui-même mais du procureur et la jurisprudence ne se montre ici pas plus généreuse.¹⁰⁰⁸ Au vu de l'importance grandissante de la phase préparatoire, une telle limitation pratique du droit à l'assistance de l'avocat au stade de l'avant-procès ne manque pas d'interpeller et nombreux sont à cet égard ceux dans la doctrine qui appellent avec raison de leurs souhaits l'extension du champ d'application de ce procédé.¹⁰⁰⁹ À noter que la directive européenne (UE) 2016/1919 du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, qui sera transposée vraisemblablement encore au cours de l'année 2019, devrait à cet égard apporter des changements bienvenus beaucoup plus libéraux en la matière.¹⁰¹⁰ En outre, lorsque les ressources de la personne concernée sont insuffisantes, l'État est tenu d'assurer tout ou partie de la rémunération de son avocat par le biais de l'aide juridictionnelle (art. 14 al. 3 d PIDCP et 6.3 d CESDH).¹⁰¹¹ À cet égard la Cour de Strasbourg précise qu'il ne doit pas être imposé à l'intéressé de prouver de manière absolue qu'il ne dispose pas des moyens

¹⁰⁰⁷ V. not. Cass. crim., déc. du 22.09.1999, n° 98-86.557, publiée au *bull.* n° 196, p. 621.

¹⁰⁰⁸ V. p. ex. dernièrement BGH, déc. du 20.10.2014 – 5 StR 176/14 (*BGHSt*, 60, 38), reproduite dans *NJW*, 2015, p. 265-266. V. à ce sujet aussi ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 31 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1388 n° 97.

¹⁰⁰⁹ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 31 et § 11, n° 32 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1363, n° 65 et p. 1388, n° 97 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 136-137, n° 190 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 3, § 19, n° 42.

¹⁰¹⁰ Se reporter à l'ensemble de la documentation correspondante sur le projet de loi correspondant en cours sur la page du ministère de la justice :

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/notwendige_Verteidigung.html (consultée dernièrement le 17.05.2019). V. égal. MEYER-MEWS, Hans, « Umsetzung der EU-Richtlinie über Prozesskostenhilfe im Strafverfahren », *ZRP*, n° 1, 2019, pp. 5-8.

¹⁰¹¹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 378, n° 517 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 3, § 19, n° 44 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 140-141, n° 196-198.

financiers nécessaires pour rémunérer un avocat.¹⁰¹² En France cette aide est organisée par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 et le décret n° 91-1266 du 19 déc. 1991 et remplit tous les critères requis par la CEDH.¹⁰¹³ Elle prévoit en particulier l'accord d'une aide totale lorsque les revenus de l'intéressé sont inférieurs à un certain plafond sans qu'il soit pour ce dernier nécessaire de prouver de manière absolue son manque de ressources.¹⁰¹⁴ Une aide partielle dégressive peut être ensuite attribuée à mesure que les ressources de la personne concernée augmentent.¹⁰¹⁵ À cet égard, le critère financier est aussi tempéré par la prise en compte de la nature du litige ce qui permet d'accorder l'aide juridictionnelle véritablement dès lors que « *les intérêts de la justice l'exigent* » (art. 6.3 c CESDH).¹⁰¹⁶ L'Allemagne prévoit quant à elle également un tel mécanisme dans sa loi relative à l'aide juridictionnelle du 18 Juin 1980 (BeratungshilfeG), entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1981 selon laquelle les prévenus issus d'un milieu social défavorisé peuvent bénéficier d'un conseil juridique gratuit même en dehors des cas des §§ 140, 141 StPO.¹⁰¹⁷ Ce dispositif reste néanmoins à de nombreux égards insatisfaisant : tandis que le même procédé en droit civil et constitutionnel comprend non seulement le conseil d'un avocat choisi librement mais aussi la représentation au procès (§§ 2 al. 1 et 2, 6, 8 BeratungshilfeG), l'aide juridictionnelle pour le droit pénal et contraventionnel ne se rapporte qu'à l'activité de conseil de l'avocat (§ 2 al. 2, 2^e phrase BeratungshilfeG).¹⁰¹⁸ Par ailleurs, la nécessité requise pour la personne concernée de prouver son indigence pour pouvoir bénéficier de l'aide juridictionnelle ne représente pas seulement une barrière psychologique pour l'intéressé,¹⁰¹⁹ mais est également contestable au regard des exigences de la CEDH dans l'arrêt *Pikalli*¹⁰²⁰ évoqué plus haut qui ne réclamait pas de preuve absolue de la situation de nécessité. Une extension de ce mécanisme afin de garantir l'effectivité du droit à l'assistance à un avocat de même que l'égalité des citoyens, même défavorisés, devant la

¹⁰¹² CEDH, déc. du 25.04.1983, n° 8398/78, *Pakelli c. Allemagne*, ici spéc. al. n° 34.

¹⁰¹³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 378, n° 517.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

¹⁰¹⁵ *Ibid.*

¹⁰¹⁶ *Ibid.*

¹⁰¹⁷ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 140, n° 196-197 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 3, § 19, n° 44.

¹⁰¹⁸ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 141, n° 198 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 3, § 19, n° 44.

¹⁰¹⁹ Soulignant l'effet dissuasif de cette condition not. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 141, n° 198.

¹⁰²⁰ V. réf. exactes en n. 1012.

justice serait ici fort souhaitable¹⁰²¹ et devrait enfin avoir lieu à la suite de la transposition de la directive européenne (UE) 2016/1919 du 26 octobre 2016 précitée.¹⁰²²

155. Cela nous amène plus particulièrement à la question de l'effectivité de l'assistance par un avocat. Le simple fait de désigner un avocat d'office ne saurait à lui seul satisfaire les exigences énoncées par l'art. 6.3 CESDH et la jurisprudence s'y rapportant rappelle à juste titre que cet avocat « *peut mourir, tomber gravement malade, avoir un empêchement durable ou se dérober à ses devoirs* ». ¹⁰²³ En cas de défaillance de l'avocat, les autorités, dans la mesure où elles en ont été averties, « *doivent le remplacer ou l'amener à s'acquitter de sa tâche* ». ¹⁰²⁴ Par ailleurs, il revient à la juridiction saisie dans le cadre d'une demande d'aide juridictionnelle de s'assurer qu'un avocat a bien été désigné et qu'il a été mis en mesure d'intervenir dans la procédure. ¹⁰²⁵ Néanmoins, « *on ne saurait imputer à un État la responsabilité de toute défaillance d'un avocat d'office* ». ¹⁰²⁶ En raison de l'indépendance du barreau, l'art. 6.3 c CESDH n'oblige les autorités nationales à intervenir « *que si la carence de l'avocat d'office apparaît manifeste ou si on les en informe suffisamment de quelque autre manière* ». ¹⁰²⁷ Appliquant ces principes généraux, la chambre criminelle retint par exemple une atteinte aux droits de la défense dans une affaire, où ni le mineur mis en cause, ni son représentant légal n'avaient pris contact avec l'avocat commis d'office. ¹⁰²⁸ En revanche s'agissant du droit donné à la personne placée en garde à vue de s'entretenir avec un avocat dès la première heure de la mesure, la haute juridiction juge avec constance qu'il n'incombe ici aux agents de police qu'une obligation de moyen et non de résultat. ¹⁰²⁹ Ainsi ceux-ci doivent-ils certes prendre toute disposition utile pour assurer la présence d'un avocat conformément aux exigences

¹⁰²¹ Critique à ce sujet not. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 3, § 19, n° 44 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 141, n° 198.

¹⁰²² V. réf. préc. en n. 1010.

¹⁰²³ V. not. CEDH, déc. du 13.05.1980, n°6694/74, Artico c. Italie, ici spéc. al. n° 33 ; CEDH, déc. du 19.12.1989, n° 9783/82, Kamasinski c. Autriche, ici spéc. al. n° 65. V. égal. à ce sujet e. a. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 379, n° 519 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 139, n° 194.

¹⁰²⁴ CEDH, déc. du 13.05.1980, n°6694/74, Artico c. Italie, ici spéc. al. n° 33.

¹⁰²⁵ V. p. ex. CEDH, déc. du 28.11.2006, n° 77773/01, Flandin c. France, ici spéc. al. n° 35 et s.

¹⁰²⁶ V. p. ex. CEDH, déc. du 13.05.1980, n°6694/74, Artico c. Italie, ici spéc. al. n° 36.

¹⁰²⁷ V. not. CEDH, déc. du 19.12.1989, n° 9783/82, Kamasinski c. Autriche, ici spéc. al. n° 65 ; CEDH, déc. du 07.10.2008, n° 35228/03, Bogumil c. Portugal, ici spéc. al. n° 46.

¹⁰²⁸ Cass. crim., déc. du 28.06.2000, n° 00-80.253, publiée au *bull.* n° 254, p. 750. V. aussi DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 379-380, n° 519.

¹⁰²⁹ Cass. crim., déc. du 13.02.1996, n° 95-85.676, publiée au *bull.* 1996, n° 73, p. 214, se rapporter égal. à la n. de jurispr. correspondante PRADEL, Jean, « note de jurisprudence relative à Cass. crim. déc. du 13.02.1996 », *Rec. Dal.*, n° 37, 1996, p. 260.

légales ; la défaillance du barreau ne leur est en revanche pas imputable.¹⁰³⁰ Plus généralement, lorsqu'une circonstance insurmontable empêche l'assistance d'un avocat et que l'examen de l'affaire ne peut être différé, il peut être dérogé au principe posé par l'art. 6.3 d CESDH.¹⁰³¹ Du côté allemand, le § 145 StPO prévoit certes, s'il s'agit d'une constellation de défense obligatoire, lors du procès en cas de défaillance de l'avocat de la défense, l'obligation pour le président du tribunal de commettre un avocat d'office ou de reporter l'audience.¹⁰³² Hormis dans les hypothèses de détention provisoire (v. §§ 140 al. 1, n° 4 et 141 al. 3, 5^e phrase StPO), cette règle ne vaut cependant que pour la phase du procès et n'a donc pas d'effet au cours de l'enquête, le problème de fond étant ici, comme évoqué plus haut, l'application limitée en principe au procès du mécanisme de la défense obligatoire, alors que l'enquête est devenue progressivement la phase décisive dans la majorité des affaires pénales.¹⁰³³

156. Le prévenu n'est pas seulement libre dans le choix de faire appel ou non à un conseil juridique – du moins en dehors des cas de commission d'office évoqués précédemment où il est imposé au mis en cause – mais il peut en principe également décider de qui sera son avocat comme cela ressort de l'intitulé de l'art. 6.3 c CESDH.¹⁰³⁴ Toutefois, il est là aussi permis des exceptions : ainsi le Conseil constitutionnel autorise-t-il le législateur français dans certaines circonstances à limiter cette liberté dès lors que cette restriction est légitime, proportionnée et strictement encadrée par la loi.¹⁰³⁵ Un motif légitime peut par exemple résider dans le fait que l'avocat est lui-même susceptible d'être impliqué dans les faits, objets de la poursuite, la procédure sera alors régulière dès lors qu'un autre avocat aura pu assurer la défense.¹⁰³⁶ Lorsque la personne concernée demande qu'un avocat soit commis d'office, elle perd

¹⁰³⁰ V. réf. en n. 1029.

¹⁰³¹ Cass. crim., déc. du 8.07.2015, n° 14-86.400, publiée au *bull.* n° 177. V. égal. en ce sens PRADEL, Jean, « n. de jurispr. (Cass. crim. déc. du 13.02.1996) », *Rec. Dal.*, 1996, *art. cit.*, p. 260.

¹⁰³² KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 139, n° 194.

¹⁰³³ V. les développements plus haut au n° 154, p. 168 et s.

¹⁰³⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 376, n° 514 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 130, n° 183.

¹⁰³⁵ CC, déc. du 17.02.2012, QPC, n° 2011-223, publiée au *JO* du 18.02.2012, p. 2846 à propos de l'art. 706-92 CPP qui, en cas de garde à vue décidée pour des faits de terrorisme, permettait au juge de décider que la personne serait assistée par un avocat désigné par le bâtonnier sur une liste d'avocats habilités établie par le bureau du Conseil national des barreaux.

¹⁰³⁶ Cass. crim., déc. du 3.06.2008, n° 08-81.771, publiée au *bull.* 2008, n° 138.

également en Allemagne dans les hypothèses du § 140 StPO comme en droit français la faculté de choisir son défenseur.¹⁰³⁷

157. L'art. 6.3 e CESDH garantit par ailleurs également le droit pour le prévenu de se faire assister gratuitement par un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience, cela vaut également pour ses entretiens préparatifs avec son conseil juridique et ce même indépendamment du fait qu'il s'agisse d'un cas de défense obligatoire.¹⁰³⁸ En effet, bien que la CESDH ne mentionne ici explicitement que la phase d'audience, il va de soi que l'assistance d'un interprète doit être garantie tout au long de la procédure.¹⁰³⁹ L'équité du procès de même que l'égalité des citoyens devant la loi serait en effet gravement compromise si les investigations préparatoires étaient conduites sans que le prévenu, faute de maîtrise de la langue des autorités, soit à même de les discuter ou d'en demander l'annulation.¹⁰⁴⁰ L'art. 6.3 e CESDH implique aussi la traduction des pièces du dossier sans que ce texte n'aille non plus, selon les exigences strasbourgeoises, « *jusqu'à exiger une traduction écrite de toute preuve documentaire ou pièce officielle du dossier* » ; il suffit en l'espèce bien plus que les documents dont le prévenu doit saisir le sens soient traduits pour satisfaire aux conditions d'un procès équitable.¹⁰⁴¹ Enfin, l'assistance de l'interprète, de même que la traduction des pièces du dossier, doivent être gratuites et l'État¹⁰⁴² ne saurait, même après une condamnation effective, requérir le remboursement des frais qu'il a exposés à ce titre.¹⁰⁴³

158. Le défaut d'assistance d'un avocat dans les cas où il aurait dû en être désigné un, peut emporter en France l'annulation de l'acte (qui sera en pratique presque toujours le procès-verbal d'audition) effectué sans ce conseil juridique.¹⁰⁴⁴ Mais les demandes d'annulation sont encadrées par des conditions strictes de formes et de délai, sans compter ici qu'il doit

¹⁰³⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 377, n° 514.

¹⁰³⁸ BGH, déc. du 26.10.2000 - 3 StR 6/00 (*BGHSt*, 46, 178), reproduite dans *NJW*, 2001, p. 309-312, ici spéc. p. 311 ; v. égal. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 31 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 392, n° 533.

¹⁰³⁹ V. réf. en n. 1038 et CEDH, déc. du 28.11.1978, n° 6210/73, 6877/75 et 7132/75, Luedicke, Belkacem et Koç c. Allemagne, ici spéc. al. n° 48.

¹⁰⁴⁰ V. e. a. *ibid.* ici spéc. al. n° 42 ; Cass. crim., déc. du 25.05.2005, n° 05-81.628, publiée au *bull.* n° 157, p. 563.

¹⁰⁴¹ CEDH, déc. du 19.12.1989, n° 9783/82, Kamasinski c. Autriche, ici spéc. al. n° 74.

¹⁰⁴² *ibid.*

¹⁰⁴³ V. e. a. CEDH, déc. du 28.11.1978, n° 6210/73, 6877/75 et 7132/75, Luedicke, Belkacem et Koç c. Allemagne, ici spéc. al. n° 42.

¹⁰⁴⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 382, n° 521-1.

également être vérifié que les déclarations ont bien eu lieu à un moment de la procédure où la désignation d'un avocat était obligatoire ce qui les rend complexes pour l'intéressé.¹⁰⁴⁵ La CEDH retient ici « *qu'il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation* ». ¹⁰⁴⁶ Tirant les conséquences de cette jurisprudence, la loi du 14 avril 2011 a désormais introduit un nouvel alinéa au III de l'art. préliminaire précisant qu' « *en matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui* ». ¹⁰⁴⁷ Ainsi, même si la régularité de l'acte en question ne peut être attaquée (faute du respect des formes et délais exigés ou parce que l'assistance d'un avocat n'était pas, au moment en question, obligatoire), la valeur probante des déclarations prononcées sans le conseil d'un avocat n'en reste-t-elle pas moins anéantie par ce principe général. ¹⁰⁴⁸ Une disposition semblable vient également confirmer cette règle à propos de l'utilisation des témoignages anonymes (art. 706-62 et 706-87 CPP). La portée du principe doit toutefois être relativisée par plusieurs considérations : ¹⁰⁴⁹ il ne s'applique en premier lieu qu'en matière de condamnation criminelle et correctionnelle et non pour les condamnations contraventionnelles (art. prélim. III, dernier al. CPP). Il ne permet pas non plus d'écarter les déclarations effectuées sans l'assistance d'un avocat dans les cas où l'intéressé avait droit à cette assistance mais y a expressément renoncé. ¹⁰⁵⁰ Enfin, cette règle empêche seulement de retenir les déclarations faites sans avocat comme *unique* fondement de la condamnation, s'il existe en revanche d'autres éléments à charge, la condamnation reste possible dès lors que ces derniers peuvent motiver la décision à titre principal. ¹⁰⁵¹ Certes, la CEDH a paru retenir par

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

¹⁰⁴⁶ CEDH, déc. du 27.11.2008, n° 36391/02, Salduz c. Turquie, ici spéc. al. n° 55 ; CEDH, déc. du 27.10.2011, n° 25303/08, Stojkovic c. France et Belgique, ici spéc. al. n° 50.

¹⁰⁴⁷ DANET, Jean, « Le nouvel alinéa de l'article préliminaire du code de procédure pénale nous prémunit-il des erreurs judiciaires ? », *AJP*, n° 27, 2011, p. 331-333.

¹⁰⁴⁸ V. réf. en n. 1047.

¹⁰⁴⁹ DANET, Jean, « Le nouvel al. de l'art. prélim. du CPP nous prémunit-il des erreurs judiciaires ? », *AJP*, 27-2011, *art. cit.* ; BACHELET, Olivier, « Garde à vue : la persistante religion de l'aveu », *Gaz. Pal.*, n° 24, 2012, p. 7.

¹⁰⁵⁰ DANET, Jean, « Le nouvel al. de l'art. prélim. du CPP nous prémunit-il des erreurs judiciaires ? », *AJP*, 27-2011, *art. cit.*, p. 331-333.

¹⁰⁵¹ CEDH, déc. du 23.02.2010, n° 27503/04, Yoldas c. Turquie, ici spéc. al. n° 49 et s. V. égal. BACHELET, Olivier, « GAV : la persistante religion de l'aveu », *Gaz. Pal.*, 24-2012, *art. cit.*, p. 7 et s.

la suite une solution plus restrictive en excluant qu'une déclaration de culpabilité puisse être fondée dans une mesure quelconque sur de telles déclarations,¹⁰⁵² mais la chambre criminelle s'en tient fermement à la solution antérieure¹⁰⁵³ ce qui est à juste titre critiqué par la doctrine.¹⁰⁵⁴ Du côté allemand, l'atteinte au droit à un avocat a une valeur égale au manquement à l'obligation de notification des droits du prévenu évoquée plus haut et est donc sanctionnée pareillement, c'est-à-dire, en principe par une interdiction d'utiliser les preuves recueillies sur la base d'une déposition viciée au procès.¹⁰⁵⁵

5) Droit formel d'influer sur la procédure

159. Afin de permettre à la personne mise en cause d'assurer sa défense de manière concrète et effective, il est indispensable de lui accorder les moyens juridiques nécessaires.¹⁰⁵⁶ L'art. 6.3 a CESDH prévoit à cet effet notamment que l'accusé doit « être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ». L'art. 6.3 b CESDH ajoute quant à lui que tout accusé doit « disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ». Du temps, des moyens et des informations utiles, tels sont les besoins d'une défense « non pas théorique ou illusoire, mais concrète et effective »,¹⁰⁵⁷ pour reprendre les termes quelque peu adaptés et souvent usités par la Cour de Strasbourg.¹⁰⁵⁸ Cela suppose notamment que lui soit ouvert

¹⁰⁵² CEDH, déc. du 17.01.2012, n° 17730/07, Fidanci c. Turquie, ici spéc. al. n° 37 et 38.

¹⁰⁵³ Cass. crim., déc. du 06.12.2011, n° 11-80.326, publiée au *bull.* n° 247 ; Cass. crim., déc. du 14.03.2012, n° 11-85.827, publiée au *bull.* n° 73 ; Cass. crim., déc. du 18.09.2012, n° 11-85.031, publiée au *bull.* n° 190 ; Cass. crim., déc. du 12.12.2012, n° 12-80.788, publiée au *bull.* n° 275 ; Cass. crim., déc. du 12.02.2014, n° 12-84.500 et 13-87.836, publiée au *bull.* n° 41.

¹⁰⁵⁴ V. p. ex. BACHELET, Olivier, « GAV : la persistante religion de l'aveu », *Gaz. Pal.*, 24-2012, art. cit., p. 7 et s.

¹⁰⁵⁵ « Le sénat est d'avis que le devoir de notifier le droit de consultation d'un avocat n'a pas de poids inférieur à l'obligation d'informer sur le droit au silence du prévenu [...] ; ces deux droits du prévenu sont étroitement liés et permettent de garantir dans le système des droits protecteurs de l'inculpé les règles fondamentales de base de sa position procédurale », traduit librement de l'original : „Der Senat ist der Auffassung, dass die Pflicht zur Belehrung über das Recht auf Verteidigerkonsultation gegenüber dem Hinweis auf das Schweigerecht des Beschuldigten kein geringeres Gewicht hat [...] ; beide Rechte des Beschuldigten hängen eng zusammen und sichern im System der Rechte zum Schutz des Beschuldigten seine verfahrensmäßige Stellung in ihren Grundlagen“, BGH, déc. du 22.11.2001 - 1 StR 220/01 (BGHSt, 47, 172), reproduite dans *NJW*, 2002, p. 975-978. V. égal. AHLBRECHT, Heiko, « § 136 StPO », dans *HK*, art. cit., p. 796, n° 47 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 9, n° 12.

¹⁰⁵⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 366, n° 496 ; dans un sens similaire : ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 1389, n° 98.

¹⁰⁵⁷ V. p. ex. CEDH, déc. du 13.05.1980, affaire Artico c. Italie, n° 6694/74, spéc. n° 33 ; CEDH, déc. du 27.11.2008, n° 36391/02, Salduz c. Turquie, ici spéc. al. n° 51 ; CEDH, déc. du 24.11.1993, n° 13972/88, Imbrioscia c. Suisse, ici spéc. n° 38.

¹⁰⁵⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 387, n° 525 ; dans le même sens : ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 1389, n° 98.

un droit d'accès au dossier, le droit de formuler les demandes et d'exercer les recours, le droit de soumettre aux juridictions des mémoires ou conclusions ou encore le droit de comparaître devant celles-ci.¹⁰⁵⁹ Toutefois, il est clair que ces droits ne pourront être mis en œuvre pleinement qu'au stade de la juridiction de jugement puisque ce n'est qu'à ce stade, après les investigations préalables que les circonstances des faits reprochés et leur qualification juridique se trouvent fixées avec précision.¹⁰⁶⁰ Les possibilités d'action du prévenu au stade de l'avant-procès sont nécessairement limitées voire parfois inexistantes¹⁰⁶¹ en raison du peu d'informations dont il dispose à ce moment-là : il connaît certes les faits qu'ils lui sont reprochés en raison du devoir d'information correspondant incombant aux autorités de poursuite, expression du droit explicitement prévu par l'art. 6.3 CESDH et 14 al. 3 a Pacte relatif aux droits civils et politiques.¹⁰⁶² Cela ne lui sera néanmoins pas d'une grande aide sans connaissance approfondie du dossier d'enquête.¹⁰⁶³ En effet, le dossier étant, lors de la mise en état de l'affaire « *en construction* » et l'accusation « *en gestation* », il serait ici vain d'exiger une information précise et complète de la part des autorités de poursuite.¹⁰⁶⁴ Sous l'impulsion conjuguée des juridictions nationales constitutionnelles et du législateur européen, les droits personnellement accordés à la personne poursuivie ont dernièrement connu une expansion louable mais perfectible encore à de nombreux égards.¹⁰⁶⁵ Il n'en sera pas pour autant possible de gommer entièrement l'intervention graduelle de ces droits au cours de la

¹⁰⁵⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 387, n° 525 ; dans le même sens aussi : RÜPING, Hinrich, « Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren », *ZStW*, 1979, *art. cit.*, p. 354-356.

¹⁰⁶⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 384, n° 523 ; DREYER, Emmanuel et MOUYSET, Olivier, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 67-68, n° 60 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1362, n° 63 ; MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1228.

¹⁰⁶¹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 366, n° 496 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 32 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 231.

¹⁰⁶² V. p. ex. not. CEDH, déc. du 13.05.1980, affaire Artico c. Italie, n° 6694/74, spéc. n° 32 et s. ; V. égal. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 384, n° 523 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1389, n° 98.

¹⁰⁶³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 377, n° 516 ; JULIUS, Karl-Peter et SCHIEMANN, Anja, « § 147 StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 882, n° 1.

¹⁰⁶⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 384, n° 523 ; dans le même esprit : ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1397, n° 109.

¹⁰⁶⁵ SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal, op. cit.*, p. 151 et s., n° 230 et s. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 366, n° 496 et p. 1219 et s., n° 1826-1 et s. dans le même sens ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, intro. (Einl.), § 3, n° 17 et 17a.

procédure pénale commandée par les exigences pratiques et il s'agit ici bien plus de trouver le point d'équilibre entre protection des droits de la défense et impératifs de sécurité et d'efficacité.¹⁰⁶⁶

160. Concernant la mise en œuvre de ces différents droits du côté français, et ce, en premier lieu spécifiquement concernant le droit à l'information, les enquêteurs doivent informer le suspect entendu librement ou dans le cadre d'une garde à vue de la qualification de l'infraction retenue contre lui ainsi que de la date et du lieu présumé de sa commission (art. 61-1, 63-1, 77 et 154 CPP). S'il est ensuite présenté au procureur à la suite d'une enquête portant sur des faits ressortissants du tribunal correctionnel, le magistrat devra « *faire connaître à l'intéressé les faits qui lui sont reprochés ainsi que leur qualification juridique* » (art. 393 CPP). Il en est de même au cours de l'information (art. 80-2 et 116 CPP). Lorsque le magistrat instructeur décide de placer d'emblée une personne sous le statut de témoin assisté, l'information ne devra cependant pas être aussi précise, dans la mesure où la suspicion pesant sur l'intéressé est généralement plus vague, il suffira ici de donner à l'intéressé connaissance du « *réquisitoire introductif, de la plainte ou dénonciation* » (art. 113-4 CPP).¹⁰⁶⁷ Une information complète n'arrive finalement qu'avec l'acte de citation ou la convocation par un officier de police judiciaire à l'audience devant le tribunal (art. 390-1 et 551 CPP). Dans l'optique de garantir le temps nécessaire à la défense, l'art. 114 du Code de procédure pénale impose quant à lui de convoquer l'avocat de la personne mise en examen ou du témoin assisté au moins 5 jours ouvrables avant l'interrogatoire ainsi que de tenir le dossier à sa disposition au moins 4 jours ouvrables avant cette mesure. L'art. 145 al. 7 du Code de procédure pénale interdit par ailleurs au juge des libertés et de la détention de prescrire immédiatement le placement en détention provisoire lorsque la personne mise en examen demande un délai pour préparer sa défense et l'art. 145-1 al. 2 du CPP oblige ce même magistrat à lui accorder le délai prévu par l'art. 114 du CPP, lorsqu'il organise le débat contradictoire en vue d'une éventuelle prolongation de la détention provisoire. Si la chambre de l'instruction est saisie, l'art. 197 exige de son côté d'observer un délai minimum de 2 à 5 jours selon le cas entre la date d'envoi de l'avis d'audience et la date de la tenue de celle-ci et de tenir, pendant ce délai,

¹⁰⁶⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 366, n° 496 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1396, n° 109.

¹⁰⁶⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 384-385, n° 523.

le dossier à la disposition des avocats (art. 197 CPP). En ce qui concerne spécifiquement le droit d'accès au dossier, essentiel pour permettre de préparer sa défense de manière adéquate, il est, comme déjà évoqué brièvement plus haut, octroyé graduellement.¹⁰⁶⁸ Durant la phase de l'enquête policière, encore largement inquisitoriale, la règle du secret prévue par l'art 11 du Code de procédure pénale prévaut, l'accusation étant encore « *en gestation* ».¹⁰⁶⁹ Le législateur a cependant entamé ce secret en permettant à l'avocat de consulter certaines pièces du dossier lorsqu'il intervient durant la garde à vue (art. 63-1 en combinaison avec l'art. 63-4-1 CPP) et même l'entier dossier dans le cas, il est vrai très spécifique, prévu par l'art. 706-105 du CPP.¹⁰⁷⁰ Durant l'instruction, désormais dominée par les règles du contradictoire, la personne mise en examen doit se voir notifier les actes essentiels : décisions juridictionnelles (183 CPP) ainsi que certains éléments cruciaux tels les expertises (167 CPP).¹⁰⁷¹ En outre un accès intégral au dossier est, comme énoncé plus haut, dans cette phase désormais possible même sans passer par son avocat afin de permettre une défense effective également pour le prévenu qui choisirait de se défendre seul.¹⁰⁷² Les droits dont dispose le mis en cause lui-même restent néanmoins limités par rapport à ceux dont il pourra bénéficier en passant par un avocat.¹⁰⁷³ De fait, au stade de l'instruction, seul ce dernier pourra par exemple s'exprimer devant la chambre de l'instruction (v. art. 199 al. 1, 197-1 CPP).¹⁰⁷⁴ Concernant les conditions matérielles de l'exercice de la défense (art. 6 al. 3 b CESDH), les juridictions et plus généralement l'administration sont tenus de mettre une organisation matérielle en place afin de faciliter l'accès aux droits des personnes concernées ou tout du moins de ne pas l'entraver ; à ce titre il convient, par exemple, de prendre toutes les mesures nécessaires afin que l'avocat puisse consulter le dossier de la procédure et s'entretenir avec son client dans des conditions

¹⁰⁶⁸ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 594 et 597-598, n° 824 et 833 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 388, n° 527.

¹⁰⁶⁹ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 233-235, n° 291 ; p. 594 et 597-598, n° 824 et 833 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 388, n° 527.

¹⁰⁷⁰ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 597-598, n° 833 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 388, n° 527.

¹⁰⁷¹ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 233-235, n° 291 et p. 1094-1095, n° 2067 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 527, n° 388. V. à ce sujet égal. les dév. dans cette thèse au n° 142 p. 150.

¹⁰⁷² GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1094 et s., n° 2067 et s.

¹⁰⁷³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 366 et 1421 et s. n° 496 et 2133.

¹⁰⁷⁴ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 77, n° 48 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 366 et 1421 et s., n° 496 et 2133.

de confort minimum.¹⁰⁷⁵ La France rappelle ainsi par exemple en matière de détention provisoire que « *toutes communications et toutes facilités compatibles avec les exigences de la sécurité de la prison sont accordées aux personnes mises en examen, prévenus et accusés pour l'exercice de leur défense* » (art. 715-1 CPP). Plus généralement, il importe de veiller à ce que les facultés physiques et intellectuelles – et donc les capacités de défense – de la personne mise en cause ne soient pas altérées par les circonstances matérielles dans lesquelles se déroule la procédure, risque particulièrement prononcé dans les situations de garde à vue.¹⁰⁷⁶ C'est la raison pour laquelle le législateur français octroie au gardé à vue le droit de demander à être examiné par un médecin (art. 63-3 CPP) et oblige l'officier de police judiciaire à indiquer les périodes de repos et les heures auxquelles cette personne a pu s'alimenter (art. 64 CPP). Par ailleurs, faire usage de ses droits présuppose d'en avoir connaissance au préalable, ce qui implique de prévoir des obligations de notifications des droits de la défense incombant aux autorités envers la personne concernée.¹⁰⁷⁷ Les notifications du droit à l'assistance à un avocat déjà évoquées précédemment se rapportent généralement à l'ensemble de droits corrélatifs de la défense : en ce sens, la personne soupçonnée entendue dans le cadre d'une audition libre (art. 61-1 CPP) ou sous le régime de la garde à vue (art. 63-1 CPP) doit être informée à côté de son droit à un avocat, sur les faits reprochés ou encore sur son droit au silence. Si le juge d'instruction décide de mettre une personne en examen, il devra, outre le fait de notifier à cette dernière son droit à l'assistance d'un avocat, son droit de se taire et les faits qui lui sont reprochés, lui indiquer qu'elle dispose de la possibilité de « *formuler des demandes d'actes ou des requêtes en annulation* » ainsi que de demander la clôture de l'information à l'expiration d'un certain délai (art. 116 CPP). Le juge de la liberté et de la détention doit quant à lui informer la personne qui lui est présentée en vue d'un placement en détention qu'elle sera défendue par un avocat, que la décision ne sera prise qu'à l'issue d'un débat contradictoire et qu'elle dispose d'un délai pour préparer sa défense (art. 145 CPP). Enfin, l'art. 803-6 du CPP prévoit, en transposition de la directive européenne 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, la remise d'un document informatif à toute personne privée de liberté. En revanche, ces textes à l'objet

¹⁰⁷⁵ V. p. ex. CEDH, déc. du 09.04.1984, n° 8966/80, *Goddi c. Italie*, ici spéc. al. n° 31.

¹⁰⁷⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 389, n° 528.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 390, n° 529.

commun disséminés dans le CPP, même s'ils sont nombreux, ne permettent pas selon une jurisprudence constante de la haute juridiction, de conclure à une obligation générale d'information du prévenu quant à ses droits.¹⁰⁷⁸ Se défendre suppose également la capacité d'interroger les témoins à charge et la possibilité d'obtenir la convocation de témoins à décharge, droit consacré par l'art. 6.3 d CESDH.¹⁰⁷⁹ Ce droit formel d'influer sur la procédure est lui aussi progressif et n'est pleinement accordé qu'à partir du moment où le tribunal est saisi.¹⁰⁸⁰ De fait, si à l'instruction, le mis en cause peut réclamer (sans garantie) des actes d'investigation (art. 82-1 CPP) et devant la chambre de l'instruction, faire par l'intermédiaire de son avocat, des « *observations sommaires* » (art. 199 CPP), ce n'est qu'à l'audience que la personne poursuivie pourra poser des questions aux témoins, voire en citer.¹⁰⁸¹ Enfin, empêcher l'accusé ou son avocat de répliquer aux arguments de l'accusation reviendrait à priver la défense de s'exercer ; de ce constat s'est établie la solution que la défense doit toujours avoir le dernier mot.¹⁰⁸² Elle est consacrée par les textes dans le cas des débats devant la juridiction de jugement (art. 346 du CPP pour la Cour d'assises, art. 460 al. 2 du CPP pour le tribunal correctionnel, art. 536 du CPP concernant le tribunal de police, ou encore art. 513 du CPP à propos de la Cour d'appel). Et, lorsqu'un texte ne traite pas de la question, comme c'est le cas de l'art. 199 du CPP s'agissant des débats devant la chambre de l'instruction, la haute juridiction tire cette règle des principes généraux du droit¹⁰⁸³ et l'applique à toutes les procédures terminées par un arrêt ou un jugement,¹⁰⁸⁴ y compris lorsque la Chambre de l'instruction est appelée à statuer sur une demande de publicité des débats et du prononcé de l'arrêt¹⁰⁸⁵.

161. Du côté allemand, le Code de procédure pénale prévoit aussi toute une série de devoirs d'information et de notification des droits du mis en cause qui ont pour objectif de faciliter la mise en œuvre et l'effectivité des droits de la défense.¹⁰⁸⁶ On ne citera à titre illustratif ici que les §§ 114b, 127b al. 1, 2^e phrase en cas de détention provisoire, la norme centrale plusieurs

¹⁰⁷⁸ Cass. crim., déc. du 30.06.1976, n° 75-91.701, publiée au *bull.* n° 237, p. 624 ; Cass. crim., déc. du 16.12.1992, n° 91-86.629, publiée au *bull.* n° 425, p. 1192 ; Cass. crim., déc. du 14.11.2002, n° 01-88.623, inédite.

¹⁰⁷⁹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 77-80, n° 48.

¹⁰⁸⁰ DREYER, Emmanuel et MOUYSSSET, Olivier, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 68, n° 60.

¹⁰⁸¹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 77-80, n° 48.

¹⁰⁸² DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 391-392, n° 532.

¹⁰⁸³ Cass. crim., déc. du 28.09.1983, n° 83-93.215, publiée au *bull.* n° 232 ; Cass. crim., déc. du 23.10.1984, n° 84-94.205, publiée au *bull.* n° 312.

¹⁰⁸⁴ Cass. crim., déc. du 10.05.1989, n° 89-81.183 et 89-81.182, publiée au *bull.* n° 186, p. 478.

¹⁰⁸⁵ Cass. crim., déc. du 16.10.2001, n° 01-85.381 et 01-85.394, publiée au *bull.* n° 208, p. 669.

¹⁰⁸⁶ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1397, n° 110.

fois déjà évoquée relative aux auditions devant le juge du § 136 al. 1, phrases 2-5 et son pendant s'agissant des auditions par les autorités de poursuite le § 163a al. 3, 2^e phrase, al. 4, 2^e phrase, ou encore dans diverses autres situations aux §§ 163c al. 1, 3^e phrase (privation de liberté pour constater l'identité d'une personne), 243 al. 4 et 5 (notifications des droits lors de l'audience), 257c al. 5 (concernant le mécanisme de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité), 52 al. 2 et 55 al. 2 (concernant le droit de refuser de déposer dans certaines constellations) etc. StPO. Le prévenu dispose dans le cadre de l'enquête de la possibilité de déposer des réquisitions de preuves.¹⁰⁸⁷ Ce droit doit lui être notifié par le procureur ou la police lors de son audition (§§ 136 al. 1, 3^e phrase, 163a al. 4, 2^e phrase StPO). Néanmoins, pendant l'enquête préliminaire, les autorités de poursuite ne sont tenues de considérer ces demandes que si elles les estiment « importantes » (§ 163a al. 2 StPO). Ces termes étant extrêmement imprécis, le droit aux réquisitions de preuves sera extrêmement difficile à faire valoir, d'autant plus que certains considèrent ici que la décision des autorités de poursuite en la matière est à leur discrétion.¹⁰⁸⁸ La véritable chance de voir sa demande de preuves aboutir n'arrive qu'avec le procès principal, la loi obligeant alors le tribunal à motiver son refus (§§ 244, 245 StPO).¹⁰⁸⁹ Or, si la loi relative à l'introduction des dossiers électroniques au sein de l'autorité judiciaire et au droit des échevins, entrée en vigueur le 5 septembre 2017,¹⁰⁹⁰ a ouvert un droit d'accès direct au prévenu qui n'est plus tenu de passer par l'intermédiaire de son avocat,¹⁰⁹¹ celui-ci ne sera accordé que s'il n'existe pas de risque pour le déroulement normal des investigations et qu'aucun intérêt tiers prépondérant et digne de protection ne s'y oppose (§ 147 al. 2, 1^e phrase StPO).¹⁰⁹²

162. Le droit de poser des questions n'est prévu quant à lui que dans le cadre du procès principal (§ 240 al. 2 StPO),¹⁰⁹³ dans le cadre duquel le prévenu bénéficiera aussi de la

¹⁰⁸⁷ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 32.

¹⁰⁸⁸ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 163a StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 15 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 32 ; ZÖLLER, Mark, « § 163a StPO », dans *HK, op. cit.*, p. 1051, n° 12.

¹⁰⁸⁹ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 32 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 231.

¹⁰⁹⁰ BT, « Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs », *BGBI.*, partie I, n° 45, juillet 2017, p. 2208.

¹⁰⁹¹ V. sur ce point les précisions au n° 143, p. 151 de cette thèse.

¹⁰⁹² JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 230 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence, art. cit.* p. 246.

¹⁰⁹³ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 33.

possibilité de faire des déclarations et d'avoir le dernier mot (§§ 257, 258 StPO)¹⁰⁹⁴. Toutefois, à la différence du système français où le rôle de l'avocat en garde à vue est strictement limité, celui-ci ne pouvant poser ses questions qu'en fin d'audition,¹⁰⁹⁵ on notera qu'en raison de l'article 6.3 d CESDH, qui garantit un droit du mis en cause d'interroger ou de faire interroger les témoins, la jurisprudence allemande admet ici un droit de l'avocat de la défense à poser des questions **au cours** de l'audition au stade de l'avant-procès dès lors que sa présence y est autorisée par la loi.¹⁰⁹⁶

6) Droit (et devoir) de comparaître personnellement

163. Au-delà de la protection des droits de la défense, la comparution personnelle est avant tout souhaitable dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice,¹⁰⁹⁷ raison pour laquelle la Cour de Strasbourg énonce dans de nombreux arrêts que le « *législateur doit pouvoir décourager les absences injustifiées* », sans qu'il n'en soit pour autant permis que les moyens de pression mis en œuvre aillent jusqu'à compromettre les droits de la défense.¹⁰⁹⁸ À cette fin, la législation française permet au juge de recourir à un mandat d'amener ou d'arrêt (v. art. 272-1, 379-2 et 410-1 CPP) pour contraindre le prévenu à comparaître devant le tribunal correctionnel ou la Cour d'assises.¹⁰⁹⁹ De son côté, le Code de procédure pénale allemand prévoit à l'intention du prévenu l'obligation d'être présent au procès principal (§§ 230 al. 1, 231, 285 al. 1, 1^e phrase et 338 n° 5 StPO) à laquelle il n'est possible de déroger que dans les cas très restrictifs des §§ 231 al. 2, 231a, 231b, 231c, 232, 233, 247, 329, 350 al. 2, 387, 412 et 415 StPO).¹¹⁰⁰ Si ces devoirs imposés au prévenu peuvent paraître surprenants, ils n'en sont pas pour autant contraires à ses droits, puisqu'ils lui permettent d'en garantir

¹⁰⁹⁴ V. BVerfG, déc. du 3.05.1980 – 2 BvR 705/79 (*BVerfGE* 54, 140-142), reproduite dans *MDR*, 1980, p. 909-910 ; v. égal. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 3, § 18, n° 8.

¹⁰⁹⁵ V. à ce propos not. le n° 549, p. 501 et s. et le n° 554, p. 505 et s. de cette thèse.

¹⁰⁹⁶ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 168c StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 1 ; ZÖLLER, Mark, « § 168c StPO », dans *HK, op.cit.*, p. 1105-1106, n° 1 et 3.

¹⁰⁹⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 367-368, n° 498 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1381-1382, n° 85-86.

¹⁰⁹⁸ V. p. ex. CEDH, déc. du 23.11.1993, n° 14032/88, Poitrimol c. France, ici spéc. n° 35 ; CEDH, déc. du 23.05.2000, n° 31070/96, Van Pelt c. France.

¹⁰⁹⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 367-368, n° 498.

¹¹⁰⁰ LG Nürnberg-Fürth, déc. du 30.10.1998 - 13 KLS 302 Js18679-94, reproduite dans *NStZ*, 1999, p. 264-265, ici spéc. p. 264. V. aussi ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1382, n° 86 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 80-81, n° 105 ; WELP, Jürgen, « Die Gestellung des verhandlungsunfähigen Angeklagten », *JR*, n° 7, 1991, p. 265.

l'efficacité.¹¹⁰¹ Ils poursuivent en effet un double objectif : ils permettent d'un côté au prévenu de faire un usage effectif de son droit d'être défendu ainsi qu'entendu (il pourra en ce sens s'expliquer et fournir à la juridiction des éléments d'appréciation que ne contient pas nécessairement le dossier, discuter des témoignages et contester les arguments de l'accusation développés à l'audience).¹¹⁰² Il s'agit d'un autre côté de privilégier la recherche de la vérité en donnant la possibilité au juge du fond de se faire une impression lui-même de la situation grâce à la comparution du prévenu et son comportement devant le tribunal.¹¹⁰³ La présence du prévenu est également fondamentale pour déterminer l'ampleur de la culpabilité personnelle et fixer la hauteur de la peine.¹¹⁰⁴ Enfin, les principes directeurs de nos ordres pénaux procéduraux d'immédiateté et d'oralité du procès imposent également la présence du prévenu.¹¹⁰⁵ C'est pour cette raison que l'art. 14 al.3 d PIDCP le consacre non comme une obligation mais bien un droit de la personne mise en cause, à savoir celui d'être « présente à son procès ».¹¹⁰⁶ La CESDH ne le mentionne quant à elle pas explicitement¹¹⁰⁷ mais la Cour de Strasbourg estime que « quoique non mentionnée en termes exprès au paragraphe 1 de l'article 6 (art. 6-1), la faculté pour l'"accusé" de prendre part à l'audience découle de l'objet et du but de l'ensemble de l'article ».¹¹⁰⁸ Elle considère à cet égard que cette disposition « reconnaît à l'accusé le droit de participer réellement à son procès » et donc « d'y

¹¹⁰¹ En ce sens not. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1382, n° 86 ; STEIN, Ulrich, « Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung », *ZStW*, vol. 97, n° 2, 1985, p. 303 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 367-368, n° 498.

¹¹⁰² V. égal. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1382, n° 86 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 8, § 44, n° 42 ; STEIN, Ulrich, « Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der HV », *ZStW*, 1985, *art. cit.*, p. 303 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 367-368, n° 498.

¹¹⁰³ BGH, déc. du 02.10.1952 - 3 StR 83/52 (*BGHSt*, 3, 187, 190), reproduite dans *NJW*, 1952, p. 1306 ; BGH, déc. du 21.02.1975 - 1 StR 107/74, reproduite dans *NJW*, 1975, p. 885-887, ici p. 886. V. égal. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1382, n° 86 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 8, § 44, n° 42 ; STEIN, Ulrich, « Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der HV », *ZStW*, 1985, *art. cit.*, p. 303 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 367-368, n° 498.

¹¹⁰⁴ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1382, n° 86 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 367, n° 498.

¹¹⁰⁵ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1382, n° 86 ; STEIN, Ulrich, « Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der HV », *ZStW*, 1985, *art. cit.*, p. 303.

¹¹⁰⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 368, n° 499 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1381, n° 85. À noter que la Cour fédérale constitutionnelle allemande tire de son côté le droit de présence du prévenu de son droit à être entendu (art. 103 al. 1 GG) et du principe d'équité, v. p. ex. BVerfG, déc. du 21.01.1976 - 2 BvR 941/75 (*BVerfGE* 41, 246), reproduite dans *NJW*, 1976, p. 413-414 ; BVerfG, déc. du 26.01.1982 - 2 BvR 856/81 (*BVerfGE* 59, 280-287), reproduite dans *NJW*, 1982, p. 1214-1215.

¹¹⁰⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 367-368, n° 498.

¹¹⁰⁸ CEDH, déc. du 12.02.1985, n° 9024/80, *Colozza c. Italie*, ici spéc. al. n° 27.

assister »¹¹⁰⁹ et que « la comparution d'un prévenu revêt une importance capitale dans l'intérêt d'un procès pénal équitable et juste ».¹¹¹⁰ En conséquence, l'État doit veiller à assurer la présence de l'accusé au débat.¹¹¹¹ Porte donc atteinte à l'art. 6 al. 1 CESDH le fait de juger en son absence un accusé incarcéré à l'étranger alors que celui-ci n'avait pas renoncé à comparaître personnellement.¹¹¹² Dans le même esprit, la chambre criminelle a censuré un arrêt qui avait retenu qu'il n'était pas nécessaire de faire extraire un prévenu, détenu pour autre cause, alors que celui-ci n'avait pas manifesté sa volonté de ne pas être présent aux débats.¹¹¹³ Des exceptions à ce principe sont néanmoins permises.¹¹¹⁴ À cet égard, l'accusé peut tout d'abord y renoncer, dès lors que sa renonciation est univoque et entourée de garanties.¹¹¹⁵ Et la Cour de Strasbourg estime par ailleurs qu'il suffit que ce droit « essentiel » soit assuré « soit pendant la première procédure à son encontre, soit au cours d'un nouveau procès » ce qui autorise de nombreux tempéraments.¹¹¹⁶ De ce fait, la procédure de jugement par défaut que prévoit le Code de procédure français en matière criminelle (art. 379-2 et s. CPP) ou en matière correctionnelle ou de police (art. 487 s. CPP) ne viole pas l'art. 6.1 CESDH car l'intéressé peut, selon les articles 489 ou 379-4 du Code de procédure français, « obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit ».¹¹¹⁷ S'il tel est déjà le cas lors du jugement, il n'est pas étonnant que le principe de comparaître personnellement soit aussi altéré au cours de la phase préparatoire du procès.¹¹¹⁸ Ainsi le juge d'instruction ne tient-il pas d'audience avant de rendre ses décisions juridictionnelles.¹¹¹⁹ Le juge des libertés et de la détention doit certes organiser un débat contradictoire préalable lorsqu'il envisage un placement en détention provisoire ou une prolongation de celle-ci (145 CPP) mais non lorsqu'il statue sur une

¹¹⁰⁹ CEDH, déc. du 23.02.1994, n° 16757/90, Stanford c. Royaume-Uni, ici spéc. al. n° 26.

¹¹¹⁰ CEDH, déc. du 18.10.2006, n° 18114/02, Hermi c. Italie, ici spéc. al. n° 58.

¹¹¹¹ CEDH, déc. du 21.09.1993, n° 12350/86, Kremzow c. Autriche, ici spéc. al. n° 68.

¹¹¹² CEDH, déc. du 28.08.1991, n° 12151/86, F.C.B. c. Italie, ici spéc. al. n° 32 et s.

¹¹¹³ Cass. crim., déc. du 11.01.2006, n° 05-80.651, inédite.

¹¹¹⁴ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans SK, art. cit., p. 1381-1382, n° 85 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 369 et s., n° 501 et s.

¹¹¹⁵ V. not. CEDH, déc. du 18.10.2006, n° 18114/02, Hermi c. Italie, ici spéc. al. n° 73 ; CEDH, déc. du 23.11.1993, n° 14032/88, Poitrimol c. France, ici spéc. n° 31 ; CEDH, déc. du 12.02.1985, n° 9024/80, Colozza c. Italie, ici spéc. al. n° 27-29.

¹¹¹⁶ CEDH, déc. du 18.10.2006, n° 18114/02, Hermi c. Italie, ici spéc. al. n° 58.

¹¹¹⁷ CEDH, déc. du 23.11.1993, n° 14032/88, Poitrimol c. France, ici spéc. n° 31.

¹¹¹⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 370, n° 505.

¹¹¹⁹ *Ibid.*

demande de mise en liberté.¹¹²⁰ Devant la Chambre de l'instruction, la comparution personnelle de la personne mise en examen n'est de droit qu'en matière de contentieux de la détention provisoire (art. 199 al. 2 CPP). Dans les autres hypothèses, elle est laissée à la discrétion de la Chambre (art. 199 al. 4 CPP).

164. Le droit de présence du mis en cause lors de la procédure ressort en Allemagne du droit à être entendu, ancré dans l'art. 103 al. 1 GG, et du droit à un procès équitable.¹¹²¹ Afin d'assurer le mieux possible le respect de ce principe, des tempéraments ne sont admis au regard du droit constitutionnel que lorsqu'ils sont nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de l'administration judiciaire ou préserver des intérêts de tiers et qu'ils apparaissent proportionnels.¹¹²² Le StPO n'accorde au prévenu explicitement un droit de présence que dans les cas des §§ 163a al. 4, 3^e phrase, 168c, 168d, 223, 224, 225, 369 al. 3 StPO.¹¹²³ Pour le reste, il se contente de prévoir, comme indiqué plus haut une obligation d'être présent au procès principal.¹¹²⁴ Mais tout cela concerne avant tout l'audience principale et ne saurait dissimuler que c'est au cours de l'avant-procès que le droit de présence du prévenu est, malgré les §§ 163a al. 4, 3^e phrase, 168c et 168d StPO, le plus faible.¹¹²⁵ Lors de certaines mesures telles les perquisitions, le prévenu pourra certes être là, concernant d'autres actes (telles les écoutes téléphoniques, agent infiltré), il n'aura même pas connaissance de leur existence.¹¹²⁶ Les droits de présence de l'avocat et du prévenu lors d'une audition de témoin sont particulièrement révélateurs de leur situation précaire : la loi n'accorde pas au prévenu et à son avocat le droit d'assister à l'audition d'un témoin par la police ou le ministère public (en effet le § 161a al. 1 ne renvoie pas au § 168c StPO) et si leur

¹¹²⁰ *Ibid.*

¹¹²¹ V. p. ex. BVerfG, déc. du 21.1.1976 - 2 BvR 941/75 (*BVerfGE* 41, 246), reproduite dans *NJW*, 1976, p. 413-414, ici spéc. p. 414. V. e. a. égal. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 5, § 24, n° 42.

¹¹²² RIESS, Peter, « Die Durchführung der Hauptverhandlung ohne Angeklagten: Zugleich ein Beitrag zum neuen § 231 a StPO », *JZ*, vol. 30, n° 9, 1975, p. 268 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1381-1382, n° 85.

¹¹²³ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1382, n° 86 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 80, n° 105.

¹¹²⁴ LG Nürnberg-Fürth, déc. du 30. 10. 1998 - 13 KLS 302 Js18679-94, reproduite dans *NStZ*, 1999, p. 264-265, ici spéc. p. 264. V. aussi ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1382, n° 86 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 80-81, n° 105 ; WELP, Jürgen, « Gestellung des verhandlungsunfähigen Angeklagten », *JR*, 1991, *art. cit.*, p. 265.

¹¹²⁵ WELP, Jürgen, « Anwesenheitsrechte und Benachrichtigungspflichten: Bemerkungen zum Urteil des BGH v. 2. 5. 1979 — 2 StR 99/79. *JZ* 1980, 149 ff », *JZ*, vol. 35, n° 4, 1980, p. 134-138 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1383, n° 87.

¹¹²⁶ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 35.

présence lors d'une audition d'un témoin par le juge est en principe possible (§ 168a al. 2 StPO), elle peut être à tout moment exclue dès lors qu'elle mettrait en danger le but de l'enquête (§ 168a al. 3 StPO).¹¹²⁷ Par ailleurs, la présence même de l'avocat aux côtés du prévenu lors de son audition n'a pas toujours été une évidence : pour une audition par le procureur (§§ 163a al. 3., 2^e phrase en relation avec § 168c al. 1 StPO) ou le juge (§ 168c al. 1 StPO), cela fait longtemps que l'avocat peut assister le prévenu. En revanche, ce n'est qu'avec la 2^e réforme renforçant les droits procéduraux du suspect dans le cadre de la procédure pénale et modifiant le droit des assesseurs non professionnels du 27.08.2017 venue transposer la directive 2013/48/EU¹¹²⁸ que la présence de l'avocat aux côtés du mis en cause a été explicitement prévue également dans le cadre d'un simple interrogatoire de police.¹¹²⁹ Les appels au renforcement des droits de présence de l'inculpé et celui corrélatif de son avocat au stade de l'enquête préliminaire sont de ce fait bien justifiés.¹¹³⁰ À cet égard, il convient néanmoins de ne pas perdre de vue l'intérêt légitime de l'État à la recherche de la vérité.¹¹³¹

C – Le principe de célérité

165. Le dernier principe caractéristique de l'équité, auquel le législateur n'hésite pas à recourir (parfois quelque peu hâtivement) pour justifier certaines de ses réformes,¹¹³² est celui de la célérité de la procédure, expression d'un droit fondamental procédural à valeur

¹¹²⁷ *Ibid.*, p. 53, n° 35 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 230.

¹¹²⁸ BT, « Zweites Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts », *BGBI.*, partie I, n° 60, septembre 2017, p. 3295.

¹¹²⁹ V. le nouveau § 163a al. 4, 3^e phrase StPO qui renvoie désormais au § 168c al. 1 à 5 StPO. Se reporter égal. à HÄFEN, Mario (von), « § 163a StPO », *art. cit.*, n° 1 et 31.

¹¹³⁰ V. e. a. not. RIESS, Peter, « Grundfragen zur Reform des Ermittlungsverfahrens », dans G. DUTTGE (éd.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, Köln ; München [e.a.], Heymanns, 2002 (abrégé *GS-Schlüchter*, 2002), p. 23-25 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1363, n° 65 ; p. 1383, n° 87 ; p. 1397, n° 109 ; MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1237.

¹¹³¹ RIESS, Peter, « Grundfragen z. Reform des EV », dans *GS-Schlüchter*, 2002, *art. cit.*, p. 19 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1363 n° 65 ; p. 1383, n° 87 ; p. 1397, n° 109 ; MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1237-1238.

¹¹³² Ainsi le législateur fit-il de cette exigence la motivation principale de l'abolition du juge d'instruction dans sa grande réforme de la procédure pénale en 1975. V. à ce propos notamment : JUNG, Heike, « Bilanz der Reform (1. StVRG 1975) », *JuS*, 4-1975, *art. cit.*, p. 261-265 ; RIEß, Peter, « Der Hauptinhalt des ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG) », *NJW*, n° 3, 1975, p. 81-82.

constitutionnelle en Allemagne¹¹³³ comme en France¹¹³⁴, à savoir le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (art. 6.1 CESDH). Cet aspect est étroitement surveillé et sévèrement apprécié par la Cour européenne, à tel point qu'il est arrivé à la doctrine d'y voir là une certaine « obsession ». ¹¹³⁵ En effet, « *Le temps qui passe, c'est la vérité qui s'enfuit* »¹¹³⁶ ; « *Justice delayed is Justice denied* »¹¹³⁷ et l'on ne peut s'empêcher de voir dans le mot de La Bruyère « *Le devoir des juges est de rendre la justice ; leur métier est de la différer. Certains connaissent leur devoir. Beaucoup font leur métier* »¹¹³⁸ une certaine part de vérité en particulier au cours de l'avant-procès où l'intervention du juge est susceptible de conduire à un allongement parfois considérable de la procédure, comme c'est le cas lorsqu'une instruction est diligentée en France, celle-ci rallongeant, selon les derniers chiffres-clés de la justice, en moyenne la procédure de près de 2 ans et 7,6 mois.¹¹³⁹ La règle de célérité n'est en l'espèce pas seulement décisive au stade du jugement mais a déjà toute sa place au stade de l'avant-procès, les principes européens irradiant indiscutablement toutes les phases procédurale pénale.¹¹⁴⁰ Ce principe n'est bien entendu pas à comprendre dans un sens absolu mais bien plus relatif.¹¹⁴¹ L'objectif premier n'est pas d'atteindre une rapidité maximale mais un délai « *raisonnable* », excluant tout retard non approprié de la procédure.¹¹⁴² L'importance de cette règle est certaine : elle permet dans un premier temps de soulager l'opinion publique inquiétée des

¹¹³³ En droit allemand le principe issu du droit fondamental à un procès équitable a également valeur constitutionnelle, v. p. ex. BVerfG, déc. du 19.03.1992 - 2 BvR 1/91, reproduite dans *NJW*, 1992, p. 2472-2474 ou ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 1402-1403, n° 118.

¹¹³⁴ Le principe est repris en droit interne français dans l'art. prélim. du CCP (§ III, al. 4). Le CC reconnu dans un premier temps l'exigence de délais raisonnables sans la rattacher à un principe constitutionnel particulier (CC, déc. du 20.01.1981, n° 80-127 DC, Sécurité et liberté, publiée au *JO* du 22.01.1981, p. 308) avant de consacrer l'exigence constitutionnelle d'une procédure juste et équitable dans laquelle s'intègre le droit à un délai raisonnable dans une déc. du 22.01.1999, n° 98-408 DC, publiée au *JO* du 24.01.1999, p. 1317. V. à ce sujet not. BÜCK, Valentine, « CC et les réformes pénales récentes », *Cah. CC*, n° 10, 2001, art. cit.

¹¹³⁵ V. p. ex. LUCAZEAU, Gilles, « Le délai raisonnable est-il bien raisonnable ?, doct. 103 », *JCP G*, n° 3, 2009, n° 3.

¹¹³⁶ Dr. E. LOCARD tel que cité par PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 100, n° 65.

¹¹³⁷ Formule attribuée à l'homme politique britannique William Ewart GLADSTONE, notamment premier ministre de 1868-1874, 1880-1885, 1892-1894.

¹¹³⁸ Dans son ouvrage « *Les Caractères* ».

¹¹³⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p. 14 et 16. Du côté allemand, ce sont des constatations similaires qui conduisirent finalement à l'abolition pure et simple de l'instruction (v. n. 1132). Pour des indications empiriques sur ce sujet à l'époque de la suppression du juge d'instruction, se rapporter notamment à RIEß, Peter, « Hauptinhalt des 1. StVRG », *NJW*, 1975, art. cit., p. 81-82, et spéc. n. 10.

¹¹⁴⁰ SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 173, n° 279 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 1403, n° 118.

¹¹⁴¹ LUCAZEAU, Gilles, « Le délai raisonnable est-il bien raisonnable ?, doct. 103 », *JCP G*, 3-2009, art. cit., n° 6 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 100-101, n° 65 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 1403, n° 119.

¹¹⁴² V. réf. en n. 1141.

troubles à sa paix sociale.¹¹⁴³ En outre, plus le temps passe, plus la défense ainsi que la recherche de la vérité deviennent difficiles, de nombreuses preuves périssables imposant d'être recueillies rapidement.¹¹⁴⁴ Mais ce principe est aussi directement dans l'intérêt des justiciables concernés.¹¹⁴⁵ En effet, la justice pénale met en cause l'honneur des citoyens et, le cas échéant, sa liberté même, lorsque des mesures privatives de liberté sont prises à son égard : il convient ainsi d'agir vite afin de limiter la durée de l'atteinte portée aux droits des individus concernés¹¹⁴⁶. À ce propos, l'art. 5 CESDH souligne justement l'obligation pour les législateurs européens et leurs administrations de respecter un délai raisonnable en particulier concernant les mesures privatives de libertés (telles la détention provisoire par exemple, v. art. 5 al. 3, 1^e phrase CESDH) et prévoit notamment qu'un individu arrêté ou détenu « *doit être aussitôt traduit devant un juge ou un autre magistrat* » et « *jugé dans un délai raisonnable* ». ¹¹⁴⁷ Les législateurs allemand et français ont tenu compte de cette obligation dans diverses mesures concernant l'avant-procès. Ainsi la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 a consacré du côté français cette exigence dans l'article préliminaire (III, al. 5) du Code de procédure pénale et plusieurs normes viennent souligner cette exigence par exemple lors de l'enquête (art. 75-1 et 75-2 CPP), de l'instruction (art. 175-2 CPP) ou de la détention provisoire (144-1 CPP).¹¹⁴⁸ Innovant en la matière, l'art. 77-2 du CPP (également introduit par la loi du 15 juin 2000) prévoit même pour toute personne ayant fait l'objet d'une garde à vue lors d'une enquête le droit de demander quelle suite le procureur entend donner à l'affaire, si aucune poursuite n'a été engagée dans le délai de 6 mois à compter de sa garde à vue.¹¹⁴⁹ Cependant, outre le fait que cette disposition revêt plus une portée symbolique que pratique

¹¹⁴³ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 100-101, n° 65 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1403, n° 119.

¹¹⁴⁴ V. réf. en n. 1143.

¹¹⁴⁵ SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal, op. cit.*, p. 173, n° 279 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 100-101, n° 65 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1403, n° 119.

¹¹⁴⁶ « *Une personne ne peut rester trop longtemps sous le coup d'une accusation à raison d'un préjudice moral et physique qui peut lui être causé par cette accusation* », Chambre d'accusation de Liège, déc. du 20.03.1986, telle que citée par PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 100, n° 65, n. 6.

¹¹⁴⁷ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 370 et s., n° 427 et s. SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal, op. cit.*, p. 173 et s., n° 280 et s. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1403, n° 118 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 2, § 16, n° 3.

¹¹⁴⁸ LUCAZEAU, Gilles, « Le délai raisonnable est-il bien raisonnable ?, doct. 103 », *JCP G*, 3-2009, *art. cit.*, n° 3 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal, op. cit.*, p. 175-178, n° 284-288.

¹¹⁴⁹ PRADEL, Jean, « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 », *Rec. Dal.*, 13-2001, *art. cit.*, p. 1039 et s., sous II, A, 1, a ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal, op. cit.*, p. 176, n° 286.

(il apparaît en effet peu réaliste qu'un gardé à vue, trop heureux de ne plus être inquiété, se rappelle de lui-même aux autorités de poursuite pour savoir ce qu'il en est des investigations le concernant),¹¹⁵⁰ la portée de ce nouvel article est limitée si l'on considère qu'il n'est pas applicable en matière de criminalité et de délinquance organisée et que la loi du 9 septembre 2002 est de surcroît venue supprimer l'obligation faite au procureur dans le cadre des art. 41-1 à 41-4 du CPP.¹¹⁵¹ Du côté allemand, des dispositions en ce sens ont également été adoptées : la personne arrêtée doit être conduite immédiatement devant le juge (§§ 115, 128, 129 StPO), la détention provisoire est en principe limitée à 6 mois (§ 121 StPO) ou encore la police doit faire part de ses conclusions sans retard au procureur (§ 163 al. 2, 1^e phrase StPO).¹¹⁵²

166. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg évalue le caractère raisonnable du délai selon une appréciation globale des circonstances, c'est-à-dire « *in concreto* ». ¹¹⁵³ Sont ici ainsi pris en compte tant la complexité de l'affaire en cause¹¹⁵⁴ que le comportement des parties, l'attitude des autorités compétentes, ou encore l'enjeu du litige pour l'intéressé,¹¹⁵⁵ pour éventuellement justifier un retard dans le déroulement de la procédure pénale.¹¹⁵⁶ Si donc, toutes les nuances sont ici permises, les circonstances de l'espèce ne peuvent pour autant pas aller jusqu'à porter atteinte à la substance même du droit protégé et, les circonstances de terrorisme particulière de la cause ne sont pas en mesure de justifier une garde à vue de 4 jours et 6 heures¹¹⁵⁷ ou *a fortiori* de 6 jours et 13 h^{1158, 1159}

¹¹⁵⁰ PRADEL, Jean, « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 », *Rec. Dal.*, 13-2001, *art. cit.*, p. 1039 et s., II, A, 1, a ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 176-177, n° 286.

¹¹⁵¹ LAMY, Bertrand (de), « Le juge des libertés et de la détention : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, n° 9, 2007, p. 10, n° 3.

¹¹⁵² ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 2, § 16, n° 4.

¹¹⁵³ CEDH, déc. du 31.05.2001, n° 37591/97, Metzger c. Allemagne, *ici spéc. al. n° 36* ; CEDH, déc. du 25.03.1999, n° 25444/94, Pélissier et Sassi c. France, *ici spéc. al. n° 67* ; CEDH, déc. du 22.05.1984, n° 8805/79, 8806/79 et 9242/81, De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas, *ici spéc. al. n° 52*, DREYER, Emmanuel et MOUYSSSET, Olivier, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 58, n° 45 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 371-373, n° 429 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 175, n° 282 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1404, n° 120.

¹¹⁵⁴ V. p. ex. CEDH, déc. du 03.07.2001, n° 40402/98, Romo c. France, *ici spéc. al. n° 18*.

¹¹⁵⁵ V. p. ex. CEDH, déc. du 23.04.1998, n° 26256/95, Doustaly c. France, *ici spéc. al. n° 39*.

¹¹⁵⁶ DREYER, Emmanuel et MOUYSSSET, Olivier, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 58, n° 45 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1404, n° 119 et 120.

¹¹⁵⁷ CEDH, déc. du 29.11.1998, n° 11209/84, 11234/84 et 11266/84, Brogan et autres c. Royaume-Uni, *ici spéc. al. n° 59*.

¹¹⁵⁸ CEDH, déc. du 16.10.2001, n° 37555/97, O'Hara c. Royaume-Uni, *ici spéc. al. n° 46*.

¹¹⁵⁹ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 471-473, n° 429.

Conclusion de la section 2

167. Fortes de l'influence de la CEDH et de l'Union Européenne, l'Allemagne et la France ont développé un solide socle commun de principes directeurs et droits protecteurs de la personne mise en cause. L'ensemble des règles ici dégagées trouve application dès le stade précoce des investigations. Toutefois, leur étendue et leur ampleur n'est assurément pas la même que lors des débats publics et contradictoires du procès pénal. Le souci, à ce stade embryonnaire de la procédure, de ne pas mettre par là en échec la recherche de la vérité par les autorités de poursuite domine bien plus clairement.

168. Ainsi doit être prise en considération tout au long des investigations la présomption d'innocence mais celle-ci ne saurait à l'évidence empêcher de prime abord l'adoption de mesures fondées sur des éléments de suspicion, telle par exemple la détention provisoire. Il convient ici de souligner les contours très flous de cette maxime alors que l'ensemble des praticiens estime par exemple qu'elle ne fait pas le moins du monde obstacle à un classement sans suite sous condition.

169. La dignité, l'intégrité physique et psychique de la personne mise en cause font l'objet d'une protection particulière. Toute atteinte doit être ici strictement proportionnée et le principe de loyauté permet de veiller à ce que la recherche de la vérité ne soit pas le résultat de procédés déloyaux.

170. Mais le prévenu ne dispose pas encore de la plénitude des droits de la défense et c'est bien là que réside le principal problème à l'heure actuelle, alors que la part des procès contradictoires et publics ne cessent de diminuer au profit de règlements sommaires à la fin de l'enquête sous l'égide du procureur. En effet, si des deux côtés de la frontière on ne peut nier, notamment en raison de la transposition de la directive européenne 2013/48/EU une progression bénéfique des droits de la défense lors de la phase préliminaire, notamment concernant l'accès au dossier du prévenu et les devoirs de notification des droits incombant aux autorités publiques, ces droits ne sont pas encore équivalents à ceux qui s'appliquent dans l'hypothèse d'une audience contradictoire et publique, propice au plein épanouissement du principe de l'égalité des armes. Pour ne citer que les plus significatifs, l'accès au dossier au stade de l'enquête est à cet égard toujours plus restreint (en France il ne s'étend pas à la totalité des pièces avant la garde à vue et en Allemagne l'autorité publique peut toujours estimer qu'il mettrait en danger les fins de l'enquête pour refuser de l'accorder) ; la présence

de l'avocat du prévenu lors d'une audition de témoin n'est pas permise et le mis en cause ne bénéficie pas des mêmes possibilités quant à la réquisition de preuves.

– CONCLUSION DU CHAPITRE 2 –

171. Les investigations et notamment les mesures coercitives qu’elles appellent peuvent conduire à des atteintes graves aux libertés individuelles des personnes auxquelles elles s’appliquent. L’environnement social des individus concernés est impacté, leur sphère privée est touchée et les préjudices entraînés peuvent avoir des conséquences irrémédiables alors même qu’à ce stade de la procédure, il n’est pas encore établi de responsabilité pénale pouvant justifier ces atteintes. Le mis en cause devra de surcroît supporter un double-fardeau puisque, au-delà de la violation directe de ses libertés individuelles, les preuves récoltées à l’issue des mesures d’investigation pourront ensuite être, le cas échéant, utilisées à sa charge dans le procès et touchent par là les droits et libertés procéduraux spécifiques de la défense.

172. Pour protéger ces libertés individuelles, les législateurs nationaux, fortement influencés par le modèle du procès équitable européen, ont érigé des garanties et des droits importants qui ne trouvent traditionnellement pleinement application qu’au stade des débats contradictoires et publics du procès. Dans le cadre de la mise en état de l’affaire pénale, le développement de ces droits a certes connu une avancée majeure, résultant notamment des exigences européennes, mais il est clair qu’il s’agit ici, à la différence du procès, avant tout de privilégier l’action des autorités de poursuite pour une recherche efficace de la vérité. Cela se traduit par des droits de la partie mis en cause en deçà de ceux dont elle bénéficie lors du procès. Cette logique se justifie dans la mesure où le prévenu est censé dans l’esprit originel des systèmes procéduraux disposer de l’ensemble de ces prérogatives au plus tard lors du procès, ce qui lui permettra de faire valoir alors pleinement sa position, au même titre que le procureur, devant un tribunal composé de juges et, le cas échéant, d’assesseurs non professionnels extérieurs à l’affaire. Qu’il soit toutefois permis de se demander si cette argumentation tient encore, alors qu’aujourd’hui la très grande majorité de la masse pénale est réglée sommairement à la fin de l’enquête par le procureur, comme il le sera démontré en deuxième partie de cette thèse et que le mis en cause ne bénéficiera donc jamais d’une position d’égal à égal par rapport aux membres du ministère public.

– CONCLUSION DU TITRE 1 –

173. La commission d'une infraction place les personnes suspectées ou concernées par la procédure pénale déclenchée de même que l'ensemble de la communauté dans une situation difficile et déstabilisante.¹¹⁶⁰ Notamment quand il s'agit d'une infraction grave et/ou spectaculaire dont les enjeux sociétaux sont certains, « *l'âme de la société* bout ». ¹¹⁶¹ Parfois seule l'adoption de mesures privatives de liberté, telle la détention provisoire, est à même de la calmer.¹¹⁶² Sous prétexte d'efficacité, il est alors tentant d'accorder de larges prérogatives de puissance publique aux autorités de poursuite chargées de l'affaire.¹¹⁶³ Et, effectivement, le secret caractérisant la phase préliminaire au procès, la libre gestion de l'enquête, la prédominance de la position de la partie poursuivante dans son ensemble servent ici un but mal dissimulable, à savoir, celui de donner un avantage certain au commencement de l'enquête aux autorités investigatrices.¹¹⁶⁴ Pour éviter les travers auxquels pourrait conduire une orientation au seul objectif de l'efficacité dans la recherche des preuves, les modèles à l'étude, sous l'influence décisive de la CEDH, ont développé un ensemble de règles communes du procès équitable qui vient encadrer l'action des autorités lors de l'avant-procès et impose à celles-ci le respect des principes élémentaires de l'État de droit.¹¹⁶⁵ Mais la tension des différents intérêts en présence, caractéristique de la procédure pénale, a là encore laissé son empreinte, et la balance concernant la mise en état de l'affaire pénale penche assurément du côté de l'efficacité. En résultent des droits pour la personne mise en cause moins développés qu'ils ne le seront au procès.

174. Par ailleurs, les meilleurs principes juridiques ou droits accordés aux parties ne seraient ici qu'une bien maigre consolation, s'ils n'étaient pas accompagnés de garanties institutionnelles toutes aussi puissantes permettant leur véritable mise en œuvre et leur contrôle effectif. Pour ce, à côté de l'intervention de l'avocat, qui permet à la défense

¹¹⁶⁰ Se rapporter à ce propos aux n° 86 et s., p. 92 et s. (Sect. 1 du Chap. 2 du titre 1 de la 1^e partie).

¹¹⁶¹ JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, *art. cit.*, p. 20.

¹¹⁶² V. en ce sens e. a. *Ibid* ; COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 9

¹¹⁶³ Se rapporter à l'ens. des réf. préc. en n. 1162.

¹¹⁶⁴ V. en ce sens not. JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, *art. cit.*, p. 20.

¹¹⁶⁵ Se rapporter à ce propos aux n° 90 et s. de cette thèse, p. 96 et s. (transition et Sect. 2 du Chap. 2 du titre 1 der la 1^e partie).

d'exercer efficacement ses droits, sans qu'il y ait pour autant consensus sur le rôle et la fonction de ce magistrat, la présence d'un juge au côté du procureur au stade de l'avant-procès est jugée avec raison comme une absolue nécessité.

– TITRE 2 –

L'INTERVENTION DU JUGE DANS L'AVANT-PROCÈS AUX CÔTÉS DU PROCUREUR COMME GARANTIE DES DROITS DES PERSONNES CONCERNÉES PAR LES MESURES CONTRAIGNANTES

175. Vu les dangers inhérents à la mise en état de l'affaire pénale d'une collision entre les différentes fonctions que doit assurer l'État et les intérêts divergents qu'elles poursuivent, il serait dangereux de confier l'ensemble de ces dernières à une seule et même autorité qui ne manquerait alors assurément pas de se trouver elle-même face à un choix impossible.

176. Par ailleurs l'équité du procès gagne assurément à ce que le magistrat qui contrôle les investigations ne soit ni celui qui les dirige, ni celui qui décide de l'issue afin que la personne concernée par les mesures obtienne un niveau de contrôle supplémentaire et extérieur mieux à même de garantir une certaine indépendance et impartialité.¹¹⁶⁶

177. La préservation de l'intérêt social incombant au procureur comme représentant du pouvoir légitime en place qui, à ce titre, poursuit et soutient l'accusation au procès, il semble dès lors naturel de considérer que ce dernier ne saurait être à même de garantir seul les libertés individuelles des personnes concernées par des mesures d'investigations qu'il a le plus souvent lui-même décidées pour mener à bien sa mission (Chapitre I). C'est la raison pour laquelle la présence d'un juge, garant des libertés individuelles et soumis à la seule loi, aux côtés du procureur, est indispensable dans l'avant-procès et fait consensus dans les deux ordres procéduraux à l'étude, même si l'étendue des missions et du contrôle de cet acteur reste sujet à controverse (Chapitre 2).

¹¹⁶⁶ En ce sens not. CHAVENT-LECLÈRE, Sophie, « Des évolutions en cours à la révolution attendue en proc. pén. ?, dos. 6 », *Procédures*, 1-2015, art. cit., n° 16.

– CHAPITRE I –

LE PROCUREUR, GAGE D'IMPARTIALITÉ STATUTAIRE ET FONCTIONNELLE ?

178. Pour que la pertinence d'une procédure soit acceptée et que celle-ci soit reconnue comme légitime, il est capital que les personnes concernées soient convaincues que l'issue du procès n'est pas encore déterminée.¹¹⁶⁷ Cela n'est le cas que si les magistrats intervenants sont à l'écoute de l'argumentation de chacune des parties à mesure égale, sans préjugé ; ils doivent en ce sens être neutres et impartiaux.¹¹⁶⁸ C'est à cette seule condition que les intéressés pourront avoir confiance en une résolution du conflit par l'État et accepteront de s'en remettre à celui-ci qui pourra alors légitimement entraver leurs libertés individuelles.¹¹⁶⁹ Le problème de cette notion est toutefois sa définition car il s'agit ici d'un concept reposant sur une base subjective, c'est-à-dire reflétant une approche personnelle qui ne peut en soit pas être imposée et qui sera difficile à établir.¹¹⁷⁰

179. Pour tenir compte de cette subjectivité, la jurisprudence européenne tenta au départ de définir si l'organe concerné correspondait à une autorité judiciaire au sens du § 5.3 CESDH « *in concreto* », c'est-à-dire si l'autorité du cas d'espèce, indépendamment de son statut avait agi de manière impartiale.¹¹⁷¹ L'État peut néanmoins adopter des mesures particulières pour encourager cette impartialité et éviter que celle-ci ne soit en danger objectivement.¹¹⁷² Il peut à cet effet notamment ériger des garanties statutaires et fonctionnelles, telles celles valant par exemple pour les juges à l'origine de la confiance dont ceux-ci bénéficient auprès de la société.¹¹⁷³ La Cour de Strasbourg se fonde donc désormais sur l'examen de ces précautions étatiques dont l'absence est à elle seule en mesure d'impacter objectivement l'impartialité des membres concernés et provoquer une méfiance légitime du destinataire d'une mesure

¹¹⁶⁷ RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, Frankfurt a.M. [u.a.], Lang, 2001, p. 163-164.

¹¹⁶⁸ *Ibid*, p. 164.

¹¹⁶⁹ *Ibid*, p. 164.

¹¹⁷⁰ *Ibid*, p. 165.

¹¹⁷¹ V. p. ex. CEDH, déc. du 04.12.1979, n° 7710/76, Schiesser c. Suisse, ici spéc. al. n° 32 et s. ; CEDH, déc. du 26.05.1988, n° 10208/82, Pauwels c. Belgique, ici spéc. al. n° 37 et 38. V. à ce sujet aussi PRADEL, Jean, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Rec. Dal.*, n° 4, 2011, p. 340.

¹¹⁷² RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, *op. cit.*, p. 165-166.

¹¹⁷³ *Ibid*, p. 166.

adoptée par cette autorité.¹¹⁷⁴ Or, le procureur, véritable « *cheval de Troie* »¹¹⁷⁵ à mi-chemin entre l'autorité judiciaire et le pouvoir exécutif, peine à gagner la confiance du justiciable qui remet régulièrement son impartialité en doute.¹¹⁷⁶ Dans sa jurisprudence sur l'art. 5.3 CESDH, la CEDH estime elle-même qu'aucun membre du ministère public d'un état membre du Conseil de l'Europe – y compris les procureurs italiens pourtant indépendants de l'exécutif –¹¹⁷⁷ ne présente *in abstracto* les garanties nécessaires d'un membre de l'autorité judiciaire en matière d'indépendance et/ou d'impartialité.¹¹⁷⁸ Elle met ici parfaitement en lumière les deux points faibles du procureur s'agissant de la garantie des libertés individuelles : tout d'abord, son statut de dépendance de l'exécutif dans une très grande majorité des états membres du Conseil de l'Europe est à lui seul susceptible de faire naître des doutes légitimes chez le prévenu quant à l'indépendance de cette institution telle qu'exigée par l'art. 5 al. 3 CESDH (Section 1).¹¹⁷⁹ Mais cet aspect n'est pas la seule barrière à la compétence du procureur en matière de privation de liberté : sa fonction même de poursuite et de représentation de l'accusation au procès est en mesure d'entraîner à elle seule une méfiance justifiée quant à l'impartialité de ce dernier (Section 2).¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁴ V. p. ex. CEDH, déc. du 26.11.1992, n° 13867/88, Brincat c. Italie, ici spéc. al. n° 20-21 ; CEDH, déc. du 23.10.1993, n° 12794/87, Huber c. Suisse, v. spéc. al. n° 42. V. à ce sujet aussi PRADEL, Jean, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? », *Rec. Dal.*, 4-2011, *art. cit.*, p. 340.

¹¹⁷⁵ SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel et al., « Le statut du parquet, débat », *Constitutions*, n° 3, 2011, p. 296 ; RÜPING, Hinrich, « Die Geburt der StA », *GA*, 1992, *art. cit.*, p. 158.

¹¹⁷⁶ Les procureurs français pointent eux mêmes du doigt ce problème de confiance dans : PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, « Le livre noir du ministère public », Conférence nationale des procureurs de la République, juin 2017, p. 15.

¹¹⁷⁷ CEDH, déc. du 26.11.1992, n° 13867/88, Brincat c. Italie, ici spéc. al. n° 20-21.

¹¹⁷⁸ V. p. ex. CEDH, déc. du 23.10.1993, n° 12794/87, Huber c. Suisse, v. spéc. al. n° 42 ; CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 3394/03, Medvedyev et autres c. France, ici spéc. al. n° 123-126 ; CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 37104/06, Moulin c. France, n° 56-60. V. à ce propos égal. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 280-283 et 699-670, n° 353 et n° 1140 ; PRADEL, Jean, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? », *Rec. Dal.*, 4-2011, *art. cit.*, p. 340-341.

¹¹⁷⁹ CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 3394/03, Medvedyev et autres c. France, ici spéc. al. n° 123-126 ; CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 37104/06, Moulin c. France, n° 56-60.

¹¹⁸⁰ CEDH, déc. du 26.11.1992, n° 13867/88, Brincat c. Italie, ici spéc. al. n° 20-21 ; CEDH, déc. du 23.10.1993, n° 12794/87, Huber c. Suisse, v. spéc. al. n° 42.

– SECTION 1 –

UNE PARTIALITÉ STATUTAIRE

180. Qu'il s'agisse du ministère public français ou allemand, ces deux institutions se caractérisent par leur lien étroit au pouvoir exécutif.

181. Bien que le parquetier français soit magistrat au même titre que les juges, son statut présente encore de nombreuses spécificités qui l'empêchent de bénéficier d'une pleine indépendance comparable à celle de ses collègues du siège (§ 1).

182. La dépendance du procureur allemand au pouvoir exécutif est quant à elle encore plus marquée du fait de son statut légal de fonctionnaire (§2).

183. Or, cette relation de subordination du parquet au ministre de la Justice a des répercussions directes dans la pratique, qui peuvent parfois faire douter de la pleine impartialité de l'institution du ministère public (§ 3).

§ 1. Le procureur français : un « magistrat » pas comme les autres

184. « *Tout juge est procureur général* »¹¹⁸¹ : particulièrement hostile aux juges, Napoléon sut gérer particulièrement habilement l'héritage de l'Ancien Régime en reprenant un de ses acteurs à l'ambiguïté ancienne pour s'arroger l'ascendant sur la justice.¹¹⁸² Il craignait une magistrature sécessionniste et souhaitait éviter toute révolte de la part des juges contre l'autorité, l'insurrection judiciaire ayant par le passé largement contribué à la chute tragique de la Royauté.¹¹⁸³ L'institution du parquet lui offrit l'opportunité rêvée : instrument puissant lui permettant de rétablir l'ordre troublé par les nombreuses années de chaos révolutionnaire,¹¹⁸⁴ il en profita pour en faire un véritable « *cheval de Troie du gouvernement* » organisé selon une hiérarchie quasi-militaire et entièrement dépendante de

¹¹⁸¹ CARBASSE, Jean-Marie, « Introduction », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 11 ; LAINGUI, André et LEBIGRE, Arlette, *Histoire du droit pénal, la procédure criminelle*, op. cit., p. 59.

¹¹⁸² SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel, « Le problème du ministère public français, Dossier : Faut-il réformer le statut du ministère public? », *AJP*, n° 3, 2011, p. 112.

¹¹⁸³ *Ibid.* Il s'agissait ici de « *mettre un terme à une expérience de dix années* » qui correspondait à la Révolution, v. en ce sens CARBASSE, Jean-Marie, « Introduction », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 18.

¹¹⁸⁴ ROYER, Jean-Pierre, « Le ministère public, enjeu politique au XIXe siècle », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, p. 259-260 ; dans le même ouvrage CARBASSE, Jean-Marie, « Introduction », art. cit., p. 17-18.

lui tout en l'intégrant dans un corps unique avec les juges du siège, la magistrature.¹¹⁸⁵ Cette subtilité lui permit de contrôler l'ensemble des magistrats dont la carrière était unique.¹¹⁸⁶

185. Et c'est ce caractère hybride originel qui régit toujours aujourd'hui le statut du parquet.¹¹⁸⁷ Certes, les craintes de l'emprise d'un exécutif arbitraire comme cela était le cas sous le régime totalitaire napoléonien se sont estompées. Aujourd'hui, les procureurs sont bien plus chargés de requérir l'exercice de la loi (art. 31 CPP) à laquelle ils sont, à l'instar de leurs collègues du siège conformément à l'article 66 de la Constitution, soumis pareillement. La jurisprudence constitutionnelle les considère en tant que magistrats comme membres à part entière de l'autorité judiciaire.¹¹⁸⁸ Ils sont à ce titre également garants des libertés individuelles.¹¹⁸⁹

186. Toutefois, tandis que les juges n'ont à recevoir d'ordre de personne et statuent en leur seule âme et conscience, les parquetiers reçoivent des injonctions de leurs supérieurs hiérarchiques auxquels ils sont tenus d'obéir.¹¹⁹⁰ Malgré une indépendance statutaire affirmée (art. 64 de la Constitution), les parquetiers demeurent subordonnés à l'autorité hiérarchique dominée à son sommet par le garde des Sceaux (art. 5 de l'ord. du 22 déc. 1958), qui « conduit la politique d'action publique déterminée par le gouvernement et veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République » (art. 30 CPP). À cette fin, il adresse aux procureurs généraux, qui les relaient, des instructions générales d'action publique (art. 30 al. 2 CPP). En revanche, l'art. 30 al. 3 du CPP interdit désormais depuis la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 tout ordre ministériel concernant des affaires individuelles.¹¹⁹¹

187. De son côté le procureur général près la Cour d'appel veille à l'application de la loi pénale dans l'étendue du ressort de la Cour ainsi qu'au bon fonctionnement des parquets.¹¹⁹² Il anime et coordonne l'action des procureurs de même que la conduite de la politique d'action

¹¹⁸⁵ SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel, « Le problème du ministère public français », *AJP*, 3-2011, *art. cit.*, p. 112.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

¹¹⁸⁷ ALIX, Julie, « Quel visage pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet, op.cit.*, p. 68 ; SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel, « Le problème du ministère public français », *AJP*, 3-2011, *art. cit.*, p. 112.

¹¹⁸⁸ CC, déc. du 11.08.1993, n° 93-326 DC, loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du CPP, publiée au *JO* du 15.08.1993, p. 11599, confirmée dernièrement par CC déc. du 06.05.2011, n° 2011-125 QPC, publiée au *JO* du 07.05.2011, p. 7850, ici spéc. considérant n° 8 malgré les diverses condamnations de la France par la CEDH intervenues sur ce point dans le cadre de l'art. 5.3 (v. sur ce point n. 1179).

¹¹⁸⁹ V. à ce sujet not. ALIX, Julie, « Quel visage pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet, art. cit.*, p. 68 ; MEINDL, Thomas, « Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2010, p. 398-400.

¹¹⁹⁰ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 160, n° 188.

¹¹⁹¹ *Ibid.*, p. 161, n° 188.

¹¹⁹² *Ibid.*

publique en adaptant éventuellement les instructions générales au contexte de son ressort (art. 35 CPP). Il peut également enjoindre aux parquetiers de son ressort, par instructions écrites et versées au dossier, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites jugées opportunes (art. 36 CPP). Le procureur général a aussi autorité sur tous les officiers du ministère public du ressort (art. 37 CPP).

188. Cette organisation hiérarchique est dans un sens bénéfique en ce qu'elle permet de garantir l'application d'une politique pénale uniforme déterminée par le Gouvernement selon des critères tendant à assurer la cohérence de la conduite de l'action publique et l'application de la loi pénale dans le respect de l'égalité des citoyens.¹¹⁹³ Cela est d'autant plus nécessaire que l'ordre procédural français obéit au principe de l'opportunité des poursuites qui laisse une large marge d'appréciation personnelle au procureur.¹¹⁹⁴

189. Mais, de cette subordination hiérarchique au ministre de la justice et aux parquets généraux résultent aussi le mode de nomination, la révocabilité et l'amovibilité des membres du parquet, ainsi que le régime disciplinaire, ce qui peut se révéler plus dérangeant.¹¹⁹⁵ Il est vrai, la réécriture de l'article 65 de la Constitution par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 a renforcé l'indépendance du Conseil de la magistrature (CSM, organe garant à côté du président de la République de l'indépendance de l'autorité judiciaire, v. art. 64 al. 2 de la Constitution), en évinçant le président de la République de la présidence du CSM et en procédant de même concernant le garde des Sceaux, qui en était le vice-président, afin de privilégier une présidence bicéphale partagée entre le premier président et le procureur général de la Cour de Cassation en fonction de la formation compétente.¹¹⁹⁶ Toutefois, conformément à l'article 38 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, les magistrats du parquet sont toujours nommés par décret du président de la République sur proposition du garde des Sceaux. Or, ce dernier n'est à cet égard, et à la différence de ce qui vaut

¹¹⁹³ MATSOPOULOU, Haritini, « L'application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire aux magistrats du parquet - Note jurisp. 51 », *JPC G*, n° 3, 2018, p. 82 ; BACQUET, Alain, « La réflexion sur l'éthique et la déontologie des magistrats du parquet », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence, op. cit.*, p. 62.

¹¹⁹⁴ V. l'ens. des réf. préc. en n. 1193.

¹¹⁹⁵ ALIX, Julie, « Quel visage pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet, art. cit.*, p. 76-77.

¹¹⁹⁶ BELFANTI, Ludovic, « Du droit de tout justiciable de saisir le Conseil supérieur de la magistrature », *AJP*, n° 7/8 2017, p. 344-345.

concernant la nomination d'un juge (art. 65 al. 4 de la Constitution), pas tenu de respecter l'avis du CSM lorsqu'il est requis (art. 28 de l'ord. n° 58-1270 et art. 65 al. 5 de la Constitution).¹¹⁹⁷ En outre, le pouvoir disciplinaire est exercé par le garde des Sceaux (art. 43, 48 et 58-1 et s. de l'ord. n° 58-1270) qui apprécie l'existence d'une faute « *compte tenu des obligations qui découlent de leur subordination hiérarchique* » (art. 43 de l'ord. n° 58-1270). La carrière des membres du ministère public, qui peuvent être déplacés, rétrogradés ou même révoqués par le garde des Sceaux contre l'avis du CSM, repose ainsi théoriquement entièrement dans les mains de l'autorité hiérarchique.¹¹⁹⁸ On aurait pu croire, après les émois qu'avait suscité « *la valse des nominations* » de plusieurs procureurs contre l'avis du CSM sous la mandature de Nicolas Sarkozy,¹¹⁹⁹ que la longue période de répit de 8 ans, pendant laquelle les ministres de la Justice s'alignèrent sur les propositions du CSM, était signe qu'il revenait désormais au CSM de façonner *de facto* les carrières de tous les magistrats.¹²⁰⁰ Mais, en septembre 2018 le président Macron renouait avec les pratiques du passé, alors qu'il rayait « *d'un trait de plume les trois noms de magistrats expérimentés* »¹²⁰¹ en lice pour le poste hautement convoité de procureur de la République de Paris que le garde des Sceaux avait originellement proposés après que le premier ministre Edouard Philippe ait, « *dans une forme inédite d'examen oral* »¹²⁰², reçu en juillet ces trois candidats malheureux.¹²⁰³ Il n'en fallait pas plus pour que cette immixtion diffuse « *le poison de la suspicion* »¹²⁰⁴ alors qu'il s'agit concernant ce poste, si ce n'est du plus haut de la magistrature, certainement du plus sensible

¹¹⁹⁷ V. aussi MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, *art. cit.*, p. 78.

¹¹⁹⁸ *Ibid.* ; ROBERT, Marc, « L'avenir du ministère public français, Dossier : Faut-il réformer le statut du ministère public? », *AJP*, n° 3, 2011, p. 117 ; ALIX, Julie, « Quel visage pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, *art. cit.*, p. 77 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 161, n° 189.

¹¹⁹⁹ V. sur ce point not. MARTINEL, Agnès et GOANVIC, Isabelle, « La suppression du juge d'instruction : une réforme dangereuse et inefficace en l'état », *Terra Nova*, 12 février 2010, p. 8 ; FACHE, Alexandre, « "Le retour d'un exercice vertical du pouvoir", entretien avec Katia Dubreuil, présidente du Syndicat de la magistrature », *l'Humanité*, 2 octobre 2018, p. 10.

¹²⁰⁰ V. en ce sens not. MARIN, Jean-Claude, « L'autorité judiciaire dans l'État. L'indépendance statutaire du parquet est-elle compatible avec la définition d'une politique pénale nationale ? », dans C. CASS. (éd.), *CADEJ - session 2017-2018*, Paris, 19 septembre 2017, p. 5 et 6 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, *art. cit.*, p. 78.

¹²⁰¹ KANNER, Patrick, « Une réforme constitutionnelle, vite ! », *Le Monde*, 5 octobre 2018, p. 19.

¹²⁰² JACQUIN, Jean-Baptiste, « Justice : l'Élysée prend la main sur les parquets », *Le Monde*, 27 septembre 2018, p. 9.

¹²⁰³ Outre les réf. préc. en n. 1201 et 1202, v. à ce propos égal. SENNEVILLE, Valérie (de), « Parquet de Paris : les coulisses d'une succession à rebondissements », *Les Echos*, 17 octobre 2018, p. 13.

¹²⁰⁴ KANNER, Patrick, « Une réforme constitutionnelle, vite ! », *Le Monde*, 05.10.2018, *art. cit.*, p. 19.

et du plus exposé.¹²⁰⁵ Certes le contentieux terroriste devrait bientôt échoir au nouveau parquet national antiterroriste et les principaux dossiers économiques relèvent depuis quelques années du parquet national financier.¹²⁰⁶ On comprend toutefois l'importance de cette fonction lorsque l'on considère que c'est au parquet de Paris que sont traitées la plupart des grosses affaires visant autant le gouvernement que son opposition et qu'il reviendra au futur procureur d'exercer l'opportunité des poursuites.¹²⁰⁷ Plusieurs acteurs politiques de premier plan y sont d'ailleurs actuellement cités dans des enquêtes judiciaires en cours.¹²⁰⁸ Finalement Rémy Heitz, candidat proposé par le pouvoir exécutif à la suite du refus des candidats précédent fut nommé,¹²⁰⁹ certains médias dénonçant une véritable reprise en main de l'action publique, un « *choix du prince* »¹²¹⁰. Il est évident que de tels agissements jettent l'opprobre sur l'ensemble de la justice.¹²¹¹ Ces derniers événements viennent à notre sens rappeler que seule l'inscription dans la loi du caractère contraignant des avis émis par le CSM et de la compétence juridictionnelle de ce dernier en matière disciplinaire serait à même d'apporter une véritable certitude sur la question et une garantie contre l'intervention impropre de l'exécutif en raison de dérives personnelles.¹²¹² C'est d'ailleurs ce que

¹²⁰⁵ FANSTEN, Emmanuel et HALISSAT, Ismaël, « A Paris, Macron veut poser son parquet », *Libération.fr*, 27 septembre 2018, en ligne : <https://www.liberation.fr/france/2018/09/27/a-paris-macron-veut-poser-son-parquet_1681731>, consulté dernièrement le 22.12.2018 ; SENNEVILLE, Valérie (de), « Couloises d'une succession à rebondissements », *Les Echos*, 17.10.2018, *art. cit.*, p. 13.

¹²⁰⁶ FANSTEN, Emmanuel et HALISSAT, Ismaël, « À Paris, Macron veut poser son parquet », *Libération.fr*, 27.09.2018, *art. préc.*

¹²⁰⁷ V. l'ens. des réf. préc. en n. 1205.

¹²⁰⁸ Nicolas Sarkozy dans plusieurs dossiers ; Françoise Nyssen, ministre de la Culture dans le cadre de travaux d'agrandissement de la maison d'édition Actes Sud, qu'elle a dirigée jusqu'à son entrée au gouvernement ; Muriel Pénicaud, ministre du Travail inquiétée dans l'organisation sans appel d'offre d'une soirée à Las Vegas en présence d'Emmanuel Macron peu de temps avant le lancement de son parti politique et plus récemment encore, l'affaire Benalla qui vise directement l'Élysée, etc. V. l'ens. des réf. préc. en n. 1205.

¹²⁰⁹ V. not. KANNER, Patrick, « Une réforme constitutionnelle, vite ! », *Le Monde*, 05.10.2018, *art. cit.*, p. 19 ; SENNEVILLE, Valérie (de), « Couloises d'une succession à rebondissements », *Les Echos*, 17.10.2018, *art. cit.*, p. 13.

¹²¹⁰ V. p. ex. JACQUIN, Jean-Baptiste, « L'Élysée prend la main sur les parquets », *Le Monde*, 27.09.2018, *art. cit.*, p. 9 ; FACHE, Alexandre, « Le retour d'un exercice vertical du pouvoir », *l'Humanité*, 02.10.2018, *art. cit.*, p. 10 ; FANSTEN, Emmanuel et HALISSAT, Ismaël, « A Paris, Macron veut poser son parquet », *Libération.fr*, 27.09.2018, *art. cit.*

¹²¹¹ En ce sens not. KANNER, Patrick, « Une réforme constitutionnelle, vite ! », *Le Monde*, 05.10.2018, *art. cit.*, p. 19 ; FANSTEN, Emmanuel et HALISSAT, Ismaël, « À Paris, Macron veut poser son parquet », *Libération.fr*, 27.09.2018, *art. préc.*

¹²¹² V. en ce sens e. a. MARIN, Jean-Claude, « L'autorité judiciaire dans l'État », dans C. CASS. (éd.), *CADEJ - session 2017-2018*, *art. cit.*, p. 6 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, *art. cit.*, p. 82 ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 38 ; BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, à propos du Titre II de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, aperçu rapide 777 », *JCP G*, n° 27, 2016, p. 1341.

préconisaient nombre de commissions¹²¹³ dont dernièrement notamment celle présidée par Jean-Louis Nadal en novembre 2013¹²¹⁴. Mais comme si souvent, on ne s'étonnera plus que la réforme constitutionnelle envisagée ait été une nouvelle fois repoussée.¹²¹⁵ Par ailleurs, il serait également souhaitable d'attribuer le pouvoir de proposer les noms pour les futures nominations non au pouvoir exécutif mais bien au CSM.¹²¹⁶ À noter ici que cela ne ferait par ailleurs nullement échec à ce que le Gouvernement continue, par l'intermédiaire du ministre de la Justice, à jouer son rôle de directeur de la politique pénale qui relève de son unique responsabilité, de telle sorte que la cohésion de la politique pénale n'en serait pas altérée.¹²¹⁷

190. Les magistrats sont liés par les instructions données, même si cette obligation ne vaut théoriquement que pour les réquisitions écrites, chaque parquetier conservant sa liberté de parole à l'audience (art. 33 CPP). Par ailleurs, chaque chef de parquet dispose de pouvoirs propres lui permettant d'agir sans l'assentiment de ses supérieurs (art. 41 CPP).¹²¹⁸ En vertu de cette prérogative, ils peuvent poursuivre en l'absence d'ordre, ou même contre une directive hiérarchique, sans que la poursuite déclenchée en résultant soit pour autant entachée d'irrégularité.¹²¹⁹ Et inversement, s'ils s'opposent à une injonction donnée en refusant de mettre en mouvement l'action publique, leur supérieur ne pourra pas se substituer à eux (contrairement à la procédure pénale allemande) pour poursuivre à leur place.¹²²⁰ La subordination est en revanche plus étroite dans les limites d'un même parquet puisque les substituts sont en principe tenus, même s'ils gardent leur liberté de parole à

¹²¹³ V. p. ex. P. TRUCHE (dir.), « Rapport de la commission de réflexion sur la Justice », 1997, *rap. préc.*, p. 34-35. Sans approfondir cet aspect, le rapport Beaume insistait dernièrement lui-même sur « l'absolue » nécessité d'une réforme statutaire du parquet, v. BEAUME, Jacques, « Rapport sur la procédure pénale », juin 2014, p. 5, 7 et 88, en ligne : <<http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf>>, consulté dernièrement le 12.09.18.

¹²¹⁴ NADAL, Jean-Louis (dir.), « Refonder le ministère public, rapport de la commission de modernisation de l'action publique », 2013, p. 9-12, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_JLNadal_refonder_ministere_public.pdf>, consulté dernièrement le 12.09.18.

¹²¹⁵ V. à ce suj. p. ex. FACHE, Alexandre, « Le retour d'un exercice vertical du pouvoir », *l'Humanité*, 02.10.2018, *art.cit.*, p. 10.

¹²¹⁶ En ce sens Katia Dubreuil dans son entretien avec *ibid.*

¹²¹⁷ MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, *art. cit.*, p. 82.

¹²¹⁸ V. pour une illustration de ces pouvoirs p. ex. Cass. crim., déc. du 30.06.1999, n° 99-81.426, publiée au *bull.* 1999, n° 176 p. 533.

¹²¹⁹ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 162-163, n° 191.

¹²²⁰ *Ibid.*

l'audience, de se conformer aux instructions du procureur dont ils relèvent et que ce dernier peut se substituer à ses subordonnés.¹²²¹

191. Mais ces dernières libertés cachent mal l'indépendance toujours précaire dont dispose le procureur qui, en l'absence de garanties institutionnelles comparables à celles des juges dans la loi, est encore soumis au risque potentiel de devoir en appeler à son volontarisme « *héroïque* » en cas de désaccord avec sa hiérarchie.¹²²² Il faut le reconnaître, plusieurs pas ont été faits vers une plus grande autonomie du parquet et ces efforts législatifs se sont fortement intensifiés ces dernières années.¹²²³ De fait, la réforme constitutionnelle du 27 juillet 1993 modifia la composition du CSM afin de le rendre moins dépendant de l'exécutif et a accru ses pouvoirs dans la nomination, la carrière et la discipline des magistrats du parquet.¹²²⁴ Néanmoins, cette réforme constitutionnelle « *n'est pas allée au terme de sa logique unitaire* » puisqu'elle a mis en place deux formations distinctes au sein du CSM, l'une compétente pour les magistrats du siège, l'autre pour ceux du parquet.¹²²⁵ À leur égard, le CSM a des compétences moindres : il dispose d'un pouvoir d'avis sur les nominations des membres du ministère public, mais cet avis ne lie pas le pouvoir exécutif, contrairement à celui rendu pour les magistrats du siège.¹²²⁶ De plus, cette réforme laissait la nomination des procureurs généraux à la seule compétence du Conseil des ministres, ce qui ne fut changé que par la loi du 22 juillet 2010¹²²⁷ qui fit correspondre le mode de nomination des procureurs généraux aux autres parquets.¹²²⁸ Dans le prolongement de la réforme de 2010, la loi

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² Dans le même sens : ALIX, Julie, « Quel visage pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 77.

¹²²³ V. sur ce point p. ex. MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, art. cit., p. 78-79.

¹²²⁴ V. l. const. n° 93-952 du 27 juillet 1993. Pour un commentaire de cette l. se rapporter not. à LAY, Jean-Pierre et BIGAUT, Christian, « Loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature : la mise en oeuvre de la réforme constitutionnelle du 27 juillet 1993 », *Rec. Dal.*, n° 18, 1994, p. 129-135.

¹²²⁵ ASS. NAT., « Rapport sur le projet de loi constitutionnelle relatif au Conseil supérieur de la magistrature », n° 930, mai 1998, p. 11 et s., en ligne: <<http://www.assemblee-nationale.fr/11/pdf/rapports/r0930.pdf>>, consulté dernièrement le 27.08.17.

¹²²⁶ Art. 28 al. 2 Ord. du 22 déc. 1958, v. égal. à ce sujet : ALIX, Julie, « Quel visage pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 69 ; MEINDL, Thomas, « Implications constitutionnelles de la suppression du JI », *Rev. sc. crim.*, 3-2010, art. cit., p. 400-401.

¹²²⁷ V. Art. 16 et 19 de la l. organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010. Se rapporter égal. à l'actuelle et ancienne versions de l'art. 38 de l'ord. du 22 déc. 1958 consultables sur le site de légifrance.

¹²²⁸ V. à ce propos p. ex. MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, art. cit., p. 78.

organique du 8 août 2016¹²²⁹ a retiré les procureurs généraux de la liste des emplois auxquels il est pourvu en Conseil des ministres.¹²³⁰ Enfin, poursuivant le réaménagement des liens entre le ministère public et le garde des Sceaux entamé par la réforme constitutionnelle du 27 juillet 1993 et complété par les lois du 4 janvier et 24 août 1993, qui vinrent limiter la possibilité pour ce dernier de donner des instructions de poursuites dans des dossiers individuels,¹²³¹ la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 mit un terme définitif à la possibilité pour le ministre de la Justice d'adresser des instructions de poursuite dans les affaires individuelles (v. actuel art. 30 al. 2 CPP)¹²³². Elle soumit en outre explicitement les parquetiers au principe d'impartialité dans l'exercice de l'action publique (art. 31 CPP). Cependant, en l'absence de garantie statutaire correspondante, Antoine Botton souligne à notre sens avec raison que cette affirmation « *relève davantage de l'incantation ou du « symbole » que de la réalité* »,¹²³³ comme le rappelle d'ailleurs tristement les dernières immixtions du pouvoir exécutif dès lors qu'il s'agit de nominations de procureurs aux « *postes clefs* »¹²³⁴.

192. Du bas vers le haut de la hiérarchie, les parquetiers sont tenus de transmettre à l'attention de leurs supérieurs hiérarchiques des rapports d'information afin que ceux-ci soient en mesure d'assurer leur mission de conduite de la politique pénale confiée par l'art. 20 de la Constitution et l'art. 30 CPP.¹²³⁵ À cet égard, le procureur de la République doit par exemple adresser au procureur général un rapport d'activité et de gestion du parquet (art. 39-1 al. 2 CPP). Si le gouvernement, ayant supprimé les instructions dans les affaires individuelles en 2013, souhaitait que cette mesure soit l'occasion d'une nette diminution du nombre d'affaires signalées et mentionnait pour la première fois le point des remontées hiérarchiques

¹²²⁹ V. art. 7 de la l. org. n° 2016-1090.

¹²³⁰ Se rapporter not. à MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, *art. cit.*, p. 78-79.

¹²³¹ Art. 3, l. n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale et art. 1, l. n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale. V. également ALIX, Julie, « Quel visage pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, *art. cit.*, p. 69.

¹²³² À ce propos not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 39 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, *art. cit.*, p. 79.

¹²³³ BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341.

¹²³⁴ En ce sens e.a. SENNEVILLE, Valérie (de), « Couloirs d'une succession à rebondissements », *Les Echos*, 17.10.2018, *art. cit.*, p. 13. V. aussi les dév. sous le n° 189 p. 200 pour plus de précisions.

¹²³⁵ GARDE DES SCEAUX, « Circ. du 31 janv. 2014 de présentation et d'application de la l. n° 2013-669 du 25 juil. 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique », *BO complémentaire* du 14 fév. 2014, p. 5-6, en ligne : <http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSD1402885C.pdf>, consulté dernièrement le 06.09.17.

de l'information dans une circulaire, les critères et les modalités pratiques de mise en œuvre laissent en pratique toujours une large marge de manœuvre au pouvoir exécutif :¹²³⁶ cette obligation « doit répondre à des nécessités clairement identifiées et permettre à chaque échelon du ministère public d'assumer les missions qui lui ont été confiées par la loi ». ¹²³⁷ À ce titre, « Le garde des Sceaux doit tout d'abord disposer d'éléments d'information concrets en provenance des juridictions lui permettant de conduire la politique pénale définie par le Gouvernement, d'en préciser les orientations thématiques ou territoriales, de les actualiser le cas échéant, puis d'en assurer l'évaluation à l'occasion de l'élaboration du rapport de politique pénale. Ces éléments peuvent également éclairer les décisions relatives à l'affectation des moyens nécessaires à la mise en œuvre de la politique pénale. Ensuite, le garde des sceaux, qui peut notamment être interrogé par des autorités administratives indépendantes ou par des parlementaires à l'occasion de questions écrites ou orales sur sa conduite de la politique pénale, doit être renseigné sur les procédures présentant une problématique d'ordre sociétal, un enjeu d'ordre public, ayant un retentissement médiatique national ou bien encore qui sont susceptibles de révéler une difficulté juridique ou d'application de la loi pénale ». ¹²³⁸

193. Indépendamment des avancées évoquées, l'influence du pouvoir exécutif reste donc très prononcée et face à une telle prédominance hiérarchique, il est illusoire de penser que l'éthique individuelle du magistrat soit une garantie d'indépendance suffisante. ¹²³⁹ Les parquetiers en appelaient au cours d'une conférence en juin 2017 eux-mêmes lucidement de leur vœux à « une évolution statutaire constitutionnelle ainsi nécessaire au ministère public, seule de nature à conforter totalement son impartialité et son indépendance et ainsi à éradiquer le soupçon sur son action judiciaire » devant « à l'évidence s'accompagner d'évolutions légales de nature infra-constitutionnelle concernant : - le pouvoir de directives générales du Garde des sceaux (...)

- l'encadrement de la remontée des informations dans les affaires individuelles
- la révision des modalités du régime disciplinaire et de la responsabilité des magistrats. Cela n'étonne donc point que la qualité d'autorité judiciaire du parquet soit remise en doute... » ¹²⁴⁰

¹²³⁶ *Ibid*, p. 5.

¹²³⁷ *Ibid*, p. 5.

¹²³⁸ *Ibid*, p. 6.

¹²³⁹ ALIX, Julie, « Quel visage pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 79.

¹²⁴⁰ PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, « Le livre noir du ministère public », *rap. préc.*, p. 15.

194. Face à ces contradictions statutaires, il n'est pas surprenant que la Cour de Strasbourg ait elle-même refusé à plusieurs reprises de considérer le parquet français comme autorité judiciaire au sens de l'art. 5.3 CESDH en raison de son manque d'indépendance notamment envers le pouvoir exécutif.¹²⁴¹ À la suite de ces diverses condamnations, la Cour de cassation, qui jusque-là considérait le procureur comme membre de l'autorité judiciaire,¹²⁴² finit par opérer un revirement jurisprudentiel pour se mettre en conformité avec la jurisprudence européenne.¹²⁴³ Il n'en est pas de même du Conseil Constitutionnel qui, malgré les décisions de la CEDH précitées, réaffirma encore récemment que le procureur était une autorité judiciaire au sens de l'art. 66 de la Constitution.¹²⁴⁴

195. En définitive, malgré sa qualité de magistrat et les avancées résultant des dernières réformes tendant vers une plus grande indépendance, les textes législatifs attestent toujours d'un lien étroit entre le garde des Sceaux, représentant du pouvoir exécutif, et les magistrats du parquet.¹²⁴⁵ De fait, comme le constatait Didier Rebut à notre sens avec raison : « *À l'heure actuelle, il n'y a plus d'instruction individuelle, mais cette indépendance demeure virtuelle tant que la Chancellerie a la main sur les nominations* ». ¹²⁴⁶

§ 2. Le procureur allemand, une institution « sui generis »¹²⁴⁷

196. Reposant sur le même héritage que le ministère public français, « l'ambiguïté » de l'institution est tout aussi présente outre-Rhin.¹²⁴⁸ La désignation même de la fonction du côté

¹²⁴¹ CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 3394/03, Medvedyev et autres c. France, ici spéc. al. n° 123-126 ; CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 37104/06, Moulin c. France, n° 56-60.

¹²⁴² Cass. crim., déc. du 10.03.1992, n° 91-86.944, *bull.* n° 105. V. égal. sur cette question PRADEL, Jean, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? », *Rec. Dal.*, 4-2011, *art. cit.*, p. 341, sous I, C, 2.

¹²⁴³ Cass. crim., déc. du 15.12.2010, n° 10-83.674, *bull.* n° 207.

¹²⁴⁴ V. CC, déc. du 11.08.1993, n° 93-326 DC, l. modifiant la l. n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du CPP, publiée au *JO* du 15.08.1993, p. 11599, confirmée dernièrement par CC déc. du 06.05.2011, n° 2011-125 QPC, publiée au *JO* du 07.05.2011, p. 7850, ici spéc. considérant n° 8 et CC, déc. du 08.12.2017, n° 2017-680 QPC, publiée au *JO* du 09.12.2017, texte n° 287. Pour un comm. correspondant, v. not. MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, *art. cit.*, p. 78-82.

¹²⁴⁵ V. en ce sens e. a. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 35-42 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, *art. cit.*, p. 78.

¹²⁴⁶ Propos recueillis par DUFOUR, Olivia, « Le juge d'instruction, un luxe français... », *Gaz. Pal.*, n° 43, décembre 2016, p. 6 et s.

¹²⁴⁷ JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, *art. cit.*, p. 24 ; MEYER-GÖRNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Vor § 141 GVG », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 6.

¹²⁴⁸ V. p. ex. JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, *art. cit.*, p. 15.

allemand laisse clairement deviner l'emprise du pouvoir exécutif sur cette institution : le procureur est avant tout un « *avocat de l'état* » (« *Staatsanwalt* »).¹²⁴⁹ Mais il est tout autant perçu comme un « *garant de loi* » (« *Wächter des Gesetzes* »)¹²⁵⁰ qui requiert à ce titre une certaine objectivité.¹²⁵¹ De ces deux aspects résulte une multitude de qualifications dans la doctrine mettant à nu l'ambivalence de la fonction : tantôt considéré comme « *ange vengeur* » (« *Racheengel* ») [...],¹²⁵² cavalerie de la justice : précipitée et stupide » (« *Kavallerie der Justiz : schneidig und dumm* »),¹²⁵² comme « *garant de la légalité* »,¹²⁵³ « *concierge de la justice* »,¹²⁵⁴ « *enfant de la révolution* »,¹²⁵⁵ « *simple machine de traitement des dossiers* » (« *Aktenwälzmaschine* »),¹²⁵⁶ ou « *administration la plus objective du monde* »,¹²⁵⁷ le procureur polarise. Et son statut cristallise justement ces contradictions révélant le véritable « *hermaphrodisme* »¹²⁵⁸ de l'institution.

197. Conscient des objectifs conflictuels que poursuit le ministère public, le législateur prussien (qui influencera de manière décisive le processus législatif du Code de procédure pénale du Reich, RStPO) laisse volontairement la question du rattachement du ministère public à l'exécutif ou au judiciaire en suspens.¹²⁵⁹ En conséquence l'institution se meut depuis

¹²⁴⁹ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 250 ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, op. cit., p. 617, n° 1533.

¹²⁵⁰ Selon la formule de Mühler (ministre chargé avec Savigny de la réforme procédurale par le roi prussien) dans l'un de ses entretiens écrits avec Savigny telle que rapportée par OTTO, Gustav, *Die preußische Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 20.

¹²⁵¹ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 10-11 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., chap. 2, § 6, n° 13.

¹²⁵² Il s'agirait ici d'une anecdote revenant régulièrement dans la bouche des juges pour qualifier de manière condescendante leurs collègues, v. MICHELS, Rheinhold, « Die Staatsanwaltschaft - Justiz zweiter Klasse ? », *DRiZ*, n° 9, 1984, p. 376.

¹²⁵³ Qualification souvent reprise dans les ouvrages de procédure pénale de référence qui serait issue, comme indiqué en n. 1250, de Savigny lui-même, v. not. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 6, n° 10 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 102, § 6, n° 133 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Vor § 141 GVG », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 3.

¹²⁵⁴ Tel que rapporté par JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, art. cit., p. 15.

¹²⁵⁵ GÜNTHER, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, op. cit.

¹²⁵⁶ HARTUNG, Fritz, « Einführung angloamerikanischen Strafverfahrensrechtes in Deutschland », dans *Festschrift für Ernst Heinrich Rosenfeld zu seinem 80. Geburtstag am 14. August 1949*, Berlin, de Gruyter, 1949 (abrégé *FS-Rosenfeld*, 1949) p. 234.

¹²⁵⁷ La formule est attribuée au procureur général Hugo Isenbiel, v. DÖHRING, Erich, « Die deutsche Staatsanwaltschaft in ihrer geschichtlichen Entwicklung », *DRiZ*, 1958, p. 286, et not. n. 30a ; GÜNTHER, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, op. cit., p. 8.

¹²⁵⁸ JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, art. cit., p. 15.

¹²⁵⁹ Séance du ministère de l'État du 07.12.1843 (GehStArch 84a/4526, 212, 216), telle que citée par RÜPING, Hinrich, « Die Geburt der StA », *GA*, 1992, art. cit., p. 151, et spéc. n. 16.

ses origines dans « *un terrain neutre, un no man's land* » (« *Niemandsland* »), à mi-chemin entre ces deux pouvoirs.¹²⁶⁰ Cette incertitude loin d'avoir disparu, continue d'alimenter les débats doctrinaux.¹²⁶¹ L'opinion majoritaire qualifie en l'espèce le ministère public « *d'organe indépendant de l'administration judiciaire* » (« *selbständiges Organ der Rechtspflege* »).¹²⁶² Le procureur ne saurait en effet être assimilé aux juges en raison de l'intitulé clair de l'art. 92 GG (loi fondamentale allemande) et de son assujettissement aux pouvoirs d'injonction de ses supérieurs hiérarchiques mais aussi parce qu'il ne dispose pas du pouvoir juridictionnel caractéristique de prendre des décisions exécutoires créatrices d'une situation de droit reconnue.¹²⁶³ Mais il serait tout autant erroné de réduire le ministère public à une simple autorité administrative car il partage ici au même titre que les tribunaux la mission d'assurer la justice pénale et doit s'orienter à cet égard à la recherche de l'équité matérielle.¹²⁶⁴

198. La loi fondamentale allemande reste silencieuse sur le statut et l'organisation du ministère public, prêtant d'abord à penser qu'elle ne considère pas cette institution comme déterminante pour garantir l'État de droit.¹²⁶⁵ L'art. 92 GG ne fait état que des juges (« *le pouvoir de rendre la justice est confié au juge* ») dont l'indépendance et l'inamovibilité sont garanties à l'art. 97 GG. La Cour fédérale constitutionnelle vient ici combler le mutisme des

¹²⁶⁰ HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, op. cit., p. 36, qui approuve les constatations faites par Rüping concernant l'ambivalence de l'institution et estime qu'il en est toujours de même aujourd'hui ; RÜPING, Hinrich, « Die Geburt der StA », *GA*, 1992, art. cit., p. 151.

¹²⁶¹ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Vor § 141 GVG », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 4 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 102, n° 133 ; Sur cette controverse v. e. a. ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, art. cit. ; GÖSSEL, Karl Heinz, « Überlegungen über die Stellung der StA », *GA*, 1980, art. cit. ; KOHLHAAS, Max, *Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt*, Neuwied a. Rhein, Luchterhand, 1963, p. 46.

¹²⁶² V. en ce sens not. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 10 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 6, n° 13 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 101-102, n° 133 ; dans un sens similaire égal. MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Vor § 141 GVG », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 7.

¹²⁶³ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 102, n° 133 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 10 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Vor § 141 GVG », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 5.

¹²⁶⁴ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 10 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Vor § 141 GVG », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 6-7 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 102, n° 133 ; KUNERT, Karl-Heinz, « Wie abhängig ist der Staatsanwalt? », dans C. BRODA (éd.), *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Neuwied, Luchterhand, 1985, p. 916-917 ; dans le même ouvrage KINTZI, Heinrich, « Plädoyer für eine Neuordnung des Amtsrechts der Staatsanwälte », p. 901-902.

¹²⁶⁵ HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 32 ; ELLSCHEID, Günter, « Rechtsstaatliche Defizite in der Stellung der Staatsanwaltschaft », dans H. JUNG (éd.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 86.

textes et consacre finalement l'ambiguïté de l'institution : « *malgré leur inclusion au sein de la justice, les procureurs font partie intégrante du pouvoir exécutif* ». ¹²⁶⁶

199. En tant qu'autorités de poursuite, ils sont aujourd'hui soumis tout comme leurs collègues du siège, au droit et à la loi dans le sens de l'art. 20 al. 3 GG. ¹²⁶⁷ Par ailleurs, la Cour fédérale constitutionnelle réaffirme qu'en dépit de leur appartenance au pouvoir exécutif « *le ministère public et le tribunal accomplissent ensemble la mission consistant à rendre justice* » de laquelle résulte « *l'inclusion organique [du parquet] au sein de la justice dont il est une composante essentielle notamment au regard [du principe] de l'État de droit* ». ¹²⁶⁸ À cela s'ajoute que les parquetiers disposent de la même formation juridique que les juges (§ 122 al. 1 DRiG [Loi allemande rel. aux magistrats]). ¹²⁶⁹

200. Leurs statuts juridiques sont néanmoins très différents. ¹²⁷⁰ En effet, non seulement ils dépendent du ministère de la justice mais ils sont en principe de surcroît de simples fonctionnaires. ¹²⁷¹ Certains d'entre eux, les procureurs généraux au niveau fédéral, disposent même encore du statut exceptionnel de « *fonctionnaires politiques* » autorisant une révocation sans motivation (§ 54 al. 1, n° 5 BBG). ¹²⁷² Qu'ils soient simples fonctionnaires ou

¹²⁶⁶ De la formule originale „*Das gilt auch für Anordnungen der StA, die trotz ihrer Eingliederung in die Justiz (...) zur Exekutive gehört*“, BVerfG, déc. du 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 1121-1125, ici spéc. p. 1123.

¹²⁶⁷ WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 167 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 113 ; HÜLS, Silke, « Der Richtervorbehalt – seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen », *ZIS*, n° 4, 2009, p. 160.

¹²⁶⁸ De la formule originale : „*Ihrer Aufgabe entspricht ihre organische Eingliederung in die Justiz, von der sie ein wesentlicher Bestandteil gerade auch im Rechtsstaat ist. StA und Gericht erfüllen gemeinsam die Aufgabe der „Justizgewährung“*“, BVerfG, déc. du 19.03.1959 - 1 BvR 295/58, reproduite dans *NJW*, 1959, p. 871-872, ici spéc. p. 872.

¹²⁶⁹ Soulignant ce point également BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 113.

¹²⁷⁰ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 102 et 108 et s., n° 133 et 140 et s. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 5 ; HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 32.

¹²⁷¹ V. réf. en n. 1270.

¹²⁷² Les derniers Länder de Brandebourg et de Mecklembourg-Poméranie occidentale dans lesquels existaient encore des procureurs généraux « *fonctionnaires politiques* » annonçaient en 2008 leur abolition définitive pour l'année 2009, ce qui fut vivement salué par le DRB, la plus grande union syndicale de magistrats en Allemagne réunissant tant les juges que les procureurs (FRANK, Christoph, « Pressemitteilung des DRB: Generalstaatsanwalt als politischer Beamter wird 2009 in den letzten beiden Bundesländern abgeschafft », 3 novembre 2008, en ligne : <<http://www.drb.de/pressemeldungen/2008/generalstaatsanwalt.html>>, consulté dernièrement le 28.08.2017 ; TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, art. cit., p. 136). Désormais cette catégorie de parquetiers fonctionnaires politiques n'existe plus qu'au niveau fédéral. Récemment, en 2015, le procureur général fédéral, Range prit sa retraite anticipée à la suite de désaccords avec le ministre de la justice d'alors, Heiko Maas, concernant l'affaire Netzpolitik.org, après avoir annoncé publiquement qu'il avait fait l'objet de pressions du pouvoir politique. Cela ne manqua de raviver la polémique. S'ensuivirent de nombreuses demandes

fonctionnaires politiques, ils ne jouissent ni de l'indépendance, ni de l'inamovibilité des magistrats du siège.¹²⁷³ Il s'agit d'un corps fortement hiérarchisé et unitaire qui existe auprès de chaque juridiction, soit la Cour fédérale de justice (BGH), les juridictions régionales supérieures (OLG) et les juridictions régionales (LG).¹²⁷⁴ En raison de la structure fédérale de l'État allemand, il est ici essentiel de distinguer la hiérarchie propre au ministère public de l'État fédéral de celle propre au parquet des états fédérés (Länder).¹²⁷⁵ Le procureur général de l'État fédéral (Generalbundesanwalt), subordonné au ministre fédéral de la Justice, est uniquement le supérieur hiérarchique des procureurs fédéraux (Bundesanwälte) et non des parquetiers au niveau des états fédérés.¹²⁷⁶ Dans chaque Land, les procureurs généraux, subordonnés au ministre de la Justice du Land, sont les supérieurs hiérarchiques des parquetiers de leur ressort.¹²⁷⁷ Il existe donc deux « pyramides » hiérarchiques indépendantes l'une de l'autre : le ministère public et le ministre de la Justice de l'État fédéral ne peuvent en aucun cas donner des ordres aux parquets des États fédérés.¹²⁷⁸

201. Du haut vers le bas de ces deux pyramides, chaque procureur représente son supérieur hiérarchique : c'est le principe d'unité du ministère public (§ 144 GVG).¹²⁷⁹ Il en résulte d'abord un droit d'injonction du supérieur hiérarchique (§ 146 GVG) dont la forme n'est pas réglementée ce qui signifie que les directives peuvent être tant écrites qu'orales.¹²⁸⁰ Ce point, avec raison critiqué par la doctrine, rend extrêmement difficile la preuve des directives,

justifiées dans la doctrine d'abolir enfin au niveau fédéral cette « relique d'une justice de cabinet ». V. à ce propos e. a. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 13a ; TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 136. Se rapporter également aux dév. concernant cette affaire n° 220, p. 225 et s.

¹²⁷³ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 5 et 10 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 102, n° 133.

¹²⁷⁴ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 5 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 147 GVG », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 2.

¹²⁷⁵ HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet, art. cit.*, p. 32-33 ; KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des Staatsanwaltes - Schranken des internen und externen Weisungsrechts - », *NStZ*, n° 4, 1985, p. 145.

¹²⁷⁶ HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet, art. cit.*, p. 32-33 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 6-7 ; KREY, Volker, *Deutsches Strafverfahrensrecht, Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, Bd. 2, op. cit.*, p. 145.

¹²⁷⁷ V. réf. en n. 1276.

¹²⁷⁸ HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet, art. cit.*, p. 33 ; TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 131 ; KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, *art. cit.*, p. 145.

¹²⁷⁹ V. réf. 1278.

¹²⁸⁰ MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, vol. 36, n° 11, 2003, p. 387 ; TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 133-134.

d'autant plus qu'il convient de noter ici que les influences du pouvoir exécutif et les injonctions hiérarchiques sont protégées par le secret professionnel.¹²⁸¹ Il est ainsi interdit au procureur d'en rapporter à des tiers sous peine d'être sanctionné pénalement conformément au § 354b StGB, ce qui compliqua largement les discussions menées avec des parquetiers allemands pour avoir une impression de leur exercice dans la pratique.

202. On parle d'injonctions « *internes* » dès lors que celles-ci interviennent au sein d'un parquet et sont formulées par le supérieur hiérarchique possédant lui-même la qualité de procureur (§ 147 n° 3 GVG).¹²⁸² Les directives « *ministérielles* » émanant quant à elle des ministres de la Justice des Länder (§ 147 n° 2 GVG) ou de l'État fédéral (§ 147 n° 1 GVG) sont désignées comme « *externes* », le ministre concerné n'ayant pas la qualité de procureur.¹²⁸³ L'ensemble de ces injonctions peuvent se rapporter à une affaire individuelle (injonctions particulières) ou avoir une portée générale (directives générales telles par exemple les directives générales relatives au procès pénal et en matière de contravention [RiStBV], ou les directives générales sur la coopération internationale en matière pénale [RiVAST] etc.)¹²⁸⁴ et peuvent concerner des questions de droit ou de fond.¹²⁸⁵ Par ailleurs, contrairement à son homologue français, le procureur allemand peut même se voir enjoindre – dans les limites de la légalité – d'arrêter la procédure...¹²⁸⁶

203. La distinction entre les directives internes et externes est importante s'agissant des droits hiérarchiques prévus aux §§ 144, 145 GVG qui y sont associés.¹²⁸⁷ Il s'agit ici du droit de substitution (§ 144 GVG) qui s'entend de la compétence d'attribuer, de retirer ou de déléguer

¹²⁸¹ HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet, art. cit.*, p. 33 ; TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 133 ; MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, 11-2003, *art. cit.*, p. 387.

¹²⁸² KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, *art. cit.*, p. 145 ; HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet, art. cit.*, p. 33 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 146 GVG », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 1.

¹²⁸³ V. réf. en n. 1282.

¹²⁸⁴ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 146 GVG », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 1 et 2 ; HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet, art. cit.*, p. 33.

¹²⁸⁵ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 146 GVG », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 1.

¹²⁸⁶ JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, *art. cit.*, p. 25 ; HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet, art. cit.*, p. 33.

¹²⁸⁷ KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, *art. cit.*, p. 146-146 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 5.

à un procureur des missions particulières, et du droit de dévolution (§ 145 GVG), qui permet au supérieur hiérarchique au rang le plus élevé du ministère public auprès des tribunaux régionaux (LG) et des cours supérieures régionales (OLG) de prendre la place du procureur « *en principe* » compétent pour assurer lui-même la gestion de la totalité ou partie d'une affaire.¹²⁸⁸ Tandis que le droit de direction interne est associé aussi bien au droit de substitution (expression de l'organisation unitaire du parquet), que de dévolution, il ne correspond au droit d'injonction externe que le droit de substitution.¹²⁸⁹ Le ministre de la justice n'ayant pas la qualité de procureur, il ne saurait exercer lui-même la mission d'un parquetier dans le sens du § 145 GVG.¹²⁹⁰ Les directives externes notamment concernant les affaires individuelles sont, de loin, celles qui se heurtent aux plus fortes critiques dans la doctrine dont une partie,¹²⁹¹ en accord avec les projets de loi alternatifs régulièrement proposés par le deutscher Richterbund,¹²⁹² proposent de limiter les injonctions ministérielles aux instructions générales.

204. Du bas vers le haut de la hiérarchie, l'influence du pouvoir exécutif sur le ministère public prend la forme d'une obligation pour les parquetiers de rédiger des rapports à l'attention de leurs supérieurs hiérarchiques.¹²⁹³ Celle-ci se laisse, implicitement, mais

¹²⁸⁸ MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 145 GVG », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 1 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 6, n° 5 et 6.

¹²⁸⁹ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 5 ; KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, *art. cit.*, p. 145-146 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 145 GVG », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 1-2 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 6, n° 6.

¹²⁹⁰ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 5 ; KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, *art. cit.*, p. 146.

¹²⁹¹ V. p. ex. e. a. KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, *art. cit.*, p. 151-152 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 13a ; TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 136 ; RAUTENBERG, Erardo, « Die deutsche Staatsanwaltschaft: "Objektivste Behörde" mit viel Macht, aber geringem Ansehen - Was ist zu tun? », *DRiZ*, n° 6, 2014, p. 219.

¹²⁹² Le DRB (l'union syndicale des magistrats) indiquait déjà en 1978 dans ses grandes lignes générales qu'elle considérait la fonction de procureur incompatible avec le statut de fonctionnaire politique, DRB, « Leitlinien des Deutschen Richterbundes », *DRiZ*, 1979, p. 3. Il ne cesse par ailleurs de rappeler son aspiration à un ministère public plus indépendant, v. p. ex. son dernier projet alternatif en date DRB, « Projet alternatif de loi concernant le Titre 10 de la loi d'organisation judiciaire, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des 10. Titels des GVG (GVGÄndG) », septembre 2015, en ligne : <http://www.drb.de/fileadmin/docs_public/Positionen/151113_DRB-BuVo_GE_GVGAEndG_Weisungsrecht_Stand_September_2015.pdf>, consulté dernièrement le 07.09.17. V. sur ce point et dans le sens de la suppression du procureur général comme fonctionnaire politique également FRANK, Christoph, « Abschaffung des externen Weisungsrechts — Die Zeit ist reif », *ZRP*, vol. 43, n° 5, 2010, p. 147-149 ; TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 136.

¹²⁹³ MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, 11-2003, *art. cit.*, p. 388 ; HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, *art. cit.*, p. 34 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 147 GVG », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 3 ; SCHMIDT, Eike, C., « § 147 GVG », dans *HK*, *op.cit.*, p. 2391, n° 1.

nécessairement déduire du § 147 GVG qui consacre le principe de l'organisation hiérarchique du ministère public puisque ce n'est qu'en étant informé que le supérieur hiérarchique sera en mesure d'exercer pleinement son droit d'injonction.¹²⁹⁴ Les documents écrits contiennent par exemple des bilans d'activité et la présentation de la stratégie envisagée dans telle ou telle procédure se caractérisant par son importance particulière ou relative à une affaire sensible.¹²⁹⁵ La réglementation de ces aspects est très fluctuante au sein des ministères de la Justice des États fédérés.¹²⁹⁶ À titre d'exemple, le Land de Westphalie du Nord prévoit une obligation d'information du procureur lorsqu'il est, entre autres, confronté à une affaire pénale impliquant une personnalité particulière notamment de la scène politique (voir l'ordonnance correspondante de 2006 notamment sous les chiffres 2 et 3 et ici spéc. 2b).¹²⁹⁷ Ce genre de « rapports d'intention » que les procureurs doivent fournir, avant d'agir, aux ministères de la justice respectifs pour valider leur action, peuvent régulièrement entrer en conflit avec la mission légale claire confiée aux parquets (§§ 160 al. 1 et 152 al. 2 StPO) et son devoir d'impartialité prévu au § 160 al. 2 StPO comme il le sera exposé plus en détail dans les développements suivants.¹²⁹⁸

205. Deux principes sont ici prévus par le StPO pour garantir une certaine impartialité et indépendance des membres du ministère public.¹²⁹⁹ Le procureur n'est selon l'opinion majoritaire pas partie.¹³⁰⁰ Il ne doit à ce titre pas se contenter d'enquêter uniquement à charge mais est bien plus tenu explicitement conformément au § 160 al. 2 StPO de rechercher tout élément à décharge concernant le suspect afin de répondre à son obligation de

¹²⁹⁴ V. réf. en n. 1293.

¹²⁹⁵ HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 34-35 ; MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, 11-2003, art. cit., p. 388.

¹²⁹⁶ HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 35.

¹²⁹⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU LAND NRW, « Ord. rel. aux obligations d'information en matière pénale (Anordnung über Berichtspflichten in Strafsachen) », *JMBL. NRW*, 2006, modifiée dernièrement le 30 avril 2013, p. 3.

¹²⁹⁸ MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, 11-2003, art. cit., p. 388 ; MACKENROTH, Geert W., et TEETZMANN, Hanspeter, « Mehr Selbstverwaltung der Justiz », *ZRP*, n° 8, 2002, p. 343. LANDAU, Herbert, « Weitergabe personenbezogener Daten vom Staatsanwalt bis zum Justizminister », *DRiZ*, n° 4, 1992, pp. 130-135.

¹²⁹⁹ V. en ce sens not. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 11 et 12 ; TRETMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, art. cit., p. 132.

¹³⁰⁰ HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, op. cit., p. 39 et s. ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 11.

rechercher la justice et la vérité matérielle (« *maxime de l'objectivité* »)¹³⁰¹.¹³⁰² Il peut à ce titre également déposer des recours au bénéfice de la personne qu'il a accusée (§ 296 al. 2 StPO) et requérir la réouverture de l'affaire dans le but d'atteindre l'acquittement d'un prévenu condamné (§§ 365, 301 StPO). Il s'agit en l'espèce même d'une obligation, si cela est pour lui le seul moyen de prendre la bonne décision.¹³⁰³ Par ailleurs, le ministère public est en principe limité par le principe de légalité des poursuites (§ 152 al. 2 StPO) de renvoyer l'affaire au tribunal lorsque des faits sont constitutifs d'une infraction.¹³⁰⁴ Un procureur ayant constaté la commission d'une infraction qui ne déclencherait pas de poursuite, porterait atteinte à ses devoirs de vérité de même que de justice et serait lui-même passible de poursuites pénales pour entrave à la justice dans l'exercice de ses fonctions étatiques (§ 258a StGB).¹³⁰⁵ Les directives ministérielles ne peuvent également avoir lieu que dans les limites du principe de légalité¹³⁰⁶ de telle sorte qu'un procureur général qui recevrait un ordre du ministre l'enjoignant de ne pas poursuivre des acteurs de la scène politique impliqués dans une affaire de corruption malgré des indices sérieux de suspicion, serait tenu de refuser d'obéir à cette directive.¹³⁰⁷ Il en est de même dans les domaines régis par le principe d'opportunité des poursuites dès lors que les injonctions ministérielles excèdent la marge discrétionnaire dont dispose le procureur (« *Ermessenüberschreitung* ») ou s'avère être une mise en œuvre non appropriée de ce pouvoir discrétionnaire (« *Ermessensfehlgebrauch* ») de telle sorte que l'ordre de classer une affaire en contradiction avec les indices en présence selon les §§ 153 et 153a StPO serait illégal.¹³⁰⁸ Le procureur serait en ce sens tenu de ne pas l'exécuter et de le

¹³⁰¹ TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 132.

¹³⁰² ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 11.

¹³⁰³ V. réf. en n. 1302.

¹³⁰⁴ KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, *art. cit.*, p. 150 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 12 ; TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 132.

¹³⁰⁵ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 12 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 118 ; MAYER, Herbert, « § 146 GVG », dans *KK*, *op. cit.*, n° 5.

¹³⁰⁶ Il est interdit au supérieur hiérarchique de s'orienter à des considérations étrangères au droit et à la justice, v. BVerfG, déc. du 19.03.1959 - 1 BvR 295/58 (*BVerfGE* 9, 223), reproduite dans *NJW* 1959, p. 871-872. V. également SCHMIDT, Eike, C., « § 146 GVG », dans *HK*, *op. cit.*, p. 2390, n° 4 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 146 GVG », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 5.

¹³⁰⁷ BGH, déc. du 23.09.1960 - 3 StR 28/60 (*BGHSt*, 15, 155), reproduite dans *NJW* 1960, p. 2346-2348. V. égal. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 12 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 118 ; MAYER, Herbert, « § 146 GVG », dans *KK*, *art. cit.*, n° 5.

¹³⁰⁸ ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 120 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 12 ; SCHMIDT, Eike, C., « § 146 GVG », dans *HK*, *art. cit.*, p. 2390, n° 3.

dénoncer au moyen des voies de recours internes dont il dispose, si besoin est jusqu'au garde des Sceaux (« Remonstrationsrecht » [littéralement remontrance, mécanisme offrant au fonctionnaire concerné la faculté de s'adresser officiellement au supérieur hiérarchique de l'auteur de l'injonction litigieuse] selon le § 36 al. 2 BeamStG ou § 63 al. 2 BBG).¹³⁰⁹

206. Si le principe de légalité semble donc au premier abord faire obstacle aux directives hiérarchiques illégales et éliminer les conflits potentiels pouvant en résulter, la clarté apparente laisse en pratique place à de nombreuses zones d'ombre, les contours de cette règle s'avérant en vérité très flous.¹³¹⁰ Les larges marges d'appréciation laissées à la discrétion des autorités de poursuite dans l'évaluation des critères de suspicion – sur lesquelles il sera revenu plus précisément lors de l'étude des particularités du système allemand –, de même que la limitation implicite de cette règle par le principe de proportionnalité et la montée en puissance des cas d'opportunité, sont autant de brèches offrant une large possibilité d'influence du pouvoir exécutif en toute légalité.¹³¹¹

207. Par ailleurs, la question du conflit de la directive hiérarchique avec la perception subjective du parquetier en charge d'une affaire reste entière : le procureur, qui estime qu'un suspect pour des raisons de droit ou factuelles n'est pas répréhensible pénalement, peut-il être contraint par son supérieur hiérarchique de représenter l'accusation, de requérir un mandat d'arrêt ou de prendre toute autre mesure de poursuite contre lui ?¹³¹²

208. Certes, les avis s'accordent sur l'interdiction pour le supérieur hiérarchique de donner une injonction illégale.¹³¹³ Mais encore faut-il que l'illégalité soit évidente, ce qui n'est pas toujours le cas dans la pratique où des doutes peuvent subsister. Par ailleurs, il n'est pas exclu que plusieurs interprétations légales soient possibles et que l'ordre hiérarchique ne

¹³⁰⁹ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 12 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, art. cit., p. 118 ; JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, art. cit., p. 25.

¹³¹⁰ KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, art. cit., p. 150 ; En ce sens également TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, art. cit., p. 133.

¹³¹¹ En ce sens not. KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, art. cit., p. 150 ; ELLSCHEID, Günter, « Rechtsstaatliche Defizite in der Stellung der StA », dans H. JUNG (éd.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, art. cit., p. 84-85 ; JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, art. cit., p. 19.

¹³¹² ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 15 ; KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, art. cit., p. 150-151.

¹³¹³ V. à ce sujet n° 205, p.214 et s., et spéc. n. 1306 et 1307.

correspondre pas aux convictions personnelles du procureur en charge du dossier.¹³¹⁴ Le parquetier se retrouve alors dans une situation très délicate : il s'expose d'un côté, s'il ne se soumet pas à l'injonction, à une procédure disciplinaire.¹³¹⁵ Mais de l'autre côté, le menacent des poursuites pénales s'il met en cause un innocent (§ 344 StGB) ou s'il s'abstient d'enquêter ou de poursuivre un suspect (§ 258a StGB).¹³¹⁶ La pluralité d'avis sur cette question laisse deviner l'ampleur des difficultés. Il convient ici de distinguer deux situations :¹³¹⁷

209. Si l'ordre hiérarchique demande la mise en œuvre d'une jurisprudence établie, la Cour de justice fédérale – non sans avis contraire dans la doctrine qui renvoie en partie au § 150 GVG proclamant l'indépendance du ministère public par rapport aux tribunaux pour défendre la thèse contraire –¹³¹⁸ juge que le principe de légalité lie le ministère public.¹³¹⁹ Et, si le fait de contrevenir à la jurisprudence établie, n'est pas en mesure à lui seul de constituer un délit d'entrave à la justice en tant qu'agent de l'État, cela suffit à justifier une faute disciplinaire.¹³²⁰

210. Les avis sont tout autant partagés lorsque l'injonction du supérieur hiérarchique suscite des doutes chez le procureur et ne correspond ni à une jurisprudence établie, ni à la conviction personnelle du parquetier en charge de l'affaire.¹³²¹ Selon l'opinion dominante, le jugement individuel du procureur doit en principe reculer devant une directive hiérarchique légale contraire.¹³²² Si le parquetier estime néanmoins que l'injonction est illégale, il devra refuser de l'appliquer et la dénoncer par les voies de recours administratives

¹³¹⁴ JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, *art. cit.*, p. 25 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 13 ; KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, *art. cit.*, p. 150 et s.

¹³¹⁵ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 13 ; TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 133-134 ; HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet, art. cit.*, p. 34.

¹³¹⁶ V. réf. en n. 1315.

¹³¹⁷ KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, *art. cit.*, p. 150 et s.

¹³¹⁸ V. p. ex. en ce sens not. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 14.

¹³¹⁹ V. not. BGH *NJW* 1960, p. 2346-2348 (réf. exactes en n. 1307).

¹³²⁰ KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, *art. cit.*, p. 150-151.

¹³²¹ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 13 ; KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, *art. cit.*, p. 151 et s. ; HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet, art. cit.*, p. 34.

¹³²² RÜPING, Hinrich, *Das Strafverfahren*, München, Vahlen, 1983, p. 33 ; KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, *art. cit.*, p. 151 (à noter que si les auteurs rapportent ici l'avis de l'opinion majoritaire, ils ne l'approuvent pas entièrement mais souhaiteraient bien plus une différenciation selon s'il s'agit d'une directive externe ou interne) ; FRANKE, Ulrich, « § 146 GVG », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 749, n° 33.

(« *Remonstrationen* ») qui lui sont ouvertes.¹³²³ Au vu de la structure hiérarchique du ministère public, l'opinion majoritaire estime toutefois – même si certains concèdent ici que la solution est hautement insatisfaisante –¹³²⁴ à ce propos que le procureur, refusant d'appliquer la directive qu'il estimait illégale après que celle-ci a été confirmée à la suite des recours hiérarchiques, s'expose au risque d'une procédure disciplinaire qui tranchera après coup sur la légalité de l'acte litigieux.¹³²⁵ Les critiques sont à cet égard et avec raison nombreuses.¹³²⁶ Certains souhaiteraient ici différencier entre les injonctions externes et internes en ne considérant que ces dernières comme prioritaires sur la conviction personnelle du parquetier.¹³²⁷ D'autres voix s'élèvent ici pour privilégier cette dernière de manière générale lorsque plusieurs interprétations légales sont possibles.¹³²⁸ Il est avancé à cet égard de manière pertinente que « *la vérité et la justice ne sont pas des valeurs impersonnelles mais résultent bien plus d'une décision individuelle en toute âme et conscience* ». En ce sens personne ne saurait être poussé à agir contre ses propres convictions.¹³²⁹ Dans l'hypothèse de deux interprétations différentes, il pourrait donc certes être attendu du parquetier qu'il s'oppose à l'ordre litigieux au moyen des recours administratifs (§ 36 al. 2 BeamStG [loi rel. au statut de fonctionnaire] ou § 63 al. 2 BBG [loi rel. aux fonctionnaires fédéraux]) dont il dispose.¹³³⁰ Si celui-ci est confirmé, il ne saurait en revanche être contraint par sa hiérarchie de l'exécuter contre sa volonté et il serait pareillement inacceptable de le soumettre au risque

¹³²³ SCHMIDT, Eike, C., « § 146 GVG », dans *HK, art. cit.*, p. 2390, n° 5 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 146 GVG », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 6-7.

¹³²⁴ V. KISSEL, Otto Rudolf et MAYER Herbert, « § 146 GVG », dans *Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz*, München, Beck, 9^e éd., 2018, n° 9 qui parle d'une „*zutiest unbefriedigendes Ergebnis*“.

¹³²⁵ V. not. BGH, déc. du 23.10.1963 - RiZ 1/62 (BGHZ 42, 163, 170), reproduite dans *NJW*, 1964, p. 2415 ; SCHMIDT, Eike, C., « § 146 GVG », dans *HK, art. cit.*, p. 2390, n° 5 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 146 GVG », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 7 ; FRANKE, Ulrich, « § 146 GVG », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 749, n° 33.

¹³²⁶ V. e. a. KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, *art. cit.*, p. 151 et s. ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 13 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 118 et s. ; GÖRCKE, Hans-Helmuth, « Weisungsgebundenheit und Grundgesetz », *ZStW*, vol. 73, n° 4, 1961, p. 610 et s.

¹³²⁷ KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des StA », *NStZ*, 1985, *art. cit.*, p. 151-152.

¹³²⁸ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 13 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 118 et s. ; GÖRCKE, Hans-Helmuth, « Weisungsgebundenheit u. GG », *ZStW*, 1961, *art. cit.*, p. 610 et s.

¹³²⁹ De la formule originale de Claus Roxin „*Wahrheit und Gerechtigkeit [sind] doch keine vertretbaren Größen, sondern Sache gewissenhafter, individueller Entscheidung*“, v. *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 13.

¹³³⁰ ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 118 ; Roxin partage dans cette mesure en partie l'avis de l'opinion majoritaire, v. MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 146 GVG », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 6 ; SCHMIDT, Eike, C., « § 146 GVG », dans *HK, art. cit.*, p. 2390, n° 5.

d'une procédure disciplinaire.¹³³¹ Il apparaît bien plus raisonnable que l'autorité hiérarchique fasse alors usage de ses droits de dévolution ou de substitution.¹³³² Un cercle de professeurs allemands, autrichiens et suisses avait en 2001 proposé en ce sens au sein d'un projet alternatif une modification du § 146 GVG pour permettre au subordonné de solliciter son remplacement dans le cas où il serait persuadé de l'illégalité d'une injonction.¹³³³

211. Ces propositions ne sont toutefois pas parvenues à s'établir en droit positif de telle sorte que, tout comme en France, il serait illusoire de voir dans l'éthique individuelle du procureur (qui devra faire preuve d'une certaine sorte « d'héroïsme » en risquant une procédure disciplinaire s'il refuse d'appliquer une directive contraire à sa conscience) une garantie suffisante pour l'impartialité et l'indépendance du ministère public.

212. Mais comment se manifeste ici en pratique l'influence du pouvoir exécutif ?

§ 3. Les formes de manifestations concrètes de l'influence du pouvoir exécutif dans la pratique

213. Certes de nos jours, les soupçons envers l'exécutif, s'ils n'ont pas entièrement disparu,¹³³⁴ ne correspondent plus aux réalités d'un État de droit¹³³⁵ et la loi prévoit explicitement une obligation d'impartialité du procureur.¹³³⁶ Mais force est de constater, d'un côté comme de l'autre du Rhin, que l'influence d'intérêts politiques sur l'action du ministère

¹³³¹ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 12 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, art. cit., p. 118.

¹³³² ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 13 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, art. cit., p. 118 et s. ; GÖRCKE, Hans-Helmuth, « Weisungsgebundenheit u. GG », *ZStW*, 1961, art. cit., p. 610-611 ; HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 34.

¹³³³ BANNENBERG, Britta, *Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV)*, München, Beck, 2001, p. 141.

¹³³⁴ En témoignent en France les nombreuses affaires politico-financières telles celles par exemple concernant l'ancien président de la République Nicolas Sarkozy ou le candidat des Républicains aux dernières élections présidentielles, François Fillon. Du côté allemand, on peut citer l'affaire ayant mené à la démission de l'ancien président de la République fédérale Christian Wulff, dans laquelle ce dernier a toutefois été innocenté, ou celle de Netzpolitik ayant aboutie à la mise à la retraite anticipée du procureur fédéral général Range. V. à ce sujet les développements en introduction de cette thèse aux n° 56 et 58, p. 71 et suiv. de même que les dév. ultérieurs aux n° 214 et s., p. 220 et s.

¹³³⁵ WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 167 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, op. cit., p. 69 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 113.

¹³³⁶ En France l'art. 31 CPP énonce : « Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu ». En Allemagne, le législateur prévoit explicitement que le procureur ne doit pas se contenter d'enquêter à charge mais doit aussi rechercher les éléments de preuve à décharge, § 160 al. 2 StPO.

public est toujours une réalité bien présente, en pratique rendue possible par la structure fortement hiérarchisée de cette institution qui met en danger directement une pleine impartialité des procureurs et leur objectivité lors de la conduite des investigations. Malgré les limites légales que doit observer la hiérarchie, les larges marges d'appréciation restantes peuvent être exploitées pour orienter les procureurs dans une certaine direction (par exemple vers une politique de poursuite plus ou moins répressive) tandis que les juges prendront ici leur décision en toute âme et conscience dans les seules limites de la loi.¹³³⁷ Cela est particulièrement important lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le principe de proportionnalité où plusieurs intérêts doivent être comparés sans que certains dominent, pour des raisons statutaires dès le départ.¹³³⁸ Or, le procureur, dépendant de sa hiérarchie et sujet à plusieurs intérêts, dont celui de poursuivre l'intérêt général et de restaurer la paix sociale, qui entreront en pratique fréquemment en collision avec la mission de protection des droits de la personne poursuivie, sera certainement plus enclin que ses collègues du siège dans les limites de la loi à privilégier l'intérêt social et son besoin de sécurité auxquels il est soumis directement.¹³³⁹ Les influences du pouvoir exécutif sont ici perceptibles en pratique à trois niveaux :¹³⁴⁰

214. La forme de manifestation de cette influence la plus évidente est le résultat naturel du pouvoir directionnel hiérarchique.¹³⁴¹ Plusieurs procureurs français interrogés pour les besoins de cette thèse confirmèrent ici l'impact déterminant que pouvait avoir le pouvoir exécutif selon l'interventionnisme des gouvernements en place (indépendamment de la couleur politique) et la pression hiérarchique en résultant pour satisfaire la politique pénale gouvernementale. Un sommet¹³⁴² fut véritablement atteint sous la présidence de Nicolas Sarkozy, la presse venant alors régulièrement dénoncer des pratiques préoccupantes du pouvoir exécutif en place. Alain Salles rapportait par exemple dans un article du Monde de

¹³³⁷ Dans un sens similaire BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 113 ; SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel et DALLE, Hubert, « Les procureurs français sont-ils vraiment des magistrats ? », *Le Monde.fr*, 21 mai 2009, en ligne: <http://www.lemonde.fr/idees/article/2009/05/21/les-procureurs-francais-sont-ils-vraiment-des-magistrats_1196324_3232.html>, consulté dernièrement le 22 août 2017.

¹³³⁸ RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht*, op. cit., p. 416.

¹³³⁹ OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, art. cit., p. 1065.

¹³⁴⁰ V. en ce sens not. MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, 11-2003, art. cit., p. 387-388.

¹³⁴¹ *Ibid.*

¹³⁴² V. en ce sens p. ex. François Saint-Pierre qui désigne l'année 2010 comme celle d'une « crise aigüe », v. « Réforme de l'instruction judiciaire : 2010, l'année de la crise aiguë », *AJP*, n° 10, 2010, p. 427-428.

2009 que « *la mutation contre leur gré de plusieurs magistrats de haut rang, la nomination contre l'avis du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) de procureurs de premier plan, dont Philippe Courroye à Nanterre dans les Hauts-de-Seine, et la gestion controversée des affaires médiatiques, en dernier lieu celle de Tarnac, [étaient] perçues comme autant de signes de reprise en main politique* ». ¹³⁴³

215. Il convient à cet égard de rappeler que les instructions écrites de poursuite de l'exécutif dans les affaires individuelles étaient alors encore permises ¹³⁴⁴ et l'actualité en démontra avec force la dangerosité potentielle. Particulièrement emblématique est alors l'affaire Clearstream qui présente tous les aspects d'une lutte politique entre les ténors du parti conservateur. ¹³⁴⁵ Un ancien premier ministre mis en cause, un Président de la République sur le banc de la partie civile, il faut avouer que le positionnement du ministère public était délicat et de nature à engendrer des doutes puisque le procureur, après avoir rédigé un non-lieu, revint sur sa décision et ordonna le renvoi de Dominique de Villepin en correctionnelle. ¹³⁴⁶ Les soupçons d'interférence du pouvoir exécutif s'intensifient, alors qu'une fois le mis en cause relaxé, le procureur fait appel de la décision tout en se défendant d'avoir reçu une quelconque instruction en ce sens. ¹³⁴⁷ Il n'en fallait pas plus pour que Dominique de Villepin, invité des plateaux télévisés accuse le pouvoir exécutif, malgré les affirmations contraire du garde des Sceaux en place, d'avoir décidé de la décision d'appel la veille lors d'une réunion à l'Élysée. ¹³⁴⁸ Et il faut bien avouer que l'ensemble des circonstances du moment va plutôt dans son sens.

216. La gestion controversée des affaires par le procureur de Nanterre d'alors Philippe Courroye, nommé à ce poste contre l'avis du CSM, est un des nombreux autres exemples illustratifs des dangers qu'aurait fait courir la suppression pure et simple de l'instruction alors envisagée. ¹³⁴⁹ Proche assumé de Nicolas Sarkozy, ¹³⁵⁰ il est soupçonné de jouer les fossoyeurs

¹³⁴³ SALLES, Alain, « Les procureurs français sont-ils vraiment des magistrats ? », *Le Monde.fr*, 07.05.2009, art. cit.

¹³⁴⁴ Comme le rappelle DAVET, Gérard, « L'autodéfense du procureur », *Le Monde*, 13 juillet 2010, p. 3.

¹³⁴⁵ V. à ce propos not. MARTINEL, Agnès et GOANVIC, Isabelle, « Suppression du JI : une réforme dangereuse et inefficace en l'état », *Terra Nova*, 12.02.2010, art. cit., p. 7.

¹³⁴⁶ *Ibid.*

¹³⁴⁷ *Ibid.*

¹³⁴⁸ *Ibid.*

¹³⁴⁹ A ce propos not. SAINT-PIERRE, François, « Réforme de l'instruction : 2010, l'année de la crise aiguë », *AJP*, 10-2010, art. cit., p. 428-429.

¹³⁵⁰ DAVET, Gérard, « L'autodéfense du procureur », *Le Monde*, 13.07.2010, art. cit., p. 3 ; LHOMME, Fabrice et DAVET, Gérard, « Philippe Courroye : "Mes relations avec M. Sarkozy n'ont jamais porté sur aucune affaire que je traitais" », *Le Monde*, 13 octobre 2012, p. 9.

de dossiers au profit de la famille politique du président.¹³⁵¹ Le problème est ici un peu différent puisque les instructions hiérarchiques écrites dans les affaires individuelles ne peuvent concerner que la poursuite et non le classement.¹³⁵² Mais le gouvernement d'alors semble avoir sa propre interprétation des règles en vigueur et la communication entre le ministère public et le gouvernement apparaît fructueuse laissant à penser que de bons conseils appuyés sont prodigués de manière anodine.¹³⁵³ C'est du moins ce qui traverse l'esprit lorsque Philippe Courroye est saisi entre autres, d'une plainte pour abus de vulnérabilité à l'initiative de la fille d'une riche industrielle, Liliane Bettencourt, affaire dans laquelle les aspects familiaux se mêlaient à des intérêts financiers considérables qui risquaient de compromettre des hommes politiques de premier plan.¹³⁵⁴ Craignant que sa plainte pour abus de faiblesse contre le photographe François-Marie Banier ne soit étouffée par le procureur Courroye qui refusait de saisir un juge d'instruction, l'avocat de Françoise Meyers-Bettencourt, Me Olivier Metzner, avait doublé sa procédure d'une citation directe devant la juridiction de jugement présidée par Isabelle Prévost-Desprez, ouvrant la voie à un supplément d'information.¹³⁵⁵ Soit une enquête parallèle menée cette fois par un juge de siège.¹³⁵⁶ S'engagea alors un conflit d'une rare virulence entre ces deux acteurs¹³⁵⁷ avant que le supérieur hiérarchique du procureur Courroye n'y mette un terme en contraignant ce dernier contre son gré à l'ouverture d'une information judiciaire¹³⁵⁸ et en saisissant la Cour de Cassation de plusieurs requêtes de dépaysement de la totalité des dossiers afin de rétablir une « *bonne administration de la justice* »¹³⁵⁹. Il serait bien sûr possible de citer tant d'autres

¹³⁵¹ GATTEGNO, Hervé, « Les tontons flingueurs des Hauts-de-Seine », *Le Point*, 25 septembre 2008, p. 58 ; DAVET, Gérard, « L'autodéfense du procureur », *Le Monde*, 13.07.2010, *art. cit.*, p. 3 ; MARTINEL, Agnès et GOANVIC, Isabelle, « Suppression du JI : une réforme dangereuse et inefficace en l'état », *Terra Nova*, 12.02.2010, *art. cit.*, p. 7.

¹³⁵² « L'autodéfense du procureur », *Le Monde*, 13.07.2010, *art. cit.*, p. 3.

¹³⁵³ *Ibid.*

¹³⁵⁴ V. e.a. SAINT-PIERRE, François, « Réforme de l'instruction : 2010, l'année de la crise aiguë », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 428.

¹³⁵⁵ SAINT-SERNIN, Yann, « La magistrate relaxée », *Sud Ouest (site web)*, 3 juillet 2015, en ligne : <<https://www.sudouest.fr/2015/07/03/la-magistrate-relaxee-1985006-2780.php>>, consulté dernièrement le 13.09.2018.

¹³⁵⁶ *Ibid.*

¹³⁵⁷ SAINT-PIERRE, François, « Réforme de l'instruction : 2010, l'année de la crise aiguë », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 429. V. égal. SAINT-SERNIN, Yann, « La magistrate relaxée », *Sud Ouest (site web)*, 03.07.2015, *art. cit.*

¹³⁵⁸ ROBERT-DIARD, Pascale et DAVET, Gérard, « Le jour où le procureur Philippe Courroye a été lâché », *Le Monde*, 28 octobre 2010, p. 9.

¹³⁵⁹ SERVICE FRANCE, « L'ensemble du dossier Woerth-Bettencourt sera dépaycé », *Le Monde*, 28 octobre 2010, p. 9.

exemples également sous d'autres mandatures et plus anciens,¹³⁶⁰ mais ces deux affaires permettent à notre sens déjà de prendre la mesure de l'ampleur du problème français.

217. Les juristes Daniel Soulez-Larivière et Hubert Dalle constataient également sans ambages l'exercice très développé du pouvoir de direction par la ministre de la Justice d'alors, Rachida Dati, dans un article du Monde de mai 2009: « *On ne s'étonnera pas que des procureurs généraux soient convoqués par la garde des sceaux pour avoir obtenu des résultats insuffisants dans la mise en œuvre des peines planchers, comme des préfets l'ont été pour les reconduites à la frontière* ». ¹³⁶¹ La pression des chiffres et l'impact sur une attitude plus répressive des membres du ministère public, dont les professionnels interrogés firent tous état, est ici bien palpable.

218. S'il semble que l'interdiction faite désormais de donner des directives dans les affaires individuelles a déjà le mérite de rendre de tels agissements *per se* illégaux, le risque que l'exécutif continue d'influer de manière insidieuse en gérant les carrières des membres du parquet n'a pas été banni.¹³⁶² Certes l'observation de la pratique au cours de ces dernières années donna d'abord l'espoir d'une évolution positive en la matière alors que ni le garde des Sceaux, ni le président n'étaient allés jusqu'à peu contre l'avis du CSM.¹³⁶³ Tous les procureurs interrogés soulignèrent en outre sans exception une claire diminution de l'interventionnisme gouvernemental à partir de 2012, qui se manifesta également sur le plan légal avec l'introduction de l'interdiction de délivrer des directives dans des affaires individuelles (v. nouvel art. 30 al. 3 CPP).¹³⁶⁴ Néanmoins, tant que la force contraignante des avis du CSM n'est pas inscrite dans la loi, rien ne met à l'abri d'une reprise en main des carrières des procureurs

¹³⁶⁰ V. ici pour d'autres ex. récents telle l'affaire Julien Dray not. MARTINEL, Agnès et GOANVIC, Isabelle, « Suppression du JI : une réforme dangereuse et inefficace en l'état », *Terra Nova*, 12.02.2010, *art. cit.*, p. 7 ; Concernant les scandales politico-financiers antérieurs, se rapporter not. à ROYER, Jean-Pierre et al., *Histoire de la justice en France (2010)*, *op. cit.*, p. 1163 et s., n° 699 et s.

¹³⁶¹ SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel et DALLE, Hubert, « Les procureurs français sont-ils vraiment des magistrats ? », *Le Monde.fr*, 07.05.2009, *art. cit.*

¹³⁶² En appelant pour cette raison à une réforme constitutionnelle du statut du parquet e. a.: MARIN, Jean-Claude, « L'autorité judiciaire dans l'État », dans C. CASS. (éd.), *CADEJ - session 2017-2018*, *art. cit.*, p. 6 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, *art. cit.*, p. 82 ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 38 ; BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341.

¹³⁶³ MARIN, Jean-Claude, « L'autorité judiciaire dans l'État », dans C. CASS. (éd.), *CADEJ - session 2017-2018*, *art. cit.*, p. 5 et 6 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, *art. cit.*, p. 78.

¹³⁶⁴ L. n° 2013-669 du 25 juil. 2013 rel. aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique.

par un pouvoir exécutif aux tendances autoritaristes comme elle eut lieu par le passé à plusieurs reprises.¹³⁶⁵ C'est d'ailleurs ce que vint tristement prouver avec force la reprise en main soudaine du pouvoir exécutif concernant les nominations des procureurs à des postes importants peu de temps avant l'achèvement de cette thèse.¹³⁶⁶

219. La densité des scandales politico-financiers impliquant des personnalités politiques de premier plan (jusqu'à la plus haute fonction de l'État, le président de la République) en France ne pousse en tout cas pas à avoir une confiance aveugle dans les hommes politiques au pouvoir. Or, en l'absence d'interdits légaux, le législateur s'en remet bien à la seule intégrité morale d'une personne par définition faillible. Et les exemples de débordements et de détournements hiérarchiques à des fins personnelles sont trop récents et nombreux pour pouvoir les ignorer. L'actualité judiciaire ne cesse d'ailleurs de le rappeler alors que le nom par exemple de l'ancien chef de l'État français, Nicolas Sarkozy, à l'initiative même du projet de loi sur la suppression du juge d'instruction, est revenu dans pas moins de dix affaires pénales depuis la fin de sa présidence. Et, s'il a bénéficié d'ordonnances de non-lieu dans trois affaires (l'affaire Bettencourt,¹³⁶⁷ l'affaire des pénalités des comptes de campagne et celle des voyages en jet), il reste directement concerné par sept affaires dont deux ont été dernièrement renvoyées pour jugement en correctionnelle (il s'agit ici de l'affaire des comptes de la campagne de 2012, dite « Bygmalion »¹³⁶⁸ et l'affaire des écoutes, dite aussi « Azibert » dans laquelle l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel a été signée le 26 mars 2018 dernier¹³⁶⁹).¹³⁷⁰ Il est par ailleurs également placé sous le statut de témoin assisté dans l'affaire « Karachi » concernant des commissions versées lors de ventes d'armes au Pakistan et à l'Arabie saoudite,¹³⁷¹ et est mis en examen dans le cas du financement libyen de la

¹³⁶⁵ V. e. a. l'ens. des réf. préc. en n. 1362.

¹³⁶⁶ V. à ce propos e.a. SENNEVILLE, Valérie (de), « Couloises d'une succession à rebondissements », *Les Echos*, 17.10.2018, *art. cit.*, p. 13. Pour plus de précisions à ce sujet, v. égal. les dév. sous le n° 189 p. 200.

¹³⁶⁷ V. sur cette affaire spéc. not. DAVET, Gérard et LHOMME, Fabrice, « Affaire Bettencourt : non-lieu pour Nicolas Sarkozy », *Le Monde.fr*, 07.10.2013, *art. cit.*

¹³⁶⁸ PIEL, Simon, « Bygmalion : Nicolas Sarkozy renvoyé en procès pour financement illégal de campagne électorale », *Le Monde.fr*, 07.02.2017, *art. cit.*

¹³⁶⁹ DAVET, Gérard et LHOMME, Fabrice, « Nicolas Sarkozy renvoyé en correctionnelle pour "corruption" et "trafic d'influence" à la Cour de cassation », *Le Monde.fr*, 29.03.2018, *art. cit.*

¹³⁷⁰ V. pour un bref exposé de toutes ces affaires et leur état d'avancement not. « Les dix affaires dans lesquelles Nicolas Sarkozy est cité ou mis en cause », *Le Monde.fr*, 21.03.2018, *art. cit.* ; « Ces affaires qui empoisonnent Sarkozy », *lesechos.fr*, 07.02.2017, *art. cit.*

¹³⁷¹ « Affaire de Karachi : Nicolas Sarkozy entendu comme témoin par la Cour de justice de la République », *Le Monde.fr*, 01.06.2017, *art. cit.*

campagne de 2007¹³⁷². Certes, à l'heure actuelle, aucune condamnation n'a encore été prononcée.¹³⁷³ Mais il faut reconnaître que cela ne laisse pas le pouvoir exécutif apparaître sous son jour le plus favorable. Cela est d'autant plus inquiétant qu'il s'agit ici de celui-là même à l'origine de la politique ouvertement interventionniste de l'État qui avait montré tant de mépris envers les magistrats (on se souviendra ici de sa comparaison de ces derniers à des petits pois uniformes et sans saveur : « *Je n'ai pas envie d'avoir le même moule, les mêmes personnes, tout le monde qui se ressemble aligné comme des petits pois, la même couleur, même gabarit, même absence de saveur* »¹³⁷⁴), et souhaitait au plus vite supprimer curieusement les juges d'instruction en charge, actuellement de ses multiples dossiers. Ces affaires révélées *a posteriori* semblent en ce sens bien confirmer les craintes du Conseil de l'Europe¹³⁷⁵ qui avait mis en garde la France à propos du projet d'abolition du juge d'instruction. Devant les dangers toujours persistants d'une emprise trop forte de l'exécutif sur le travail des parquetiers, cela ne surprend donc pas que ces derniers appellent eux-mêmes de leurs souhaits une réforme constitutionnelle de leur statut pour une plus grande indépendance.¹³⁷⁶

220. Ces constatations ne furent pas entièrement vérifiées chez les procureurs allemands interrogés qui avaient du mal à comprendre le problème auquel était confronté leurs homologues français.¹³⁷⁷ Ceux-ci considéraient la hiérarchie non pas comme intrusive et limitative mais bien plus comme un contrôle rassurant de leur propre action, leur permettant

¹³⁷² « Financement libyen de la campagne de 2007 : Nicolas Sarkozy est mis en examen », *Le Monde.fr*, 21.03.2018, *art. cit.*

¹³⁷³ *Ibid.*

¹³⁷⁴ GOULLIAUD, Philippe, « Les juges traitent-ils Nicolas Sarkozy de manière impartiale ? Retour sur l'histoire tumultueuse entre l'ancien président et la magistrature », *Atlantico*, 6 septembre 2016, en ligne : <<http://www.atlantico.fr/decryptage/juges-traitent-nicolas-sarkozy-maniere-impartiale-retour-histoire-tumultueuse-entre-ancien-president-et-magistrature-philippe-2811699.html>>, consulté dernièrement le 10.09.2017.

¹³⁷⁵ V. à ce sujet not. « Le Conseil de l'Europe sceptique sur la suppression du juge d'instruction », *Le Monde.fr*, 23.06.2009, en ligne, *art. cit.*

¹³⁷⁶ PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, « Le livre noir du ministère public », *rap. préc.*, p. 15. V. égal. à ce propos NADAL, Jean-Louis (dir.), « Refonder le ministère public », 2013, *rap. préc.*, p. 7-11.

¹³⁷⁷ C'est du moins ce qui ressort d'un entretien informel avec plusieurs procureurs en fonction au tribunal d'instance de Cologne. C'est également le constat fait par F. DUPRAY, magistrate française, lors d'un stage en immersion au sein des juridictions berlinoises. Ainsi la juge indique-t-elle à cet égard que le sentiment d'indépendance des procureurs allemands lui est en pratique apparu justifié, DUPRAY, F., *Rapport de stage extérieur effectué au sein des juridictions de Berlin, inédit*, Berlin, ENM, 20 février - 28 avril 2006, p. 25, telle que citée par LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention, op. cit.*, p. 625, n° 1560.

de bénéficier de l'expérience des anciens et augmentant par là la qualité de leur travail.¹³⁷⁸ Ils admirent néanmoins que la situation était sûrement différente dans le cas des procureurs généraux fédéraux, véritables fonctionnaires politiques. Force est de constater que l'exécutif semble en l'espèce effectivement moins intrusif que du côté français.¹³⁷⁹ Il convient toutefois de garder présent à l'esprit un élément important qui complique les constatations pratiques quant à l'exercice des directives hiérarchiques du côté germanique : en effet, il n'est ici pas prévu de forme spécifique du pouvoir directionnel et les injonctions sont protégées par le secret professionnel.¹³⁸⁰ Il est ainsi interdit au procureur de faire part des directives qu'il reçoit à des tiers sous peine d'être sanctionné pénalement (353b StGB). Sans que cela soit nécessairement le signe d'un abus du pouvoir exécutif, ce procédé peu transparent rend l'appréciation du processus directionnel par l'exécutif dans la pratique difficile, ce qui contribue largement à renforcer la méfiance envers cette institution.¹³⁸¹ Cela pose également de réels problèmes en matière probatoire : il fut par exemple dernièrement impossible de prouver dans l'affaire Netzpolitik.org si le ministre de la justice Heiko Maas ou sa secrétaire d'État Hubrig, qui n'avaient pas donné une quelconque injonction d'arrêter les poursuites au procureur général Range et/ou d'avoir menacé ce dernier, avaient effectivement donné les ordres litigieux, de telle sorte qu'il fut impossible de retenir la caractérisation du délit d'entrave à la justice des supérieurs hiérarchiques.¹³⁸² En revanche, rien ne s'opposa à ce que Range fasse l'objet de mesures disciplinaires qui le menèrent à prendre sa retraite anticipée, celles-ci n'étant pas soumises à des règles de preuve aussi sévères.¹³⁸³ Le juge allemand Maier estime de son côté que les demandes informelles orales au cours de discussions internes

¹³⁷⁸ V. en ce sens not. HUND, Horst, « Brauchen wir die "unabhängige Staatsanwaltschaft"? », *ZRP*, n° 12, 1994, p. 473 ; SARSTEDT, Werner, « Gebundene Staatsanwaltschaft? », *NJW*, n° 38-39, 1964, p. 1755 qui soulignent le fait que le contrôle hiérarchique permet aux personnes inexpérimentées de bénéficier de l'expérience de leurs supérieurs.

¹³⁷⁹ FRANK, Christoph, « Abschaffung des externen Weisungsrechts », *ZRP*, 2010, *art. cit.*, p. 148 ; FRANK, Christoph et DIECKMANN, Jochen, « "Weisungen in Einzelfällen nicht bekannt", entretien avec Jochen Dieckman, ministre du Land NRW », *DRiZ*, n° 2, 2002, p. 44 ; GÜNTER, Hans-Helmuth, « Das Berufsbild des Staatsanwalts in Deutschland an der Schwelle zum neuen Jahrhundert », *DRiZ*, n° 2, 2002, p. 59 et 61.

¹³⁸⁰ MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, 11-2003, *art. cit.*, p. 387-388 ; TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 133-134 et 136-137 ; Face aux problèmes de preuve qui résulte de cette liberté de forme, le DRB demandait que la loi impose une forme écrite pour les directives, v. DRB, « Projet de loi alternatif concernant le Titre 10 (GVGÄndG) », sept. 2015, *art. cit.*, p. 3.

¹³⁸¹ TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 133-134 et 136-137 ; MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, 11-2003, *art. cit.*, p. 387-388 ; RAUTENBERG, Erardo, « Die deutsche StA », *DRiZ*, 2014, *art. cit.*, p. 217.

¹³⁸² TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 133-134.

¹³⁸³ *Ibid.*, p. 134.

constituent la part la plus importante, la plus courante mais aussi la plus dangereuse de l'emprise de l'exécutif.¹³⁸⁴ Il ajoute à cet effet que le supérieur hiérarchique pourra par exemple, afin d'honorer un objectif de politique communale lors d'une attribution de crédit sans garantie à une entreprise par la caisse d'épargne, enjoindre de ne pas déclencher les poursuites en raison d'une suspicion d'abus de confiance.¹³⁸⁵ L'influence abusive du pouvoir exécutif est donc peut-être moins fréquente du côté allemand, mais le problème est bien existant et à certains égards, même de plus grande ampleur en raison de l'opacité de l'exercice du pouvoir hiérarchique et de la persistance des directives individuelles.¹³⁸⁶ Certes les politiques ont toujours prétendu ne pas recourir à des injonctions excessives faisant obstacle à un exercice impartial et objectif des parquetiers.¹³⁸⁷ L'appel que lançait l'union allemande des magistrats (Deutscher Richterbund, la plus grande organisation professionnelle des juges et procureurs) au gouvernement de l'État fédéral et des Länder en avril 1986 « *de considérer les parquetiers conformément à la jurisprudence de la Cour fédérale constitutionnelle comme organe de l'administration judiciaire et non comme organe du gouvernement, dont le plus haut fonctionnaire [serait] tenu d'exercer sa profession en accord indéfectible avec les visions politiques de principe et les objectifs du gouvernement* » laissait néanmoins présager d'une toute autre réalité.¹³⁸⁸ Et il est difficile de croire que l'union des juges, en plein scandale des financements des partis politiques, n'avait pas fait elle-même l'expérience directe de directives gouvernementales abusives alors qu'elle réclamait de

¹³⁸⁴ MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, 11-2003, *art. cit.*, p. 387.

¹³⁸⁵ *Ibid.*

¹³⁸⁶ Ainsi Rautenberg indique-t-il dans un de ses articles sur le statut du procureur en Allemagne en 2014 que même la France, pays d'origine du ministère public, a supprimé en 2013 la possibilité pour le ministre de la Justice de donner des directives dans les affaires individuelles, v. « Die deutsche StA », *DRiZ*, 2014, *art. cit.*, p. 217.

¹³⁸⁷ V. ici dernièrement la question sur la nécessité de modifier le statut des procureurs, posée par la fraction du parti de gauche « die Linke » et la réponse du gouvernement dans les doc. parl. correspondant : FRAKTION DIE LINKE, « Kleine Anfrage, Nebentätigkeiten von Bundesrichterinnen und -richtern, Öffentlichkeitsarbeit von Staatsanwaltschaften und Unabhängigkeit von Richterinnen und Richtern und Staatsanwaltschaften », *BT-Drs.*, mars 2014, p. 2, , question n° 6, en ligne : <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/008/1800832.pdf>>, consultée dernièrement le 10.09.2017 ; BUNDESREGIERUNG, « Antwort, Nebentätigkeiten von Bundesrichterinnen und -richtern, Öffentlichkeitsarbeit von Staatsanwaltschaften und Unabhängigkeit von Richterinnen und Richtern und Staatsanwaltschaften », *BT-Drs.*, mars 2014, p. 5-6, réponse à la question n° 6, en ligne : <<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/010/1801027.pdf>>, consultée dernièrement le 10.09.17 ; critique quant à la véracité de ces constatations : TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 132 ; RAUTENBERG, Erardo, « Die deutsche StA », *DRiZ*, 2014, *art. cit.*, p. 217 ; DETTE, Sebastian, « Zur Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft », *DRiZ*, n° 6, 2014, p. 213.

¹³⁸⁸ DRB, « Presseerklärung vom 18.04.1986 », *DRiZ*, 1986, p. 236 ; V. à ce propos not. SCHAEFER, Hans Christoph, « Die Staatsanwaltschaft - ein politisches Instrument? », dans R. MICHALKE et R. HAMM (éds.), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, Berlin, De Gruyter, 2008 (abrégé *FS-Hamm*, 2008), p. 647.

nouveau à l'image de leurs homologues français, elle-aussi, une plus grande indépendance des procureurs, notamment en supprimant les possibilités de directives individuelles.¹³⁸⁹ Par ailleurs le cas Netzpolitik.org est dernièrement venu rappeler que ces craintes n'étaient pas que purement fictives. Dans cette affaire, au début de l'année 2015, les journalistes Beckedahl et Meister publiaient sur le blog internet netzpolitik.org des extraits de documents internes de l'autorité fédérale pour la protection de la Constitution (« *Bundesamt für Verfassungsschutz* »).¹³⁹⁰ Le président de cette institution porta plainte contre ces deux journalistes en raison de la publication de documents potentiellement très confidentiels pouvant constituer un délit de trahison à la patrie (§ 94 StGB). Le ministère public fédéral compétent ouvrit conformément à ses obligations légales une enquête contre les journalistes de la plateforme en cause ainsi que contre personne inconnue.¹³⁹¹ Le procureur général fédéral Range rapporta – en raison de l'importance des droits et libertés fondamentaux en cause et de la sensibilité d'une affaire concernant la presse – l'information au ministre de la justice au niveau Fédéral Heiko Maas.¹³⁹² Ce dernier, extrêmement critique concernant ces investigations, considérait l'allégation de trahison à la patrie comme erronée. En août 2015, le procureur Range indiquait publiquement, alors qu'il souhaitait requérir, dans le cadre de ses investigations, une expertise externe concernant les questions juridiques sur lesquelles il y avait désaccord, qu'il aurait reçu l'ordre du ministère de la justice d'arrêter le processus d'expertise et de retirer l'ordre de mission à l'expert.¹³⁹³ La secrétaire d'État Hubig l'aurait par ailleurs menacé, le cas échéant, de perdre son poste.¹³⁹⁴ Les conséquences de cette annonce publique sont bien connues : Range fut acculé à la retraite anticipée et la procédure d'enquête dans l'affaire Netzpolitik a été close.¹³⁹⁵ Maas, de même qu'Hubig, ont certes toujours

¹³⁸⁹ V. à ce sujet la page internet du DRB sur laquelle la modification du statut des juges fait partie intégrante des objectifs prioritaires poursuivis par l'union des juges: <http://www.drb.de/?id=41>, consultée dernièrement le 22.08.2017. V. en ce sens MÜLLER, Reinhard, « Wulff und die Staatsanwaltschaft „Nicht der Hauch einer Weisung“ », *FAZnet*, 21.02.2012, *art. cit.* ; SCHAEFER, Hans Christoph, « Die StA - ein politisches Instrument? », dans *FS-Hamm*, 2008, *art. cit.*, p. 647-648.

¹³⁹⁰ V. pour un bref exposé de cette aff. not. TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 130-131.

¹³⁹¹ *Ibid.*

¹³⁹² *Ibid.*

¹³⁹³ MÜLLER, Reinhard, « GBA Range wehrt sich gegen Einflussnahme », *FAZnet*, 04.08.2015, *art. cit.*

¹³⁹⁴ *Ibid.*

¹³⁹⁵ V. à ce propos les conférences de presse correspondante du ministère de la Justice et de l'office du procureur général du ministère public fédéral : BMJV, « Pressemitteilung : "Ich habe Generalbundesanwalt Range mitgeteilt, dass mein Vertrauen in seine Amtsführung nachhaltig gestört ist" », 4 août 2015, en ligne :

contesté avoir donné une directive au procureur Range ou l'avoir menacé ; ils prétendent que l'arrêt de l'expertise avait été convenu d'un commun accord.¹³⁹⁶ Cependant, les investigations se sont *de facto* orientés d'après les intérêts politiques et non selon ceux du procureur général Range auquel revenait pourtant l'affaire originellement. En ce sens il apparaît ici difficile de soutenir que le pouvoir exécutif ne fait jamais usage de son droit de directive concernant la conduite d'investigations... Lorsque Rautenberg, constatant qu'avant Range, sur 9 des plus hauts fonctionnaires du ministère public fédéral (le procureur général fédéral) 2 avaient déjà fait l'objet d'une mise à la retraite anticipée, affirme que l'office du procureur est sous le coup de « *souçon permanent* », il est donc difficile de ne pas y voir une certaine part de vérité.¹³⁹⁷ Il n'est ainsi pas étonnant que la méfiance dans la société perdure, certains auteurs remarquant que les parquets ne sont pas « *les acteurs préférés de la nation* » mais bien plus considérés comme représentants d'une « *justice de seconde classe* ». ¹³⁹⁸ D'autres n'hésitent pas à rappeler que « *le ministère public doit avant tout son existence au besoin du gouvernement de s'assurer une emprise sur l'autorité judiciaire* ». ¹³⁹⁹ L'institution étant finalement dégradée au rang d'une « *simple administration de traitement des dossiers* » au profit de la police,¹⁴⁰⁰ ce serait selon certains ici bel et bien l'exécutif qui dirigerait les poursuites pénales...¹⁴⁰¹

221. La deuxième forme d'influence du pouvoir exécutif sur le ministère public repose dans l'obligation de remontées hiérarchiques, corrélatif implicite et nécessaire du pouvoir

<<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?newsid=561>>, consultées dernièrement le 28 août 2016 ; GBA, « Pressemitteilung v. 10.08.2015 », *rap. préc.*

¹³⁹⁶ BMJV, « Pressemitteilung zu den Äußerungen von Generalbundesanwalt Range », 4 août 2015, *rap. préc.*

¹³⁹⁷ Il s'agit du procureur général Fränkel, démis de ses fonctions en 1962 en raison de son passé nazi et du procureur fédéral général von Stahl congédié à la suite de sa politique d'information dans le cadre d'une intervention des forces de police spéciales dans une affaire de terrorisme du groupe RAF en 1993, v. RAUTENBERG, Erardo, « Die deutsche StA », *DRiZ*, 2014, *art. cit.*, p. 216 ; TRENTMANN, Christian, « Der politische StA? », *ZIS*, 2-2016, *art. cit.*, p. 133.

¹³⁹⁸ Des formules originales „*Die Staatsanwaltschaft – Justiz zweiter Klasse?*“ et „*Staatsanwälte sind nicht die Lieblinge der Nation*“, v. MICHELS, Rheinhold, « StA - Justiz zweiter Klasse ? », *DRiZ*, 1984, *art. cit.*, p. 376.

¹³⁹⁹ „*Dem Bedürfnis der Regierung, sich einen Einfluß auf die Strafrechtspflege zu sichern, verdankt die Staatsanwaltschaft ihr Leben*“, James Goldschmidt tel que cité par PRANTL, Heribert, « Die Exekutive regiert die Strafverfolgung », *DRiZ*, 1988, p. 349.

¹⁴⁰⁰ HARTUNG, Fritz, « Einführung angloamerikanischen Strafverfahrensrechtes in Deutschland », dans *FS-Rosenfeld*, 1949, *art. cit.*, p. 234.

¹⁴⁰¹ Dans ce sens not. HAAS, Volker, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, *op. cit.* ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.* ; COLLIN, Peter, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »?, *op. cit.* ; PRANTL, Heribert, « Die Exekutive regiert die Strafverfolgung », *DRiZ*, 1988, *art. cit.*, p. 349.

d'injonction qu'elle rend somme toute possible.¹⁴⁰² Comme évoqué plus haut, les procureurs ont une obligation de rapporter à leur hiérarchie, en particulier quand l'affaire concernée est importante.¹⁴⁰³ Ces rapports d'information peuvent d'abord avoir un impact négatif sur la charge de travail déjà extrêmement élevée des procureurs qui peuvent finalement être par là empêchés de se consacrer pleinement à leur travail d'enquête et soumettent les parquetiers à une certaine pression des chiffres.¹⁴⁰⁴ Ces renseignements de l'autorité hiérarchique peuvent de surcroît porter préjudice à l'efficacité de l'enquête lorsque celle-ci concerne des personnalités politiques de premier plan.¹⁴⁰⁵ En effet, le ministère public se verra obligé d'informer de ses intentions de poursuite son supérieur hiérarchique qui pourrait alors avertir la personne concernée ou informer la presse mettant en échec les stratégies d'enquête.¹⁴⁰⁶ Du côté germanique, où les instructions concernant les affaires individuelles sont toujours permises, les obligations de rapporter sur certaines situations peuvent de plus éveiller une méfiance justifiée chez le justiciable car le supérieur hiérarchique peut demander un « *rapport d'intention* » (« *Absichtsberichtspflicht* ») avant que le procureur n'agisse afin de décider lui-même de la suite à accorder à cette affaire en ordonnant que certaines mesures (ou même la totalité de l'enquête) soient déclenchées ou évitées...¹⁴⁰⁷ Le procureur devra alors attendre la validation de son action par son supérieur sans qu'un contrôle extérieur soit, faute de transparence, possible.¹⁴⁰⁸

222. Enfin, le pouvoir exécutif influe également indirectement de manière plus insidieuse sur l'action du ministère public. En effet, la carrière de celui-ci reposant entre les mains de ses supérieurs hiérarchiques, le parquetier tendra instinctivement – sans y être explicitement

¹⁴⁰² MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, 11-2003, *art. cit.*, p. 388 ; RAUTENBERG, Erardo, « Die deutsche StA », *DRiZ*, 2014, *art. cit.*, p. 217.

¹⁴⁰³ PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 182 ; SANDERMANN, Almut, « *Waffengleichheit* » *im Strafprozeß*, 1975, p. 122-124 ; GARDE DES SCEAUX, « Circ. du 31 janv. 2014 de présentation et d'application de la l. n° 2013-669 du 25 juil. 2013 », *circ. précit.*, p. 5-6.

¹⁴⁰⁴ V. du côté allemand not. MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, 11-2003, *art. cit.*, p. 388. Quant à la France, il peut être ici revenu à l'exemple précédemment cité de l'ancienne garde des Sceaux Rachida Dati qui n'hésitait pas à convoquer les procureurs généraux à la suite de leurs bilans qu'elle n'estimait pas satisfaisants, v. SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel et DALLE, Hubert, « Les procureurs français sont-ils vraiment des magistrats ? », *Le Monde.fr*, 07.05.2009, *art. cit.*

¹⁴⁰⁵ MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, 11-2003, *art. cit.*, p. 388.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*

¹⁴⁰⁷ SCHMIDT, Eike, C., « § 147 GVG », dans *HK*, *art. cit.*, p. 2391, n° 1 ; MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, 11-2003, *art. cit.*, p. 388.

¹⁴⁰⁸ V. réf. en n. 1407.

obligé – à aller dans le sens de ses supérieurs pour éviter tout souci dans sa carrière.¹⁴⁰⁹ Or, cette auto-censure est à même d’impacter le devoir d’objectivité et d’impartialité incombant au parquetier.

Conclusion Section 1

223. En résumé, on constate qu’en France comme en Allemagne, il existe bien toujours un lien étroit entre le pouvoir exécutif et le ministère public qui peut avoir des répercussions négatives sur l’objectivité et l’impartialité du procureur.

224. Le procureur français dispose au même titre que les juges d’un statut de magistrat. Toutefois, il ne bénéficie pas de garanties statutaires d’indépendance identiques. Il appartient bien plus à un corps fortement hiérarchisé dirigé à son sommet par le ministre de la Justice qui pourra lui donner des instructions générales et déterminer sa carrière. Si au travers de certaines réformes et initiatives, notamment récemment celle de la suppression de la possibilité de donner des instructions dans une affaire individuelle, le législateur français a bel et bien souhaité tendre vers une plus grande indépendance du ministère public, la réforme constitutionnelle statutaire tant attendue n’a une nouvelle fois pas abouti.¹⁴¹⁰ Deux rapports en ce sens sous la mandature précédente n’ont pas suffi à pousser la logique de l’indépendance à son terme.¹⁴¹¹ Dès lors, la nomination des membres du ministère public n’a toujours pas lieu sur avis conformes du CSM et ce Conseil demeure incompétent en matière disciplinaire concernant les parquetiers, le ministre de la Justice ayant le dernier mot.¹⁴¹² Certes, les pratiques ont montré ces dernières années un meilleur respect de l’autonomie des membres du parquet, mais le ministre de la Justice garde en théorie la possibilité de reprendre la carrière de ceux-ci en main comme cela s’est produit à plusieurs reprises par le passé. Cela est d’autant plus problématique, que la limite de la légalité, qui vaut dans le système allemand, est ici absente, le procureur français jouissant d’une marge considérable d’appréciation en raison du principe de l’opportunité de la réponse pénale que le gouvernement pourrait tourner indûment à son profit.

¹⁴⁰⁹ RAUTENBERG, Erardo, « Die deutsche StA », *DRiZ*, 2014, *art. cit.*, p. 217 ; MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, 11-2003, *art. cit.*, p. 388 ; « Quel visage pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, *art. cit.*, p. 77-79 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 860-861, n° 1480.

¹⁴¹⁰ BOTTON, Antoine, « Le renforcement du rôle du procureur de la République », *AJP*, n° 12, 2016, p. 563.

¹⁴¹¹ *Ibid.*

¹⁴¹² *Ibid.*

225. Du côté allemand, la différence statutaire entre les membres du ministère public et les juges du siège est de prime abord encore plus évidente puisque les parquetiers sont clairement fonctionnaires. Le procureur général au niveau fédéral dispose même encore du statut précaire de fonctionnaire politique révocable sans motivation particulière. Corrélativement, les pouvoirs de l'autorité hiérarchique semblent également plus importants dans le sens où les injonctions hiérarchiques (y compris ministérielles) peuvent, contrairement au droit français, être générales ou concerner des affaires individuelles, orales ou écrites, et même contenir l'ordre de cesser les poursuites. Certes à la différence de ce qui vaut en France, le principe de légalité des poursuites permet de faire obstacle à une part des conflits potentiels qui résulteraient de directives hiérarchiques illégales. Toutefois, les contours de cette règle s'avèrent d'une part en pratique très flous, les notions juridiques laissant une grande marge d'interprétation. D'autre part, elle se trouve aujourd'hui *de facto* largement atténuée au profit d'un principe d'opportunité « réglementé » qui élargit considérablement la marge d'appréciation du procureur allemand que le pouvoir exécutif pourrait détourner à des fins impropres.¹⁴¹³

226. Dans les deux pays à l'étude, on constate que ce lien étroit avec le pouvoir exécutif transparaît dans la pratique quotidienne des procureurs. Il peut se révéler rassurant et contribue assurément à une application égalitaire du droit. Il arrive cependant qu'il soit instrumentalisé de manière contestable par le pouvoir exécutif, jetant une ombre sur l'impartialité et l'indépendance des membres du ministère public. À cet égard, on ne peut que regretter que les efforts fournis par les législateurs respectifs pour garantir une meilleure indépendance statutaire ne soient pas allés au bout de leur logique. En toute hypothèse cette relation de subordination procure assurément un angle d'approche différent au procureur, pour lequel les intérêts de l'État et du gouvernement auront une place prépondérante par nature.

¹⁴¹³ V. dév. n° 393 et s., p. 358 et s. de cette thèse.

– SECTION 2 –

UNE PARTIALITÉ FONCTIONNELLE

227. Par ailleurs, les fonctions mêmes d’investigation, de poursuite et d’accusation dont le procureur a la charge, sont susceptibles d’influer sur sa neutralité ainsi que son impartialité quand il s’agit de décider de mesures attentatoires puisqu’il aura déjà, du fait de ses fonctions, une certaine idée sur la question et un autre angle d’approche que celui du juge, en principe étranger à la poursuite.

228. Lors de la conception de notre ordre procédural moderne (dont la pierre d’édifice est le Code d’instruction criminelle)¹⁴¹⁴ et après une tentative non concluante d’un accusateur public élu,¹⁴¹⁵ il est apparu naturel de confier les poursuites au ministère public.¹⁴¹⁶ Il est ici évident qu’à côté des idéaux humanistes et éclairés du courant des Lumières, l’ombre du totalitarisme napoléonien planait sur cette décision, puisqu’il s’agissait ici de placer « *un ressort rigoureux dans la main du gouvernement* » et que le ministère public n’était pensé autrement que comme « *agence du gouvernement* » pour assurer l’ordre et l’efficacité.¹⁴¹⁷ Et pourtant, le gouvernement, organe légitime issu, du moins médiatement, d’élections par le peuple souverain, étant spécialement chargé de veiller au maintien de l’ordre, il apparaissait justifié que l’on attribuât la mission des poursuites des délits troublant cet ordre social à un organe qui lui était soumis, le ministère public.¹⁴¹⁸ Cette conception, si elle n’est pas universelle, est toujours le fondement justifié de la mission du procureur de poursuivre les délits et de soutenir l’accusation au procès.¹⁴¹⁹

¹⁴¹⁴ V. à ce propos les développements historiques dans l’introduction n° 12 et s., p. 16 et s.

¹⁴¹⁵ V. sur ce point not. DE MARI, Éric, « Le parquet sous la Révolution », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 224 et s.

¹⁴¹⁶ HÉLIE, Faustin, *Traité de l’instruction criminelle*, vol. 1, op. cit., p. 526-527, n° 451.

¹⁴¹⁷ CARBASSE, Jean-Marie, « Introduction », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 17-18 ; ROYER, dans le même ouvrage ROYER, Jean-Pierre, « Le ministère public, enjeu politique au XIXe siècle », art. cit., p. 259-260.

¹⁴¹⁸ « *Ainsi le veut l’intérêt de la chose publique* », v. HÉLIE, Faustin, *Traité de l’instruction criminelle*, vol. 1, op. cit., p. 526-527, n° 451. Sur la question de l’accusateur public, se rapporter également à CARBASSE, Jean-Marie, « Introduction », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, art. cit., p. 17 ; dans le même ouvrage DE MARI, Éric, « Le parquet sous la Révolution », art. cit., p. 224 et s.

¹⁴¹⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 781, n° 1129 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 3, § 12, n° 6.

229. Si l'on pouvait d'abord penser que, du fait de l'intervention de deux corps différents, à savoir la police et le ministère public, une garantie supplémentaire serait créée¹⁴²⁰ au contraire des modèles de common law, où l'entière responsabilité incombe généralement à la police,¹⁴²¹ la méfiance envers ces deux organes est bien plus de mise dès les origines du principe. Ainsi la mainmise de l'exécutif sur le procureur et sa qualité de partie, à laquelle s'ajoute la police de l'ère wilhelmienne non légitime d'un point de vue démocratique, suscitent-elles bien plus des craintes compréhensibles.¹⁴²²

230. Et si la confusion des fonctions de poursuites et d'enquête est en pratique largement tolérée d'un côté comme de l'autre du Rhin, la séparation de ces missions n'étant pas parvenue à s'établir comme un principe directeur de la procédure pénale, il est loin d'en être de même pour les fonctions juridictionnelles coercitives pour lesquelles le ministère public n'a jamais été perçu comme l'institution appropriée, du moins s'agissant des mesures gravement attentatoires telles la détention provisoire.

231. Au-delà de l'impact de l'exécutif sur l'action du procureur, cela est en grande partie dû aux fonctions même de poursuite et de soutien de l'accusation lors du procès de ce dernier, susceptibles d'entacher son impartialité de manière objective. En effet, le ministère public n'a pas réussi à se défaire entièrement de sa mauvaise image d'accusateur uniquement à charge

¹⁴²⁰ En effet, dans l'hypothèse de l'intervention du juge il serait même plus approprié de parler d'un « triple » regard puisque c'est la police en règle générale qui incite le procureur à requérir une mesure d'enquête, ce dernier pouvant alors décider de l'opportunité des propositions de la police, v. en ce sens BVerfG, déc. du 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 1121-1125, ici spéc. p. 1122. Cela rejoint par ailleurs un des objectifs historiques de l'institution du ministère public qui était de permettre un contrôle de la police estimée comme peu fiable (v. n. 1422). Janique BRÜNING pointe néanmoins à juste titre que les procureurs et les policiers ne disposent pas des mêmes connaissances juridiques, de telle sorte que l'incitation des policiers à prendre une certaine mesure d'investigation ne peut pas être assimilée à un contrôle juridique de cet acte en amont tel que l'effectuerait un magistrat. De plus, ces derniers agissent ici non comme acteurs indépendants mais seulement comme « *bras prolongés* » du procureur. Il est donc difficile d'y voir un véritable double contrôle indépendant, l'intervention de la police n'étant que le prolongement de celle du procureur auquel incombe l'entière responsabilité, v. en ce sens également BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 112, ici spéc. n. 194.

¹⁴²¹ V. à ce propos SPENCER, John R., « The english system », dans M. DELMAS-MARTY et J.R. SPENCER (éds.), *European criminal procedures*, Cambridge [e.a.], Cambridge Univ. Press, 2002, p. 150.

¹⁴²² RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, *op. cit.*, p. 36 et s., 45 et 78 ; LIN, Yu-hsiung, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, Frankfurt a.M e.a., Lang, 1998, p. 242 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 167 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 113 ; HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, *op. cit.*, p. 526 et s., n° 450 et s. ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, *op. cit.*, p. 529 et s.

auprès des justiciables et les préjugés à son égard perdurent.¹⁴²³ Ainsi le reproche de vouloir « s'imposer à tout prix au détriment des intérêts individuels du prévenu et de n'accorder à la vérité et la justice qu'une place secondaire » est-il toujours latent.¹⁴²⁴ Et il ne peut être ici dénié une certaine part de vérité. En effet, le recours à des mesures fortement attentatoires aux libertés individuelles peut simplifier considérablement la tâche des autorités de poursuite.¹⁴²⁵ En conséquence, il ne peut être attendu de leur part un examen désintéressé et sans préjugé, c'est-à-dire neutre, pourtant essentiel pour le respect des droits et libertés en danger énoncés précédemment.¹⁴²⁶ Au cours de l'avant-procès et malgré leur subordination étroite à la loi, au droit et aux obligations d'objectivité que ceux-ci s'efforceraient de prévoir, la police et le ministère public tendent naturellement, du fait des pressions psychologiques résultant du devoir de présenter un coupable (auxquelles s'ajoute la pression des chiffres et les obligations de remontées hiérarchiques concernant leur action concrète sur le terrain),¹⁴²⁷ à initier des

¹⁴²³ DÖHRING, Erich, « Deutsche StA in ihrer geschichtlichen Entwicklung », *DRiZ*, 1958, *art. cit.*, p. 287 ; ROXIN, Claus, « Rechtsstellung u. Zukunftsaufgaben der StA », *DRiZ*, 1969, *art. cit.*, p. 387-388 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 109-110 ; RÜPING, Hinrich, « Die Geburt der StA », *GA*, 1992, *art. cit.*, p. 156-157 ; PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 62.
¹⁴²⁴ Traduit de la formule originale « *Sich auf Kosten der individualinteressen des Angeklagten durchzusetzen, Wahrheit und Gerechtigkeit gegenüber Staatsraison und Politik als zweitrangig zu behandeln, lautet der Vorwurf der Theorie in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland* », RÜPING, Hinrich, « Die Geburt der StA », *GA*, 1992, *art. cit.*, p. 156.

¹⁴²⁵ BACHMANN, Gregor, *Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 71-72 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 113 ; OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, *art. cit.*, p. 1065 ; NELLES, Ursula, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung*, *op. cit.*, p. 48 ; LIN, Yu-hsiung, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, *op. cit.*, p. 243.

¹⁴²⁶ V. en ce sens p. ex. BVerfG, déc. du 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 1121-1125, ici spéc. p. 1122 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 113 ; LIN, Yu-hsiung, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, *op. cit.*, p. 243 ; NELLES, Ursula, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung*, *op. cit.*, p. 48. Il en est de même devant la Cour de cassation, puisque par hypothèse, on ne saurait attendre de la partie poursuivante qu'elle soit impartiale : Cass. crim., déc. du 06.05.1996, n° 95-81.766, publiée au *bull.* n° 187, p. 541, « *La garantie du droit à un tribunal indépendant et impartial, énoncée à l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne vise que les juges et non pas le représentant de l'accusation ou celui de la défense* ». V. à ce propos égal. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 354 et s., n° 417 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 211-212, n° 312.

¹⁴²⁷ Ces impressions recueillies auprès des personnes interrogées sont également confirmées p. ex. par PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 182 ; SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel et DALLE, Hubert, « Les procureurs français sont-ils vraiment des magistrats ? », *Le Monde.fr*, 07.05.2009, *art. cit.*, qui montre clairement la pression exercée au niveau des chiffres sur les procureurs: « *On ne s'étonnera pas que des procureurs généraux soient convoqués par la garde des sceaux pour avoir obtenu des résultats insuffisants dans la mise en oeuvre des peines planchers comme des préfets l'ont été pour les reconduites à la frontière* ».

mesures attentatoires pour éclaircir au plus vite les faits et récolter des preuves.¹⁴²⁸ Les fonctions mêmes de poursuite et d'accusation du parquetier peuvent en ce sens, comme le souligne la jurisprudence européenne, générer *in abstracto* des doutes légitimes sur son impartialité.¹⁴²⁹ De fait, si « *un magistrat compétent pour statuer sur la détention peut remplir aussi d'autres fonctions, [...] son impartialité risque d'inspirer aux justiciables des doutes légitimes s'il peut agir dans la procédure ultérieure à titre de partie poursuivante.* »¹⁴³⁰ Cela vaut malgré l'indépendance statutaire du magistrat en question et la suite de la procédure *in concreto*, la jurisprudence de la CEDH indiquant à ce propos « *que seules entrent en ligne de compte les apparences objectives existant à la date de la décision sur la détention: s'il s'avère, à ce moment-là, que le "magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" peut intervenir à un stade subséquent à titre de représentant de l'autorité de poursuite, son impartialité peut inspirer des doutes à considérer comme objectivement justifiés* ». ¹⁴³¹ Il ne peut donc ainsi pas être attendu une stricte neutralité des autorités de poursuite qui seront plus tard en charge de l'accusation : au contraire, jusqu'à un certain point, la partialité du procureur est naturelle.¹⁴³² C'est ce qui explique que la chambre criminelle ait décidé que l'exigence d'impartialité ne visait pas le représentant de l'accusation.¹⁴³³ C'est également la raison pour laquelle la récusation du procureur n'est pas prévue par la loi contrairement aux juges,¹⁴³⁴ ce qui prive la personne concernée de dénoncer une partialité éventuelle, alors

¹⁴²⁸ BACHMANN, Gregor, *Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtl. EV*, *op. cit.*, p. 71-72 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 113 ; OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, *art. cit.*, p. 1065 ; PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 62.

¹⁴²⁹ V. p. ex. CEDH, déc. du 26.11.1992, n° 13867/88, Brincat c. Italie, ici spéc. al. n° 20-21 ; CEDH, déc. du 23.10.1993, n° 12794/87, Huber c. Suisse, v. spéc. al. n° 42. V. à ce sujet aussi PRADEL, Jean, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? », *Rec. Dal.*, 4-2011, *art. cit.*, p. 340.

¹⁴³⁰ CEDH, déc. du 26.11.1992, n° 13867/88, Brincat c. Italie, ici spéc. al. n° 20.

¹⁴³¹ *Ibid.*, n° 21.

¹⁴³² V. en ce sens p. ex. BVerfG, déc. du 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 1121-1125, ici spéc. p. 1122 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 113 ; LIN, Yu-hsiung, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, *op. cit.*, p. 243 ; NELLES, Ursula, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung*, *op. cit.*, p. 48 ; SANDERMANN, Almut, « *Waffengleichheit* » im Strafprozeß, *op. cit.*, p. 122. V. du côté français Cass. crim., déc. du 06.05.1996, n° 95-81.766 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 354 et s., n° 417 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 211-212, n° 312.

¹⁴³³ Cass. crim., déc. du 06.05.1996, n° 95-81.766 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 354-355, n° 417 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 211-212, n° 312.

¹⁴³⁴ La requête en renvoi pour cause de suspicion légitime (art. 662 CPP) n'est pas recevable contre le ministère public, v. Cass. crim., déc. du 27.01.1993, n° 92-85.300, publiée au *bull.* 1993, n° 49, p. 115. V. égal. DESPORTES,

qu'elle dispose de cette possibilité à l'égard d'un juge d'instruction (v. art. 84 et 662 CPP). Il en est de même en Allemagne où la récusation d'un procureur pour partialité – à l'image de celle applicable au juge selon les §§ 22 et s. StPO – n'est pas permise par la jurisprudence majoritaire,¹⁴³⁵ ôtant de la sorte une garantie pour la personne concernée. Cela est certes vivement controversé dans la doctrine,¹⁴³⁶ Roxin requérant ici par exemple en raison de la soumission d'un procureur à la loi et à la justice un mécanisme similaire à celui valant pour les juges,¹⁴³⁷ mais cette opinion n'est pas parvenue à s'établir en droit positif. La jurisprudence germanique a bien plus pris acte de la partialité naturelle du procureur qualifiant ce dernier malgré le § 160 al. 2 StPO de « partie adverse à la personne mis en cause » (« Gegenbeteiligte ») et donc en ce sens non impartiale¹⁴³⁸ de laquelle « *il ne pouvait pas être attendu comme il le serait d'un juge une stricte neutralité* »¹⁴³⁹. Cette impression fut confirmée lors de la formation pratique de l'auteure de cette thèse au sein du ministère public allemand alors que le procureur en charge de la formation théorique affirmait dès les premières heures que le parquetier lors de l'audience ne devait pas hésiter à aller plus loin dans l'accusation lors des interrogatoires ou des réquisitions de peine pour « *aider le juge qui ne pouvait se montrer aussi décidé au risque de violer son obligation d'impartialité* ».¹⁴⁴⁰ Il faudrait être naïf pour penser que cette philosophie ne transparaît pas déjà au stade des investigations, comme le constatait d'ailleurs Hans-Heine Kühne en tant que juge.¹⁴⁴¹ Et les expériences pratiques de l'auteure de cette thèse sont venues confirmer une tendance plus répressive du ministère

Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 211-212, n° 312 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 165, n° 194.

¹⁴³⁵ BVerfG, déc. du 16.04.1969 - 2 BvR 115/69 (BVerfGE 25, 336), reproduite dans *NJW*, 1969, p. 1104-1108, ici spéc. 1106. L'arrêt qui intervient avant la suppression du juge d'instruction en Allemagne souligne d'ailleurs justement à ce propos que le juge d'instruction est **contrairement au procureur** soumis aux règles de la récusation [„Demgemäß unterliegt der Untersuchungsrichter, anders als der StA, den Vorschriften über Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen (vgl. § 26 Abs. 2 Satz 3 StPO)“] ; BGH, déc. du 25.09.1979 - 1 StR 702/78, reproduite dans *NJW*, 1980, p. 845-846 ; BGH, déc. du 09.12.1983 - 2 StR 452/83, reproduite dans *NJW*, 1984, p. 1907-1909.

¹⁴³⁶ HILGENDORF, Éric, « Verfahrensfragen bei der Ablehnung eines befangenen Staatsanwalts », *StV*, n° 1, 1996, p. 50.

¹⁴³⁷ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 15.

¹⁴³⁸ BGH, déc. du 01.12.1959 - 1 StR 542/59, reproduite dans *NJW*, 1960, p. 253 ; OLG Bremen, déc. du 26.07.1985 - Ws 126/84, reproduite dans *NStZ*, 1986, p. 120-121, ici spéc. p. 121.

¹⁴³⁹ V. BVerfG *NJW*, 2001, p. 1122 (v. réf. exacte en n. 1432).

¹⁴⁴⁰ Ces constatations personnelles sont confirmées par des études empiriques de terrain, v. not. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 106-107, n° 138 ; BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, p. 257 et s.

¹⁴⁴¹ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 106-107, n° 138.

public qui lui semble particulièrement résider dans le fait que celui-ci est chargé de la poursuite au nom de l'État.

Conclusion de la Section 2

232. En définitive, la fonction de poursuite et d'enquête du procureur laisse une empreinte certaine sur la manière du ministère public de percevoir sa fonction. Il en résulte une partialité fonctionnelle naturelle qui l'empêche d'être impartial au même titre que ses collègues du siège et qui se traduit par une compréhension plus répressive de sa fonction. Cela n'est pas gênant dès lors que le juge peut lors de l'audience ou de la décision d'une mesure coercitive, jouer son rôle d'autorité impartiale et rétablir une balance équitable des intérêts en présence. Cette fonction du procureur est même absolument nécessaire afin que les intérêts sociaux blessés par l'infraction constituée puissent être représentés à leur juste valeur face à la personne mise en cause au procès. En revanche, cela est plus problématique lorsque l'on accorde au procureur des fonctions quasi-juridictionnelles dans le cadre desquelles ses missions de poursuites et d'investigations pourront porter préjudice à son impartialité.

– CONCLUSION DU CHAPITRE I –

233. En résumé, l'institution du ministère public se caractérise par un lien étroit au pouvoir exécutif résultant de son statut hiérarchique et de ses fonctions prépondérantes d'enquête et de poursuite.

234. Il est ici tout à fait cohérent d'attribuer la mission des poursuites des délits qui troublent l'ordre social au procureur, précisément en raison de son lien avec le gouvernement, organe légitime d'un point de vue démocratique (tout du moins indirectement), étant spécialement chargé de veiller au maintien de l'ordre. En revanche, on remarque que ce lien de subordination au pouvoir exécutif en place de même que les fonctions d'enquête et de poursuite donnent au procureur un angle d'approche différent de celui qu'aurait le juge. En effet, chez le parquetier, l'intérêt de l'État sera dominant du fait du statut et des fonctions du ministère public, sans pour autant que les autres soient inexistantes. Cela pose alors problème lorsqu'il s'agit de prendre des décisions sur le fondement du principe de proportionnalité, puisque la balance penche au départ déjà en faveur de l'intérêt de l'État, à savoir l'efficacité.

235. Or, les principes d'indépendance de même que d'impartialité de la justice, préservés notamment grâce au précepte de séparation des fonctions, imposent de tenir compte de la mission du parquetier en tant que partie poursuivante et directeur des investigations soumis aux ordres de l'exécutif lorsqu'il s'agira notamment de garantir les libertés individuelles. Force est donc ici de constater la nécessité de l'intervention d'un autre pouvoir, selon la formule chère à Montesquieu, « *pour arrêter le pouvoir* » déjà très large du procureur qui ne sera pas en mesure de protéger suffisamment les droits et libertés fondamentaux que ses fonctions et son statut mêmes menacent.¹⁴⁴²

¹⁴⁴² V. en ce sens PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 42, n° 14 ; MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, 11-2003, art. cit., p. 389-390.

– CHAPITRE II –

LE JUGE, FIGURE DE NEUTRALITÉ ET D'INDÉPENDANCE, GARANTE DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX DE LA PERSONNE

236. Il est ainsi impératif de prévoir, dès ce stade précoce de la procédure, l'intervention d'un juge, « *la plus sûre des instances vis-à-vis de l'impartialité et de l'exercice de la loi*¹⁴⁴³ » et donc véritablement en mesure de les préserver par son statut et sa neutralité. Les fondements de ce principe sont nombreux (Section 1). Mais si l'autorisation préalable d'un juge pour les mesures les plus attentatoires aux droits et libertés fondamentaux de la personne font l'unanimité et sont aujourd'hui reconnus comme une absolue nécessité par la CESDH, et comme principe constitutionnel en France et en Allemagne, l'étendue du contrôle et de l'intervention du juge de l'avant-procès reste sujette à controverse (Section 2).

– SECTION 1 –

LES FONDEMENTS DE LA COMPÉTENCE A PRIORI DU JUGE POUR LES MESURES GRAVEMENT ATTENTATOIRES AUX LIBERTÉS INDIVIDUELLES

237. Les origines de l'intervention du juge de l'avant-procès reposent avant tout sur les principes fondamentaux de la séparation des pouvoirs et d'impartialité (§ 1). L'autre objectif de ce mécanisme est en outre de permettre une meilleure considération de la gravité des atteintes à la liberté au cours de l'avant-procès en rééquilibrant au moyen d'un contrôle dans la mesure du possible préventif l'égalité des chances menacée par la position nettement dominante du procureur par rapport aux personnes concernées par les mesures d'investigation (§ 2).

§ 1. Les origines de la compétence du juge dans l'avant-procès : une expression des principes de séparation des pouvoirs et d'impartialité

¹⁴⁴³ Traduit librement de la formule originale du député allemand Lasker lors de la 20^e séance, « *allersicherste Instanz der Unparteilichkeit und Gesetzesausübung* », 20^e séance C. HAHN (éd.), *Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen : Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877*, Berlin, v. Decker, 1881, p. 1796, 1803 et 1816.

238. Considérant le cumul des fonctions de poursuite, de recherche et de jugement du « *juge inquisiteur* » comme le mal viscéral des systèmes procéduraux pénaux antérieurs, le législateur postrévolutionnaire s'attacha autant que possible à répartir ces missions entre divers acteurs de l'avant-procès.¹⁴⁴⁴ La controverse commence lorsqu'il fut question d'accorder au procureur, au-delà de la décision des poursuites, des fonctions d'investigation et des fonctions coercitives portant atteintes aux libertés individuelles.¹⁴⁴⁵ Le spectre du cumul des fonctions tant décrié s'agissant du juge inquisiteur refaisait son apparition.¹⁴⁴⁶ Conscient du problème dès la conception du Code d'instruction criminelle, une discussion animée s'engagea sur la question : « *Par son institution, le ministère public est partie ; [à] ce titre il lui appartient de poursuivre ; [mais par] cela même, il serait contre la justice de le laisser faire des actes d'instruction* ». ¹⁴⁴⁷ Et s'il est évident que la réunion de plusieurs fonctions tendrait à accélérer considérablement l'enquête, le danger en résultant pour la préservation des libertés individuelles est latent et ne saurait être éludé au seul motif de gagner en célérité.¹⁴⁴⁸ Ce débat aboutit finalement à une stricte séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et juridictionnelles, la première revenant au procureur, la seconde au magistrat instructeur (à noter que les mesures coercitives étaient ici cependant perçues comme partie intégrante de la fonction d'investigation et n'étaient généralement pas conçues comme des actes juridictionnels susceptibles de recours),¹⁴⁴⁹ et la dernière à la chambre du conseil, tout en tolérant une exception pour l'enquête de flagrance où il revenait au parquet les deux premières missions.¹⁴⁵⁰ Le principe était simple : il s'agissait de prévenir toute partialité potentielle que pourrait entraîner la réunion de plusieurs missions, comme le magistrat inquisiteur l'avait connu, ainsi que de garantir l'indépendance et l'impartialité fonctionnelle

¹⁴⁴⁴ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 1 ; HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, op. cit., p. 526 et s., n° 450 et s.

¹⁴⁴⁵ HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, op. cit., p. 526 et s., n° 450 et s. ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, op. cit., p. 527 et s.

¹⁴⁴⁶ Dans ce sens HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, op. cit., p. 525 et s., n° 450 et s.

¹⁴⁴⁷ Formule de M. BIGOT DE PRÉAMENEU, alors ministre des cultes, lors des débats parlementaires de l'époque reprise dans LOCRÉ, Jean-Guillaume, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, op. cit., p. 124 n° 2.

¹⁴⁴⁸ ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, op. cit., p. 529 et s.

¹⁴⁴⁹ V. à ce propos not. au sujet du pouvoir du juge d'instruction de placer une personne « *sous mandat de dépôt* » : DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 23, n° 34.

¹⁴⁵⁰ À noter que le procureur demeurait néanmoins, dans le cas des enquêtes de flagrance, tenu d'informer le juge d'instruction des actes adoptés. ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, op. cit., p. 531 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 22-23, n° 32 et 34.

des différents intervenants.¹⁴⁵¹ En théorie, le juge, qui n'avait pas le droit de poursuivre, ne pouvait se saisir lui-même d'une affaire pénale et devait attendre d'être saisi par le procureur ou une partie civile.¹⁴⁵² De son côté, le ministère public avait en principe seulement le droit de poursuivre mais ne disposait pas – hors cas de flagrance – du pouvoir d'effectuer des actes d'instruction.¹⁴⁵³ Quant aux décisions juridictionnelles, elles relevaient de la chambre du conseil qui appréciait le sort à réserver aux demandes de liberté (art. 114 CIC) et décidait à l'issue des investigations du règlement de la procédure (art. 127-128 CIC).¹⁴⁵⁴ En conséquence, seul le magistrat instructeur était, sauf cas de flagrance,¹⁴⁵⁵ dans le cadre de ses fonctions d'investigations habilité à prendre des mesures attentatoires aux libertés individuelles telles que, par exemple les perquisitions (art. 87 CIC) ou l'audition des témoins (art. 71 CIC) etc. Par ailleurs, même en cas de flagrance dans laquelle le procureur disposait de plus larges pouvoirs, il était au moins prévu que ce dernier informe le juge d'instruction sans qu'il soit pour autant tenu de l'attendre pour ses interventions (art. 32 al. 2 CIC). Mais cette claire distinction des différentes fonctions ne fut à vrai dire jamais observée de manière conséquente. Ainsi, jusqu'à l'adoption du Code de procédure pénale, le Code d'instruction criminelle prévoyait-il un pouvoir de contrôle du procureur sur le magistrat instructeur qui n'était donc pas réellement indépendant (art. 57 et 279 CIC).¹⁴⁵⁶ Dans les tribunaux où il existait plusieurs juges d'instruction, c'était le procureur lui-même, malgré sa qualité de partie, qui répartissait les dossiers et « choisissait » son juge heurtant par là pleinement le principe d'impartialité.¹⁴⁵⁷ De même, la fonction juridictionnelle finit par être exercée par le juge d'instruction lui-même tandis que la chambre du conseil, qui validait presque systématiquement les décisions du juge d'instruction, était, faute d'utilité constatée, supprimée.¹⁴⁵⁸ Enfin, l'exception des fonctions d'investigation du procureur ne tardèrent pas à s'étendre bien au-delà du simple domaine de

¹⁴⁵¹ V. en ce sens not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 41-42, n° 47.

¹⁴⁵² DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 22, n° 33 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 41-42, n° 47.

¹⁴⁵³ V. not. LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 3.

¹⁴⁵⁴ CLÈRE, Jean-Jacques, « L'instruction préparatoire (1799-1958) », dans J.-C. FARCY et al. (éd.), *Le JI : approches historiques, art. cit.*, p. 228-229 et 238.

¹⁴⁵⁵ Voir art. 32 CIC.

¹⁴⁵⁶ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 520, n° 585 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 23, n° 35.

¹⁴⁵⁷ V. réf. en n. 1456.

¹⁴⁵⁸ V. ici les développements historiques dans l'introduction au n° 21 p.32.

la flagrance pour devenir, d'abord officieusement, la règle poussant finalement le législateur tant français qu'allemand à consacrer légalement la pratique déjà largement établie.¹⁴⁵⁹ En conséquence, aujourd'hui, c'est – en Allemagne en totalité et en France en très grande majorité –¹⁴⁶⁰ la police sous la direction du procureur qui est chargée de décider des mesures d'investigation nécessaires à la recherche de la vérité afin de permettre ensuite au ministère public de prendre la décision quant au déclenchement de la poursuite.¹⁴⁶¹

239. Malgré ces incohérences, la volonté du législateur du Code d'instruction criminelle d'affirmer le principe de la compétence *a priori* du juge pour les mesures attentatoires aux libertés individuelles ne fait aucun doute¹⁴⁶² et fut la raison de la consécration du juge d'instruction. Ainsi le procureur qui par son institution était partie, ne pouvait-il instruire ; il s'agissait ici de respecter les garanties individuelles pour lesquelles le juge, soumis à la seule loi et non aux politiques gouvernementales, pouvait agir « *aussi utilement et plus convenablement* » que le procureur.¹⁴⁶³ Certes, les juges étaient encore loin de bénéficier d'une véritable indépendance statutaire comme cela est le cas aujourd'hui.¹⁴⁶⁴ Toutefois, à la suite du discrédit de la justice de l'Ancien Régime et révolutionnaire,¹⁴⁶⁵ le législateur du Code d'instruction criminelle comprit l'importance d'accorder à la magistrature du siège certaines

¹⁴⁵⁹ V. du côté allemand notamment GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 199 et s. ; v. du côté français not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 23-24, n° 36-37. V. également les développements historiques dans l'introduction aux n° 20, p. 30 et s. et n° 38, p. 54 et s.

¹⁴⁶⁰ Le juge d'instruction n'intervient plus que dans un nombre très limité d'affaires (aux alentours de 3 % des affaires, v. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p. 14., se rapporter également à la n. 201 de cette thèse), de telle sorte que celui-ci constitue clairement l'exception.

¹⁴⁶¹ Concernant la procédure pénale allemande, la compétence (et même le devoir) du ministère public pour prendre les mesures d'investigation nécessaires à l'éclaircissement de l'affaire ressort du § 160 al. 1 StPO. Selon le § 163 al. 1 StPO, le même devoir incombe par ailleurs aux officiers de police judiciaire, à savoir néanmoins que l'étendue de leur compétence pour adopter les mesures d'investigation appropriées hors cas d'urgence est sujette à controverses (v. sur ce point les développements au n° 334, p. 319 et s. de cette thèse). Dans le cas français, la compétence du procureur en la matière résulte de l'art. 68 CPP en cas de flagrance. Hors cas de flagrance ces pouvoirs ressortent de l'art. 41 al. 1 CPP de même que de la compétence du procureur de directeur des officiers et agents de police dans le ressort de son tribunal (art. 41 al. 2 en combinaison avec l'art. 12 CPP, v. égal. l'art. 41 al. 4 CPP qui énonce que le procureur dispose lui-même de tous les pouvoirs et prérogatives attachés à la qualité d'officier de police judiciaire). Par ailleurs, les officiers de police disposent eux-mêmes, sous la direction du procureur, de prérogatives semblables selon les art. 14 et 17 CP.

¹⁴⁶² Sachant que celui-ci marqua sur ce point ici essentiellement un retour à l'ancien droit, c'est-à-dire au système créé par l'ordonnance de 1670 qui institua le lieutenant criminel, HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle, vol. 1, op. cit.*, p. 547, n°464 (v. aussi les dév. p. 538 et s., n°458 et s.).

¹⁴⁶³ HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle, vol. 1, op. cit.*, p. 540, n° 459.

¹⁴⁶⁴ Le statut d'indépendance de la justice par rapport à l'exécutif que nous connaissons n'arriva que bien plus tard, v. not. ROYER, Jean-Pierre et al., *Histoire de la justice en France (2010), op. cit.*, p. 1022 et s. n° 621 et s.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 454, n° 285.

garanties pour rétablir la confiance perdue en cette institution. De fait, les art. 41 et 68 de la Constitution de l'an VIII, tout en gardant le mode de nomination par le pouvoir exécutif, avaient érigé en contrepartie la règle de l'inamovibilité, qui ne s'appliquait pas aux parquetiers, afin d'assurer l'indépendance des juges.¹⁴⁶⁶ Néanmoins, justement concernant le magistrat instructeur, que Napoléon lui-même aurait eu l'habitude de désigner « *l'homme le plus puissant de France* », la règle de l'irrévocabilité ne lui était pas applicable et il s'agissait ici d'un magistrat à l'indépendance plus affirmée que réelle en raison du contrôle du procureur sur son action.¹⁴⁶⁷ Pourtant, ces premiers efforts de l'État dans le sens d'une indépendance progressive des juges eurent assurément des effets positifs sur la perception de ces magistrats dans la société, en témoignent les débats parlementaires rapportés de l'époque par exemple dans l'ouvrage de référence de Faustin Hélie¹⁴⁶⁸ ou même la littérature non spécialisée de l'époque.¹⁴⁶⁹ Cet argument vaut d'autant plus à présent puisque le statut d'indépendance du juge est désormais garanti par les art. 64 et 65 de la Constitution.¹⁴⁷⁰ L'art. 64 de la Constitution définit en effet indirectement le principe d'indépendance des magistrats en général en confiant sa garantie au président de la République « *assisté par le Conseil supérieur de la magistrature* » et énonce que « *les magistrats du siège sont inamovibles* », tandis que l'art. 65 de la Constitution fait état des grandes lignes de l'organisation du CSM, redessinée par la loi de révision constitutionnelle du 23 juillet 2008¹⁴⁷¹.

240. Par ailleurs, le juge d'instruction, dont les affres du magistrat inquisiteur réunissant toutes les missions (poursuites, enquête, jugement) entre ses mains, étaient encore bien présentes à l'esprit, demeurait aux yeux des législateurs postrévolutionnaires un élément indispensable au regard du principe de la séparation des fonctions.¹⁴⁷² Ainsi l'intervention tant

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 451, n° 282.

¹⁴⁶⁷ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 520, n° 585 ; ROYER, Jean-Pierre et al., *Histoire de la justice en France (2010)*, *op. cit.*, p. 923-924, n° 566.

¹⁴⁶⁸ Ce dernier associe p. ex. le juge à « *l'intérêt moral de la justice* » tandis que le procureur représente « *l'intérêt social de la punition* », HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, *op. cit.*, p. 550, n° 466.

¹⁴⁶⁹ V. p. ex. DE BALZAC, Honoré, « L'interdiction », *op. cit.* ; DE BALZAC, Honoré, « Splendeur et misère des courtisanes », *op. cit.*, p. 391. Il est ici intéressant de constater que la presse satirique consacra même un volume entier aux « *gaietés de l'instruction* », qui tout en pointant de manière sarcastique les qualités et défauts de la fonction, montre que les magistrats instructeurs jouissent d'une certaine popularité qui dépasse largement celle des procureurs, v. « Les gaietés de l'instruction », *L'Assiette au beurre*, n° 391, 26 septembre 1908, p. 417-432.

¹⁴⁷⁰ MEINDL, Thomas, « Implications constitutionnelles de la suppression du JI », *Rev. sc. crim.*, 3-2010, *art. cit.*, p. 398.

¹⁴⁷¹ V. l. const. n° 2008-724 du 23 juil. 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

¹⁴⁷² HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, *op. cit.*, p. 537 et s., n° 458 et s.

du parquetier que du juge d'instruction était-elle capitale pour que le pouvoir et les excès potentiels de l'un soient arrêtés par l'action de l'autre.¹⁴⁷³ En ce sens il s'agissait originellement moins d'une indépendance statutaire que d'une indépendance fonctionnelle essentielle valant pour ces deux protagonistes afin que ni l'un, ni l'autre, ne puissent être pervertis par un excès de pouvoir résultant d'un cumul trop important de missions.

241. Le modèle allemand reposant sur le CIC, il n'est pas étonnant de constater que les premières codifications du principe du recours au juge pour les mesures attentatoires à la liberté remontent au XIX^e siècle et en particulier au RStPO qui consacra le juge d'instruction.¹⁴⁷⁴ Historiquement, le sens de la compétence du juge en Allemagne, marquée de surcroît par les expériences du nazisme, était tout comme en France un contrôle du pouvoir exécutif.¹⁴⁷⁵ Le fait que certaines mesures attentatoires aux libertés individuelles ne pouvaient être ordonnées ou accomplies que par le juge devait permettre d'empêcher les abus de l'exécutif.¹⁴⁷⁶ La compétence du juge dans l'avant-procès correspondait donc à une certaine protection juridique en amont de l'action du ministère public et de la police pour éviter tout abus de pouvoir.¹⁴⁷⁷ La réception de l'instruction préparatoire dans le RStPO fut majoritairement justifiée par le fait que lors de procédures plus importantes – pour lesquelles il était prévu l'ouverture d'une instruction –, il était plus judicieux de recourir directement à un juge.¹⁴⁷⁸ En effet, même si l'on avait laissé au procureur des pouvoirs d'investigation hors cas de flagrance, ce dernier aurait été de toute façon tenu de recourir le plus souvent au juge, pour que celui-ci autorise certaines mesures d'investigation attentatoires aux libertés individuelles. Mieux valait donc charger ici directement un magistrat du siège de ces missions d'autant plus que la personne soupçonnée, souvent très méfiante envers les autorités de

¹⁴⁷³ *Ibid.*

¹⁴⁷⁴ Si la Paulskirchenverfassung (appelée égal. la « *Constitution de Francfort* ») de 1848, prévoyait déjà la compétence du juge dans son art. 138 al. 2 pour les détentions ainsi que dans son art. 140 al. 2, n° 1 concernant les perquisitions de domiciles, ce principe n'eut d'abord qu'une portée théorique car cette Constitution ne fut jamais appliquée, TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 55 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, *op. cit.*, p. 43 et s.

¹⁴⁷⁵ TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 57-59 ; NELLES, Ursula, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung*, *op. cit.*, p. 48 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, *op. cit.*, p. 45-47, 83 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 111-112.

¹⁴⁷⁶ V. réf. en n. 1475.

¹⁴⁷⁷ V. réf. en n. 1240.

¹⁴⁷⁸ PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 10 ; FEZER, Gerhard, « Richterliche Kontrolle der Ermittlungstätigkeit vor Anklageerhebung », dans *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, 1978 (abrégé *GS-Schröder*, 1978), p. 409.

poursuite à la suite des nombreuses mesures arbitraires lancées et conduites par l'exécutif policier à cette époque,¹⁴⁷⁹ accordait manifestement une plus grande confiance à cette institution en grande partie indépendante de l'exécutif et respectueuse de la loi.¹⁴⁸⁰ La compétence de principe du juge dans l'avant-procès était également la règle pour les §§ 98 (saisie), 100 (saisie de courrier), 105 al. 1 (perquisition), 110 (examen des documents saisis), 114, 124, 125, 128 (détention) RStPO.¹⁴⁸¹ Mais ces dispositions prévoyaient toutes également une compétence dérogatoire du procureur en cas d'urgence.¹⁴⁸² Et les magistrats de la Cour de justice impériale amplifièrent la portée de ce tempérament en laissant à la discrétion du ministère public le soin d'apprécier de l'urgence dans le cas d'espèce au motif que seul celui-ci était en mesure d'évaluer si la perte de temps résultant du recours au juge était susceptible de mettre en danger l'effectivité de la mesure envisagée.¹⁴⁸³ À cela s'ajoute que l'instruction fut dès le départ limitée aux infractions d'une certaine gravité (v. § 176 StPO [1879]).¹⁴⁸⁴ Pourtant, et davantage encore aujourd'hui, la compétence du juge offre d'autant plus de protections pour l'équité du procès que le statut d'indépendance des juges est, contrairement à celui des procureurs, désormais pleinement garanti constitutionnellement (art. 97 al. 1 et 2 GG).¹⁴⁸⁵

242. Cette séparation des fonctions peut se révéler avantageuse à deux égards.¹⁴⁸⁶ Si l'on s'en tient d'abord à une perspective purement technique, elle tend à favoriser une spécialisation bénéfique des acteurs en question.¹⁴⁸⁷ De fait, les intervenants se forment une expérience dans un domaine spécifique et restreint ce qui leur permet d'accroître leur connaissances et d'acquérir plus d'assurance dans l'exercice de cette tâche, les actes de

¹⁴⁷⁹ V. à ce sujet not. RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht*, op. cit., p. 45 et 78 et ses nombreuses références aux documents parlementaires de l'époque.

¹⁴⁸⁰ PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, op. cit., p. 10 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht*, op. cit., p. 78 ; FEZER, Gerhard, « Richterliche Kontrolle der Ermittlungstätigkeit vor Anklageerhebung », dans *GS-Schröder*, 1978, art. cit., p. 409.

¹⁴⁸¹ RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht*, op. cit., p. 46 ainsi que ses références historiques exhaustives.

¹⁴⁸² TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, op. cit., p. 55 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht*, op. cit., p. 46.

¹⁴⁸³ RG, déc. du 01.12.1892 – 3441/92 – (RGSt 23, 334-335) consultable sur la base de données *Juris*.

¹⁴⁸⁴ PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, op. cit., p. 10 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, op. cit., p. 49.

¹⁴⁸⁵ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 85, n° 109.

¹⁴⁸⁶ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 42, n° 14.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*

procédures pouvant alors gagner en qualité.¹⁴⁸⁸ En effet, l'efficacité d'un acteur particulier peut être diluée si celui-ci se trouve débordé par la diversité des missions à accomplir : nombreux sont ceux qui reprochent par exemple à ce propos au juge des libertés et de la détention et au juge de l'enquête allemand de ne pas être assez spécialisés en droit pénal, ceux-ci étant trop souvent distraits par d'autres fonctions civiles et ne restant pas assez longtemps en poste.¹⁴⁸⁹ Un procureur interrogé pour les besoins de cette thèse indiqua justement à ce propos qu'il considérait que les parquetiers et les juges d'instruction se complétaient parfaitement. Leur angle d'approche différent permettait un meilleur traitement de l'affaire. Le magistrat instructeur, en charge de moins de dossiers et de la seule fonction d'enquête pouvait livrer un travail de fond plus approfondi et minutieux, tandis que le procureur, auquel il incombe de nombreuses missions, devait avant tout gérer la masse délictuelle et avait de ce fait une vision nécessairement plus généraliste d'un cas donné. Cela présentait néanmoins l'avantage du recul lorsqu'il s'agissait d'analyser le dossier d'instruction pour décider des suites à accorder à l'affaire. Interrogé sur la suppression du juge d'instruction, il y voyait le risque de multiplier encore la charge de travail déjà très lourde des procureurs au détriment de la qualité des enquêtes dans les affaires complexes. Les juges d'instruction ajoutèrent de leur côté que les instructions étaient effectivement généralement plus complètes et approfondies. En conséquence, il n'était pas rare qu'un président de tribunal demande une instruction pour approfondir certaines conclusions d'enquête restées trop superficielles lors de l'audience. Toutefois, il ne s'agit là pas non plus de vider une profession de son sens en lui retirant artificiellement des missions essentielles à la conduite de sa fonction première, d'autres voyant bien plus ici le problème principal du juge de l'enquête et du juge des libertés et de la détention : faute de s'occuper des investigations, ceux-ci n'auraient qu'une connaissance lacunaire des dossiers qui ne leur permettrait pas de s'investir convenablement dans leur mission.¹⁴⁹⁰ Comme souvent, il conviendra alors de trouver le bon équilibre entre les deux extrêmes.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*

¹⁴⁸⁹ LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 9-10, n° 1 ; FUHRMANN, Hans, « Befugnisse des Amtsrichters bei der Prüfung eines Antrages der StA auf Vernehmung des Beschuldigten », *JR*, 1965, *art. cit.*, p. 254.

¹⁴⁹⁰ Le juge de l'enquête allemand n'étant plus en charge de l'enquête, il n'a souvent qu'une connaissance lacunaire du dossier qui lui a valu d'être comparé de manière quelque peu exacerbée par un journaliste allemand au « caissier d'un théâtre qui autorise l'entrée dans la salle sans connaître le contenu de la représentation », v. ASBROCK, Bernd, « "Zum Mythos des Richtervorbehalts" als wirksames Kontrollinstrument im Zusammenhang mit

243. Si l'on considère dans un second temps le principe de séparation des fonctions sous un angle politique, c'est aussi la protection des libertés individuelles qui gagne en efficacité.¹⁴⁹¹ Ainsi, comme évoqué plus haut, les excès de l'un dans l'exercice de sa fonction ont-ils une chance d'être compensés par l'intervention prudente de l'autre et vice versa.¹⁴⁹² Dans le cas spécifique du juge de l'enquête qui décide de certaines mesures coercitives sur requête du procureur et dans le cas de la détention du juge d'instruction, le double regard exercé par un magistrat extérieur à l'enquête profite à la personne soupçonnée qui bénéficie d'un contrôle supplémentaire et extérieur.¹⁴⁹³ Cela ne vaut certes pas pour le magistrat instructeur qui, une fois saisi par le procureur, mène les investigations sous sa seule responsabilité. Toutefois, l'ampleur des pouvoirs respectifs se trouve là aussi limitée (l'initiative, l'interventionnisme au nom de l'intérêt général étant réservé au ministère public) par l'intervention d'un autre acteur et le danger d'une partialité fonctionnelle (telle qu'elle avait régulièrement lieu chez le juge inquisiteur) est minoré.¹⁴⁹⁴ Le juge n'intervenant pas sur sa propre initiative, il est perçu par la personne poursuivie comme une personne tierce extérieure à sa situation, dépourvue d'intérêt direct dans l'ordonnance d'une mesure coercitive à son égard et de ce fait plus impartiale.¹⁴⁹⁵ Le procureur, qui dans sa décision de déclencher les poursuites manifeste d'ores et déjà des éléments de suspicion envers la personne concernée, a un intérêt direct à la prise de certains actes coercitifs au regard de l'avancée de son enquête mais aussi de sa mission de rétablir la paix sociale en présentant un « *coupable* » et ne sera pas en mesure

besonderen polizeilichen Eingriffsbefugnissen », *KritV*, vol. 80, n° 3, 1997, p. 260, qui rapporte ici cette anecdote. GLEß, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et al. (éd.), *Opinio doctorum*, art. cit., p. 212, qui revient ici en français sur ce « *talon d'Achille* » du juge de l'enquête allemand ; v. pour des critiques similaires cette fois-ci à l'égard du juge des libertés et de la détention LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, art. cit., p. 10, n° 5.

¹⁴⁹¹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 42, n° 14.

¹⁴⁹² *Ibid.*

¹⁴⁹³ RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 421 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 164-165 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 113 ; LIN, Yu-hsiung, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op. cit., p. 234-235 ; PRADEL, Jean, « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *Rec. Dal.*, n° 1, 2001, p. 1 ; LAZERGES, Christine, « Rapport sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », n° 1468, 1999, *rap. préc.*, p. 127. LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, art. cit., p. 9-10, n° 1 ; LAZERGES, Christine, « Histoire d'une navette parlementaire », *Rev. sc. crim.*, 1-2001, art. cit., p. 18 et s. ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, op. cit., p. 36, n° 27.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*

¹⁴⁹⁵ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 41-42, n° 47 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 165.

d'inspirer au destinataire de l'acte adopté la même confiance que le juge.¹⁴⁹⁶ Il convient ici de préciser qu'il ne s'agit pas de remettre en question la qualité du travail des procureurs qui n'est ici nullement critiquée, le problème tenant plus à l'aspect fonctionnel de l'institution.¹⁴⁹⁷ Mais, tout comme le cumul de fonctions nuisait à l'impartialité du juge inquisiteur en son temps, il ne serait pas plus raisonnable d'accorder au procureur à côté des fonctions de poursuite et en partie d'enquête la responsabilité de décider des actes coercitifs pouvant influencer ses deux premières missions.¹⁴⁹⁸ En charge au nom de l'intérêt général des poursuites, il n'est en ce sens pas l'organe le plus approprié pour garantir efficacement les libertés individuelles de celui qui a troublé l'ordre social. La crainte que le procureur privilégie alors l'efficacité de son enquête au détriment des libertés et/ou soit influencé par les lignes directrices d'une politique pénale gouvernementale est justifiée, tandis qu'elle sera inexistante chez le juge des libertés et de la détention et le juge de l'enquête¹⁴⁹⁹ ou du moins significativement réduite dans le cas du magistrat instructeur qui n'est pas soumis à une pression hiérarchique ou des chiffres ou directives particulières de l'exécutif.¹⁵⁰⁰ Cela fut également confirmé par les praticiens interrogés, les parquetiers ayant eux-mêmes tous constaté une grande pression hiérarchique tandis que les juges d'instruction agissaient librement et n'étaient en particulier pas tenus aux dérives sécuritaires du pouvoir politique observées ces dernières années. Dans cette optique politique chère à Montesquieu, la séparation des fonctions judiciaires est à la procédure pénale ce que la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est au droit public.¹⁵⁰¹ Il est sous cet angle facile de comprendre la résonance très positive du dogme de la séparation des fonctions auprès du législateur du Code d'instruction criminelle, soucieux de préserver les libertés de l'individu.¹⁵⁰² Si ce principe a une portée aujourd'hui réduite avec la diminution quantitative du nombre

¹⁴⁹⁶ SANDERMANN, Almut, « *Waffengleichheit* » im Strafprozeß, *op. cit.*, p. 124 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 113-114 ; LIN, Yu-hsiung, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, *op. cit.*, p. 243-244.

¹⁴⁹⁷ En ce sens égal. PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 179-180.

¹⁴⁹⁸ HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, *op. cit.*, p. 526, n° 450.

¹⁴⁹⁹ LIN, Yu-hsiung, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, *op. cit.*, p. 242, 243 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 165 ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, *op. cit.*, p. 37, n° 27.

¹⁵⁰⁰ HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, *op. cit.*, p. 526, n° 450.

¹⁵⁰¹ ROYER, Jean-Pierre et al., *Histoire de la justice en France (2010)*, *op. cit.*, p. 275-276, n° 148 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 42-43, n° 14.

¹⁵⁰² PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 42-43, n° 14.

d'instructions en France (ainsi, même s'il s'agit ici des affaires les plus graves, raison pour laquelle ce cadre reste qualitativement important, l'instruction ne représentait en 2017 que 2,85 % des affaires poursuivies)¹⁵⁰³ et son abolition en Allemagne accompagnées par la montée en puissance corrélative du procureur, désormais à l'image du juge pareillement soumis à la loi,¹⁵⁰⁴ la nécessité de maintenir l'intervention d'acteurs différents pour les diverses fonctions au stade de l'avant-procès perdure notamment pour les mesures fortement coercitives. Ce principe n'est-il d'ailleurs pas la raison de l'apparition du juge des libertés et de la détention aux côtés du magistrat instructeur ? En effet, sa seule fonction d'enquête pouvait le placer dans une situation psychologique parfois similaire à celle du procureur.¹⁵⁰⁵ De fait, sans être soumis comme ce dernier à une pression « *des chiffres* » ou à une politique pénale particulière, il avait été constaté que la fonction d'investigation était à elle seule en mesure de pervertir son jugement pour décider des mesures de détention.¹⁵⁰⁶ C'est ici pour éviter ce cumul fonctionnel pouvant potentiellement entacher l'impartialité du magistrat que cette prérogative lui a été retirée et confiée au juge des libertés et de la détention qui décidera loin de tout parti pris lié à la recherche des preuves.¹⁵⁰⁷ Autant dire que les risques d'impartialité sont multipliés chez le procureur qui, à côté de l'enquête, est aussi le responsable des poursuites et plus tard, de l'accusation. L'idée de séparation fonctionnelle ne vaut donc pas uniquement pour le procureur et a toujours un sens capital aujourd'hui.

¹⁵⁰³ V. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p 14. V. pour plus de détails à ce sujet égal. n. 1638 de cette thèse.

¹⁵⁰⁴ Se rapporter ici à ce sujet pour la France not. aux n° 185, p. 199 et concernant l'Allemagne aux n° 196, p. 207 de cette thèse.

¹⁵⁰⁵ La revue satirique *l'assiette au beurre* illustre parfaitement les travers dans lesquels peuvent se retrouver les personnes en charge de l'enquête. Dans un n° de sept. 1906 deux caricatures de Radiguet en font la démonstration : dans la première, deux personnages : un procureur et un juge d'instruction. Le premier dit au second : « *Enfin, communiquez quelque chose à la Presse !* ». Le second rétorque : « *Mais l'instruction est secrète !* ». Le parquetier a le dernier mot : « *L'instruction est secrète pour les accusés, c'est vrai ! Mais, pour vous, elle n'est secrète que si vous n'avez rien à dire !* ». La seconde caricature met également en scène deux personnages, mais il s'agit cette fois d'un juge d'instruction et d'un gendarme : « *Arrêter quelqu'un, nom de Dieu ! Arrêtez n'importe qui ! J'en ai assez, à la fin, d'être engueulé tous les jours dans les journaux !* », v. à ce sujet « *Faits divers* », *L'Assiette au beurre*, n° 284, 8 septembre 1906, p. 1223, 1222 ; CHAUVAUD, Frédéric, « *Glacial, débonnaire et ambitieux, les représentations brouillées du juge d'instruction (1830-1930)* », dans J.-C. Farcy et al. (éd.), *Le JI : approches historiques*, art. cit., p. 88. Dans un autre n°, manifestement deux juges d'instruction discutent ensemble de leur profession. Le plus expérimenté donne le conseil suivant à son collègue : « *Vous êtes jeune, cher collègue !... Si cet homme est innocent, mettez-le en liberté provisoire : c'est un moyen admirable que nous avons pour satisfaire l'opinion publique... sans nous compromettre.* », v. « *Les gaietés de l'instruction* » *L'Assiette au beurre*, n° 391, 26.09.1908, art. cit., p. 419.

¹⁵⁰⁶ DORSNER-DOLIVET, Annick, « Les dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant les garanties judiciaires en matière de détention provisoire, chron. 39 », *Dr. pén.*, n° 12, 2000, sous I, A (juste avant B).

¹⁵⁰⁷ LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, op. cit., p. 37, n° 27.

244. Les mêmes considérations valent au niveau allemand, où il n'est pas permis au juge de l'enquête d'intervenir sur sa propre initiative à l'exception des cas marginaux d'urgence prévus par le § 165 StPO.¹⁵⁰⁸ Cela lui permet de prendre une décision en tant qu'instance neutre et non impliquée ni dans les poursuites, ni dans l'enquête et entièrement libre de toutes directives.¹⁵⁰⁹ La personne concernée profite alors d'un double-regard.¹⁵¹⁰ Tout en reconnaissant l'importance de la compétence du juge au regard du principe de la séparation des pouvoirs, certains auteurs allemands trouvent à cet égard trompeuse l'utilisation du terme « *de contrôle des autorités de poursuite* », puisque le juge ne contrôlerait pas à proprement parler l'activité antérieure du procureur à sa demande.¹⁵¹¹ L'intervention du juge se serait au départ bien plus développée comme une compétence originaire d'ordonnance du juge de la mesure.¹⁵¹² Ces avis laissent néanmoins de côté le fait que le juge vérifie la légitimité de la mesure du procureur et en ce sens la contrôle (§ 162 al. 2 StPO).¹⁵¹³ En effet, le fait que le procureur demande l'ordonnance d'un acte d'investigation implique qu'il pense lui-même que cette requête est justifiée et légitime ; dans le cas contraire, il n'en aurait pas fait la demande ; et c'est cette appréciation du procureur que le juge contrôlera.¹⁵¹⁴ Toujours aujourd'hui, la responsabilité pour l'ordonnance d'un acte procédural attentatoire est partagée entre le pouvoir judiciaire (le juge établissant à la fin la légitimité de l'acte) et le pouvoir exécutif (le ministère public demandant une mesure au juge qu'il estime légitime).¹⁵¹⁵ C'est la raison pour laquelle la Cour fédérale constitutionnelle souligne toujours l'importance de ce dernier point, en rappelant régulièrement que le juge est, en raison de son indépendance matérielle et personnelle de même que de sa stricte soumission à la loi selon

¹⁵⁰⁸ OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, art. cit., p. 1065 ; PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, op. cit., p. 20.

¹⁵⁰⁹ BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 113 ; HÜLS, Silke, « Der Richtervorbehalt », *ZIS*, 4-2009, art. cit., p. 161.

¹⁵¹⁰ BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 113 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit. ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 164-165.

¹⁵¹¹ LIN, Yu-hsiung, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op. cit., p. 217 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 419.

¹⁵¹² V. réf. n. 1511.

¹⁵¹³ En ce sens not. BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 113.

¹⁵¹⁴ *Ibid.*

¹⁵¹⁵ WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 167-168 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 112 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 420-421.

l'art. 97 al. 1 GG, l'acteur le plus approprié pour protéger les droits des personnes concernées par des mesures coercitives.¹⁵¹⁶

§ 2. La compétence du juge *a priori* : une protection des libertés individuelles préventive et compensatoire

245. À côté du contrôle du procureur, l'autorisation judiciaire *a priori* est également mieux adaptée pour garantir une véritable protection des libertés individuelles en amont et compenser les déséquilibres structurels entre le procureur et les personnes concernées par des mesures de contraintes.¹⁵¹⁷ Elle est même décrite par certains comme la « *voie royale* » pour une protection des libertés en procédure pénale.¹⁵¹⁸ Mais que vient ici justifier exactement l'intervention du juge dans l'avant-procès ?

246. La gravité de l'atteinte aux libertés individuelles contribue tout d'abord très certainement à exiger que le contrôle par le juge ne soit pas seulement possible *a posteriori* mais ait lieu déjà en amont de la mesure afin qu'une mesure d'investigation illégale et ses conséquences dévastatrices puissent être évitées ou du moins compensées par un contrôle *a priori* du juge.¹⁵¹⁹ Ainsi du côté français, l'article préliminaire (modifié en ce sens par la loi du

¹⁵¹⁶ V. not. BVerfG, déc. du 22.01.2002 - 2 BvR 1473/01, reproduite dans *NJW*, 2002, p. 1333-1334, ici spé. p. 1334 ou BVerfG, déc. du 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 1121-1125, ici spéc. p. 1122: „Der Richtervorbehalt zielt auf eine vorbeugende Kontrolle durch eine unabhängige und neutrale Instanz ab. Das Grundgesetz geht davon aus, dass Richter auf Grund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz (Art 97 GG) die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren können.“ (« La compétence du juge [dans l'avant-procès] vise à permettre un contrôle préventif par le biais d'une instance indépendante et neutre. La loi fondamentale (art. 97 GG) estime que les juges, en raison de leur indépendance personnelle et fonctionnelle de même que de leur seule soumission à la loi, sont les plus appropriés pour garantir au mieux les droits de la personne concernée. »)

¹⁵¹⁷ V. p. ex. BVerfG, déc. du 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 1121-1125, ici spéc. p. 1122 ; BVerfG, déc. du 22.01.2002 - 2 BvR 1473/01, reproduite dans *NJW*, 2002, p. 1333-1334. V. égal. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 268, n° 409 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 165 et s. ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, op. cit., p. 59 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 114 et s. ; GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der Richtervorbehalte nach § 100b StPO », *GA*, 2003, p. 672-673 et 676.

¹⁵¹⁸ Selon la formule allemande „Königsweg“ de KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 268, n° 409.

¹⁵¹⁹ Du côté germanique, v. not. BVerfG, *NJW*, 2001, p. 1122 (réf. exactes en n. 1517) ; BVerfG, déc. du 04.03.2008 - 2 BvR 103/04, consultable sur *Juris* ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 166 ; GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, art. cit., p. 674 ; SCHNARR, Karl Heinz, « Z. Verknüpfung v. RV, staatsanwaltlicher Eilanordnung u. richterlicher Bestätigung », *NStZ*, 5-1991, art. cit., p. 210 ; MARZAHN, Thomas, « Ein kritischer Blick auf das Recht der Untersuchungshaft. Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 24.1.2008 - 2 BvR 1661/06 », *ZfS*, n° 4, 2008, p. 377. Du côté français, v. not. CC, déc n° 92-307 DC du 25.02.1992 - I. portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, ici spéc. considérant n° 13 ; RENOUX, Thierry Serge, « Comm. de la déc. du CC n° 93-326 DC du 11.08.1993 », *RFD Const.*, n° 16, 1993, p. 849 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 275, n° 388 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 308, n° 364.

15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes) énonce-t-il que « les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles 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 ». Et si le Conseil Constitutionnel estime que l'autorité judiciaire « comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet »¹⁵²⁰, il établit une gradation entre le rôle de chacun.¹⁵²¹ En ce sens il précise en effet que « dans l'exercice de sa compétence, le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures touchant à la liberté individuelle ».¹⁵²² En d'autres termes, il existe, au sein de l'autorité judiciaire, une « répartition constitutionnelle des attributions directement en fonction du degré de sévérité de l'atteinte à la liberté de l'individu ».¹⁵²³ Dans ce sens, « si l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet, l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de 48 heures ».¹⁵²⁴ Cette gradation sera observée aussi dans le domaine des mesures attentatoires à la vie privée.¹⁵²⁵ De fait, seul un magistrat du siège (juge d'instruction ou juge des libertés et de la détention) pourra décider de saisies et perquisitions et en contrôler le déroulement¹⁵²⁶ tandis que le Conseil constitutionnel a admis que l'autorisation puisse émaner d'un magistrat du parquet pour des atteintes de moindre gravité¹⁵²⁷. Du côté allemand, la Cour fédérale constitutionnelle, suivie par une partie de la doctrine, associe elle aussi la nécessité de l'intervention du juge dans l'avant-procès à la

¹⁵²⁰ V. p. ex. CC, déc. n° 93-326 DC du 11.08.1993 – L. modifiant la l. n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du CPP, ici spéc. considérant n° 5 ou CC, déc. n° 2002-461 DC du 29.08.2002 – L. d'orientation et de programmation pour la justice, ici spéc. considérant n° 74.

¹⁵²¹ RENOUX, Thierry Serge, « CC n° 93-326 DC, comm. », *RFD Const.*, 16-1993, *art. cit.*, p. 849 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 275, n° 388 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 266, n° 346.

¹⁵²² CC, déc. n° 92-307 DC du 25.02.1992 – L. portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 modifiée rel. aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, ici spéc. cons. n° 13.

¹⁵²³ RENOUX, Thierry Serge, « CC n° 93-326 DC, comm. », *RFD Const.*, 16-1993, *art. cit.*, p. 849.

¹⁵²⁴ CC, déc. n° 2010-80 (QPC) du 17.12.2010 - M. Michel F. [Mise à la disposition de la justice], ici spéc. considérant n° 11.

¹⁵²⁵ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 266 et 285-286, n° 346 et 356 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 284 et s., n° 402 et s.

¹⁵²⁶ CC, déc. n° 84-184 DC du 29.12.1984 – L. de finances pour 1985, ici spéc. cons. n° 34 ; CC, déc. n° 2004-492 DC du 02.03.2004 – L. portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, ici spéc. cons. n° 6.

¹⁵²⁷ CC, déc. n° 97-389 DC du 22.04.1997 – L. portant diverses dispositions rel. à l'immigration, cons. n° 59 et s. ; CC, déc. n° 2014-693 DC du 25.03.2014 – L. rel. à la géolocalisation, ici spéc. cons. n° 16 et 17.

gravité de l'atteinte portée au droit du destinataire de la mesure.¹⁵²⁸ Et, en effet, lorsque l'on considère l'impact que peut avoir une mesure comme par exemple la détention provisoire sur la position sociale d'une personne, telle la perte de son travail, les tensions familiales engendrées qui peuvent aller dans les cas les plus graves jusqu'à la rupture ou la mort de proches, qui, dépassés par les événements succombent à la pression sociale,¹⁵²⁹ aucune annulation de l'acte *a posteriori*, aucune réparation ne sera en mesure de replacer l'individu dans sa situation sociale d'avant détention.¹⁵³⁰ Les conséquences directes et indirectes de la mesure de même que le mal déjà survenus ne pourront être éliminés et la personne concernée pourra tout au plus apprendre à vivre avec.¹⁵³¹ On ne saurait ici parler d'un contrôle judiciaire efficace à partir du moment où il est trop tard.¹⁵³² Au vu des conséquences dévastatrices menaçant dans le cas des mesures coercitives les plus graves, une intervention impartiale, efficace et préalable du juge offrira à la personne concernée un second contrôle

¹⁵²⁸ Du côté germanique, v. not. BVerfG, *NJW*, 2001, p. 1122 (réf. exactes en n. 1517) ; BVerfG, déc. du 04.03.2008 – 2 BvR 103/04, consultable sur *Juris* ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 166 ; GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 674 ; SCHNARR, Karl Heinz, « Z. Verknüpfung v. RV, staatsanwaltlicher Eilanordnung u. richterlicher Bestätigung », *NStZ*, 5-1991, *art. cit.*, p. 210 ; MARZAHN, Thomas, « Ein kritischer Blick auf das Recht der UH », *ZJS*, 4-2008, *art. cit.*, p. 377 ; OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, *art. cit.*, p. 1063.

¹⁵²⁹ V. p. ex. ici les conséquences dramatiques de la détention provisoire dans les affaires d'Outreau ou de Worms évoquées préc. (n° 87, p. 94 de cette thèse). Dans l'affaire d'Outreau (v. résumé n. 27 p. 8 de cette thèse) deux personnes injustement placées en détention provisoire se sont suicidées (v. réf. en n. 526, p. 93 de cette thèse). Dans l'aff. Worms du côté all., les conséquences furent tout aussi dramatiques pour les enfants et les personnes accusées à tort : une grand-mère de 70 ans mourut des suites d'un infarctus en détention provisoire et les autres suspects passèrent jusqu'à 21 mois en détention. Plusieurs mariages se brisèrent, l'existence sociale des personnes soupçonnées fut entièrement détruite et certaines furent également ruinées par les frais d'avocat. Les enfants grandirent en grande partie en foyer. Certains retournèrent après les procès progressivement chez leurs parents. Un enfant devint diabétique et mourut quelques jours après sa sortie du foyer. D'autres enfants rejetèrent entièrement leurs parents et refusèrent de retourner vivre chez eux. La justice établit par la suite que ces enfants avaient été montés volontairement contre leurs parents par le propriétaire du foyer qui avait par la suite abusé d'eux sexuellement (v. réf. en n. 527, p. 93 de cette thèse).

¹⁵³⁰ V. p. ex. BVerfG, déc. du 24.04.1974 - 2 BvR 236, 245, 308/74 (*BVerfGE* 37, 150), reproduite dans *NJW*, 1974, p. 1079-1080 selon laquelle il existe une obligation constitutionnelle d'éviter *a priori* l'accomplissement de faits irrémédiables : „Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern gibt dem Bürger einen Anspruch auf tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle. Aus dieser grundgesetzlichen Garantie folgt zugleich das Verfassungsgebot, soweit als möglich zu verhindern, daß durch die sofortige Vollziehung einer hoheitlichen Maßnahme, von dem Gewicht etwa einer Arreststrafe, Tatsachen geschaffen werden, die auch dann, wenn sie sich bei richterlicher Prüfung als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können“; dans ce sens égal. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 284-285, n° 402 à propos des mesures attentatoires à la vie privée ; PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 132-133.

¹⁵³¹ Dans ce sens égal. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 284-285, n° 402.

¹⁵³² JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 231.

par une personne extérieure à l'accusation et est en ce sens impératif.¹⁵³³ En outre, concernant les mesures privatives de liberté qui par leurs effets sur la personne concernée s'approchent de la sanction pénale (même si elles ne lui sont pas assimilables en raison de leurs objectifs différents)¹⁵³⁴ et sont le plus souvent perçues par la personne concernée, qui les assimile à une anticipation sur le jugement futur, comme une atteinte à la présomption d'innocence,¹⁵³⁵ l'intervention du juge en amont comme tierce personne au procès et donc impartial est assurément une limite nécessaire pour que ce principe ne soit pas vidé de sa substance.¹⁵³⁶

247. Si la gravité est une explication évidente de la compétence du juge dans le cas d'une privation de liberté, il est loin d'en être de même pour tous les actes d'instruction concernés par ce mécanisme, raison pour laquelle une partie de la doctrine allemande recherche le sens de l'intervention du juge ailleurs.¹⁵³⁷ Elle se base ici entre autres sur l'énoncé de l'art. 13 GG (droit à un foyer, inviolabilité du domicile) qui démontre qu'il ne s'agit pas uniquement, concernant la compétence du juge de l'enquête, de tenir compte de la gravité de la mesure

¹⁵³³ Dans ce sens not. CC, déc. n° 84-184 DC du 29.12.1984 – L. de finances pour 1985, ici spéc. considérant n° 34 ; CC, déc. n° 2004-492 DC du 02.03.2004 – L. portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, ici spéc. considérant n° 6 ; BVerfG NJW, 2001, p. 1121 (réf. exactes en n. 1517) selon laquelle l'autorisation *a priori* du juge doit être considérée comme une compensation pour des atteintes graves aux libertés individuelles ; PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 132-133 et 155 ; SCHNARR, Karl Heinz, « Z. Verknüpfung v. RV, staatsanwaltlicher Eilanordnung u. richterlicher Bestätigung », *NStZ*, 5-1991, *art. cit.*, p. 210 ; GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 673-674 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 166 ; OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, *art. cit.*, p. 1063 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 284-285, qui parle ici d'élargir l'accès au juge en instituant un contrôle automatique *a priori*.

¹⁵³⁴ V. à ce propos les développements n° 100 et s., p. 104 et s. de cette thèse.

¹⁵³⁵ BVerfG, NJW, 1966, p. 243-244 (v. réf. exactes en n. 592) ; RZEPKA, Dorothea, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren*, *op. cit.*, p. 375-376 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 147 ; d'avis contraire : MEYER, Karlheinz, « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans *FS-Tröndle*, 1989, *art. cit.*, p. 68.

¹⁵³⁶ V. dans ce sens BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 147 qui va toutefois trop loin en en tirant une obligation constitutionnelle pour le législateur. En effet, cela la pousse à considérer les mesures de sûreté comme des sanctions de fait pour pouvoir appliquer la jurisprudence qui prévoit qu'une peine pénale ne peut être décidée que par un juge. Or, une telle opinion mènerait à une impossibilité de fait de prendre des mesures de sûreté à cause d'une atteinte à la présomption d'innocence. Par ailleurs assimiler les mesures de sûreté à une sanction pénale pose problème puisqu'elles suivent des objectifs entièrement différents. V. à ce propos not. WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 118 et s. et p. 198. Se rapporter égal. sur cette question aux développements n° 100 et s., p. 104 et s. de cette thèse.

¹⁵³⁷ GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 673 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 169-170 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 116-117 ; OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, *art. cit.*, p. 1065 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 68-69.

en cause.¹⁵³⁸ Bien plus l'aspect préventif ou répressif entre également en considération dans les al. 3 et 4 de cette disposition.¹⁵³⁹ De fait, dans le cas de poursuites pénales, ne sont pas autorisées, concernant les lieux d'habitation, l'intégralité des mesures de surveillance : seules celles d'écoute sont permises sur autorisation préalable du juge (art. 13 al. 3 GG). En revanche, dans l'hypothèse de mesures préventives de surveillance, ces restrictions sont moindres : les actes envisagés demeurent certes également soumis au contrôle préalable du juge, il ne s'agit alors toutefois que d'une compétence de principe largement dérogeable en cas de danger imminent et l'ensemble des techniques de surveillance sont autorisées sans être cantonnées aux seules mesures acoustiques (art. 13 al. 4 GG). La gravité et l'ampleur de l'atteinte restant, dans ces deux constellations, identiques, les distinctions de traitement ne peuvent s'expliquer que par les objectifs différents poursuivis par l'acte en question.¹⁵⁴⁰ Cette problématique, également présente en France, revêt même une importance toute particulière en raison de son actualité alors que les mesures principales de l'état d'urgence, décrété depuis le 14 novembre 2015 en application de l'art. 1 de la loi du 3 avril 1955 ont été dernièrement pérennisées dans le droit permanent à la suite de l'adoption de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 et confèrent au ministre de l'intérieur et aux préfets le pouvoir d'ordonner, dans certaines conditions, des perquisitions administratives, sans autorisation d'un magistrat.¹⁵⁴¹ Là aussi, l'impact direct de la mesure sur son destinataire sera la même qu'elle soit prise à des fins préventives ou répressives.

248. Certains avancent à cet égard qu'il s'agirait de compenser le droit du destinataire de l'acte coercitif à être entendu sur les faits juridiques le concernant protégé par l'art. 103 al. 1 GG.¹⁵⁴² La compétence du juge permettrait en l'espèce un contrôle préventif de la mesure de

¹⁵³⁸ V. réf. en n. 1537.

¹⁵³⁹ V. réf. en n. 1537.

¹⁵⁴⁰ V. réf. en n. 1537.

¹⁵⁴¹ V. à ce sujet p. ex. l'avis contentieux du CE du 06.07.2016, M.E... et al., M.H... et al., n° 398234 et 399135 qui précise les conditions de légalité de ces mesures de même que le régime d'indemnisation applicable. Pour un comm. de cette l. qui contourne à notre sens dangereusement le droit pénal et la compétence du juge judiciaire, se rapporter not. à MATSOPOULOU, Haritini, « La transposition dans le droit permanent des principales mesures de l'état d'urgence. À propos de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme - Et. 1268 », *JCP G*, n° 48, novembre 2017, p. 2177-2183 ; RASCHEL, Evan, « La sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme entre cadence et décadence : commentaire de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 - Et. », *Dr. Pén.*, n° 12, 2017.

¹⁵⁴² V. en ce sens not. ASBROCK, Bernd, « Der Richtervorbehalt - prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? », *ZRP*, n° 1, 1998, p. 17 ; KINTZI, Heinrich, « Die Tätigkeit des Ermittlungsrichters im Ermittlungsverfahren und Richtervorbehalt », *DRiZ*, n° 3, 2004, p. 83 ; HILGER, Hans, « Über den „Richtervorbehalt“ im EV », dans *GS-Karlheinz Meyer*, 1990, *art. cit.*, p. 221.

poursuite à travers le juge, instance neutre et indépendante.¹⁵⁴³ Mais cet argumentaire apparaît compromis si l'on considère que le droit à être entendu ne vaut principalement que devant le tribunal et non lors de la phase préliminaire au procès.¹⁵⁴⁴

249. D'autres s'appuient sur les spécificités des actes placés sous la compétence du juge pour en définir le sens.¹⁵⁴⁵ En effet, les atteintes aux libertés individuelles en procédure pénale prennent, en règle générale, les destinataires par surprise pour empêcher que ces derniers, en connaissance de la mesure dirigée contre eux, ne détruisent ou effacent des éléments de preuves.¹⁵⁴⁶ En conséquence, dans le cas des mesures attentatoires aux libertés individuelles secrètes, la personne concernée n'aura pas la possibilité d'empêcher l'accomplissement de l'acte ordonné, pas plus qu'elle ne pourra être entendue sur la question puisqu'elle n'en aura connaissance tout au plus qu'*a posteriori* ; elle sera donc régulièrement placée devant le fait accompli.¹⁵⁴⁷ Il ne lui reste alors plus que la possibilité de demander un contrôle judiciaire *a posteriori* pas toujours adapté, comme indiqué ci-dessus, pour rétablir le *statu quo ante*.¹⁵⁴⁸ Il s'agirait ici alors de compenser l'impossibilité de bénéficier d'une protection juridique effective en temps opportun et de rétablir les chances pour un procès équitable.¹⁵⁴⁹ Ce point gagne en importance lorsque l'on considère qu'il est même fort possible que le destinataire d'une mesure secrète d'investigation (tels, par exemple, les enquêteurs sous couverture) qui n'en apprendra jamais l'existence, ne sera alors, du fait de son ignorance, jamais en mesure de faire contrôler la mesure et ce même *a posteriori*.¹⁵⁵⁰

250. Et pourtant, la gravité de l'atteinte et le caractère inattendu de ces actes ne sauraient expliquer à eux-seuls l'importance de l'intervention *a priori* du juge comme le prouvent les nombreuses pratiques secrètes d'investigation permises aussi dans le domaine préventif (v. p.

¹⁵⁴³ V. réf. en n. 1542.

¹⁵⁴⁴ V. en ce sens à juste titre BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 116.

¹⁵⁴⁵ En ce sens not. GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 673-674 ; exposant cet avis sans l'approuver : BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 117-119 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 66-67.

¹⁵⁴⁶ GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 673-674 ; KUTSCHA, Martin, « Rechtsschutzdefizite bei Grundrechtseingriffen von Sicherheitsbehörden », *NVwZ*, n° 11, 2003, p. 1297.

¹⁵⁴⁷ V. réf. en n. 1546.

¹⁵⁴⁸ V. réf. en n. 1408.

¹⁵⁴⁹ GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 674.

¹⁵⁵⁰ KUTSCHA, Martin, « Rechtsschutzdefizite bei Grundrechtseingriffen v. Sicherheitsbehörden », *NVwZ*, 2003, *art. cit.*, p. 1297 ; GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 673-674 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 66.

ex. §§ 17, 18, 19 et 20 PolG NRW qui permettent de recueillir secrètement des informations par le biais de dispositifs d'écoute dissimulés ou de personnes infiltrées) pour lesquelles le législateur n'a pas estimé nécessaire de prévoir un recours au juge de l'enquête.¹⁵⁵¹ Si l'on considère les seuls éléments de gravité ou de surprise des actes concernés, on s'aperçoit donc qu'ils peuvent être pareillement présents et de même intensité en droit administratif, sans que l'intervention nécessaire du juge soit alors imposée.¹⁵⁵² Outre les perquisitions déjà évoquées plus haut en France et en Allemagne, beaucoup d'autres mesures, telle par exemple, en Westphalie du nord la saisie (§ 43 PolG NRW) à titre préventif, peuvent être décidées par la police administrative alors que les mesures équivalentes aux effets similaires en droit répressif relèveront en principe du pouvoir décisionnaire du juge sauf cas de danger imminent où la compétence du procureur pourra alors être fondée (v. pour la saisie not. § 98 al. 1 StPO). Qu'est-ce qui permet ici au juste d'expliquer la différence de traitement de ces mesures selon leur caractère répressif ou préventif malgré leur impact direct similaire sur le destinataire ?¹⁵⁵³

251. La réponse repose ici avant tout dans les différents objectifs poursuivis par ces actes.¹⁵⁵⁴ La police judiciaire agit, par exemple dans le cadre de l'art. 13 al. 3 GG, à des fins répressives, soit après qu'un danger se soit réalisé et ait entraîné un dommage.¹⁵⁵⁵ Dans le cas de la police administrative comme à l'art. 13 al. 4 GG, le but recherché est au contraire préventif, c'est-à-dire en amont du danger et de l'apparition du dommage.¹⁵⁵⁶ Ainsi alors que

¹⁵⁵¹ GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 674 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 117-119 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 67 ; OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, *art. cit.*, p. 1064 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 171.

¹⁵⁵² TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 68 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 170 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 119-120 ; OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, *art. cit.*, p. 1064.

¹⁵⁵³ Formulant déjà cette même question not. BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 119-120.

¹⁵⁵⁴ WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 170 et 172 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 117 ; OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, *art. cit.*, p. 1064 ; dans un sens similaire TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 68-69.

¹⁵⁵⁵ WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 170 ; KÜHNE, Jörg-Detlef, « Art. 13 GG », dans SACHS, M. et KÜHNE, J.-D., *Grundgesetz (Kommentar)*, 8^e éd., München, Beck, 2018 (abrégé SACHS/KÜHNE, *GG-Ko.*, *op. cit.*), n° 41 ; PAPIER, Hans-Jürgen, « Art. 13 GG », dans MAUNZ, T. et DÜRIG, G. (éds.), *Grundgesetz-Kommentar*, 86^e éd., München, Beck, janv. 2019 (abrégé MAUNZ/DÜRIG, *GG-Ko.*, *op. cit.*), n° 73.

¹⁵⁵⁶ WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 170 ; KÜHNE, Jörg-Detlef, « Art. 13 GG », dans SACHS/KÜHNE, *GG-Ko.*, *art. cit.*, n° 46 ; PAPIER, Hans-Jürgen, « Art. 13 GG », dans MAUNZ/DÜRIG, *GG-Ko.*, *art. cit.*, n° 89.

le droit préventif tend à éviter la concrétisation d'un risque et d'un préjudice, les mesures répressives ne pourront-elles plus effacer les atteintes à un bien juridique déjà réalisées.¹⁵⁵⁷ Afin de permettre aux autorités de l'ordre et de police d'empêcher un danger menaçant et la violation de droit qui en résulterait, il est impératif de faciliter leur intervention afin qu'elle soit la plus rapide possible.¹⁵⁵⁸ Au centre des préoccupations du droit policier concernant le maintien de l'ordre, se trouve donc le prémisses de l'effectivité de la prévention des risques.¹⁵⁵⁹ Or, des exigences strictes encadrant la prise de décision des mesures appropriées ne manqueraient pas de retarder l'exécution de l'acte et mettre en danger son effectivité, raison pour laquelle la personne concernée par la mesure est dans ce cas renvoyée à une protection juridique postérieure à l'acte.¹⁵⁶⁰

252. Outre cette perspective générale, qui se fonde sur la diversité des objectifs poursuivis dans ces deux domaines d'intervention, il est possible d'adopter une approche plus individuelle s'intéressant aux conséquences des mesures répressives pour le destinataire.¹⁵⁶¹ On constate en effet que la plupart des mesures pénales tendant à la conservation des preuves devront en principe faire l'objet d'un contrôle préventif du juge, tandis que les actes de police administrative similaires ne seront pas soumis à cette condition.¹⁵⁶² Les actes tendant à la conservation des preuves ont pour objectif de recueillir et de sauvegarder les informations probatoires tels des indices sur les lieux du délit, l'arme du crime ou autres, qui pourront ensuite être utilisés lors du procès pénal contre l'inculpé.¹⁵⁶³ Dans cette dernière hypothèse ces mesures d'investigation conduiront à un „double préjudice“ : le destinataire de la mesure ne supportera pas seulement l'atteinte à ses libertés individuelles externes au procès mais

¹⁵⁵⁷ WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 170.

¹⁵⁵⁸ V. en ce sens e. a. PIEROTH, Bodo et al., *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9^e éd., München, C.H. Beck, 2016, § 2, n° 12 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 170 ; ERBGUTH, Wilfried et al., *Besonderes Verwaltungsrecht*, 12^e éd., Heidelberg [e.a.], Müller, 2015, n° 534.

¹⁵⁵⁹ WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 170.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*

¹⁵⁶¹ BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 119-120 ; OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, art. cit., p. 1064 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 173-174 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, op. cit., p. 68-69.

¹⁵⁶² V. sur ce point avec des exemples concrets not. WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 173, ici spéc. n. 841.

¹⁵⁶³ BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 120 ; OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, art. cit., p. 1064 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 173 ; dans un sens similaire TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, op. cit., p. 69.

subira également de plein fouet l'impact de cette mesure sur ses droits processuels pénaux spécifiques tels les droits de la défense et la présomption d'innocence.¹⁵⁶⁴ En effet, les éléments de preuve recueillis à l'occasion de l'acte coercitif à des fins répressives pourront être utilisés dans le cadre de la procédure pénale contre lui et conduire à sa condamnation.¹⁵⁶⁵ Le destinataire de la mesure n'est donc pas seulement impacté par l'exécution de l'acte coercitif comme il le serait pareillement dans le cadre d'une mesure de police administrative.¹⁵⁶⁶ L'acte répressif aux fins de conservation des preuves sera bien d'autant plus préjudiciable (à la différence d'un acte similaire dans le domaine préventif) que les indices récoltés à l'occasion de son exécution seront utilisés au procès contre l'inculpé pour obtenir sa condamnation pénale.¹⁵⁶⁷

253. Peut-être est-ce ici cet aspect qui guide le Conseil constitutionnel français concernant son interprétation du critère de la liberté individuelle au sens de l'art. 66 de la Constitution.¹⁵⁶⁸ Comme déjà indiqué plus haut, si cette dernière est touchée, il y aura compétence exclusive du juge judiciaire et la mesure devra en principe également être préalablement autorisée par un membre de l'autorité judiciaire (art. prélim. III al. 4 et art. 66 Constitution). Le Conseil défendait ici au départ une conception extrêmement large de la liberté individuelle, laissant peu de place aux autorités administratives.¹⁵⁶⁹ Cette approche est encore bien visible dans une décision du 18 janvier 1995, alors qu'il jugeait que, « *s'agissant d'opérations qui mettent en cause la liberté individuelle [les opérations de fouilles de véhicules afin d'y découvrir et de saisir des armes prohibées] l'autorisation d'y procéder doit être donnée par l'autorité judiciaire,*

¹⁵⁶⁴ BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 120 ; OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, art. cit., p. 1064-1065 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 173-174 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, op. cit., p. 69.

¹⁵⁶⁵ V. réf. en n. 1565.

¹⁵⁶⁶ V. réf. en n. 1565.

¹⁵⁶⁷ V. réf. en n. 1565.

¹⁵⁶⁸ V. à propos de l'interprétation de la liberté individuelle concernant la distinction entre la police administrative et la police judiciaire not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale**, Paris, LexisNexis, **10^e éd. (2014)**, pp. 17-18, n° 17.

¹⁵⁶⁹ CC, déc. n° 1976-75 DC du 12.01.1977 – L. autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales. Le Conseil érige ici la liberté individuelle en principe fondamental reconnu par les lois de la République (considérant n° 1) et juge que, porte atteinte à cette liberté, la loi conférant aux officiers et agents de police judiciaire (sur ordre des premiers) le pouvoir de procéder à la fouille de tout véhicule, dès lors qu'il suffit que ce véhicule se trouve sur une voie ouverte à la circulation publique, que la fouille ait lieu en présence du propriétaire ou du conducteur, sans qu'il soit nécessaire qu'une infraction ait été commise et qu'il y ait une menace d'atteinte à l'ordre public (considérant n° 3-5).

gardienne de cette liberté en vertu de l'article 66 de la Constitution ». ¹⁵⁷⁰ Mais, la juridiction constitutionnelle défend désormais une interprétation plus restrictive depuis sa décision du 16 juin 1999, décidant que la liberté individuelle au sens de l'art. 66 de la Constitution ne comprend pas toutes les dimensions de la liberté personnelle. ¹⁵⁷¹ Ainsi, dans une décision du 19 janvier 2006, opère-t-elle une distinction entre la liberté individuelle « *au sens de l'art. 66 de la Constitution* » et les autres libertés protégées par d'autres normes constitutionnelles (tels les art. 2 et 4 de la DDHC). ¹⁵⁷² Elle établit à ce propos que seule la première relève de la compétence exclusive du juge judiciaire et implique en principe un contrôle *a priori* de l'autorité judiciaire ¹⁵⁷³ tandis que le respect des autres libertés (libertés d'aller et venir, respect de la vie privée) peut-être contrôlé tant par le juge administratif que par le juge judiciaire. ¹⁵⁷⁴ En conséquence les opérations de police judiciaire relèvent du champ d'application de l'art. 66 de la Constitution, puisqu'elles seules sont exercées dans un but répressif pouvant conduire à la détention ou à la rétention d'un individu. ¹⁵⁷⁵ En revanche, la liberté individuelle au sens de l'art 66 de la Constitution n'est pas concernée par les opérations de police administrative qui se rattachent à la protection de l'ordre public pour faire cesser un trouble déjà né (fût-il constitutif d'infraction) et à la prévention des infractions car celles-ci, tout en affectant potentiellement la liberté d'aller et venir, la vie privée, n'impliquent ni rétention, ni détention. ¹⁵⁷⁶

254. Toutefois, ce dernier cheminement, tenant au double-préjudice que subirait le destinataire d'une mesure coercitive répressive, ne peut valoir que pour les mesures d'instruction à des fins probatoires. ¹⁵⁷⁷ Il est en revanche incapable d'expliquer la compétence du juge de l'avant-procès dans le cas d'actes procéduraux sans relation avec les preuves recherchées, telle par exemple une interdiction d'exercer une profession conformément au §

¹⁵⁷⁰ CC, déc. n° 94-352 DC – 18.01.1995 – L. d'orientation et de programmation rel. à la sécurité, ici spéc. considérant n° 19.

¹⁵⁷¹ CC, déc. n° 99-411 DC du 16.06.1999 – L. portant diverses mesures rel. à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, ici spéc. considérant n° 19 et 20.

¹⁵⁷² CC, déc. n° 2005-532 DC du 19.01.2006 – L. rel. à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, ici spéc. cons. n° 17.

¹⁵⁷³ *Ibid.*, cons. n° 5-6.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*, cons. n° 14-17.

¹⁵⁷⁵ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale**, 10^e éd. (2014), *op. cit.*, p. 18, n° 17.

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷⁷ OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, *art. cit.*, p. 1065 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 69.

132a StPO, qui ici sera bien plus justifiée par la gravité de l'atteinte aux droits individuels pour le destinataire.¹⁵⁷⁸

Conclusion de la Section 1

255. Finalement, seule une combinaison de ces diverses approches permet de prendre toute la mesure du sens et des objectifs de la compétence du juge de l'avant-procès et sera en mesure de convaincre pleinement :¹⁵⁷⁹

256. Tant le système allemand que le système français s'accordent sur l'effet positif de l'intervention du juge de l'avant-procès pour garantir les libertés individuelles au regard du principe d'indépendance de la justice et d'impartialité. Du fait de son entière indépendance du pouvoir exécutif, le juge présente des garanties statutaires plus importantes que le procureur. Ainsi n'a-t-il pas à considérer les politiques pénales gouvernementales, il n'est pas soumis à une pression hiérarchique qui pourrait impacter sa décision et est en ce sens l'acteur le plus approprié pour mettre en œuvre le principe de proportionnalité de manière impartiale pour décider d'une mesure coercitive. Cela permet par ailleurs de garantir un contrôle mutuel des pouvoirs ainsi qu'une certaine impartialité fonctionnelle dont profitent aussi bien le juge que le procureur.

257. La compétence du juge de l'avant-procès permet pour toutes les hypothèses d'atteintes graves aux libertés fondamentales de compenser une protection juridique des droits absente ou arrivant trop tardivement, en empêchant – dans le cas d'une intervention *a priori* – notamment la survenance de préjudices irréversibles injustifiés en raison d'une mesure illégale.¹⁵⁸⁰ L'objectif de la compétence du juge est donc le contrôle préventif d'une mesure procédurale pénale à travers une instance neutre qui est parallèlement tenue de garantir une limitation raisonnable des préjudices résultant de l'acte requis.¹⁵⁸¹ L'intervention préventive du juge dans ce contexte n'a ainsi pas seulement la fonction d'un contrôle objectif

¹⁵⁷⁸ OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" », *JuS*, 2001, *art. cit.*, p. 1065.

¹⁵⁷⁹ Dans ce sens égal. e. a. TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 70 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 174-175 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 122 ; GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 674.

¹⁵⁸⁰ TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 70 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁵⁸¹ TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 70.

de l'exécutif dans le sens d'une vérification de la légalité de ses actions. Mais elle préserve aussi plus efficacement les intérêts d'une personne concernée par la procédure pénale. Elle donne ainsi une chance supplémentaire d'empêcher au préalable le grave préjudice que pourrait causer une mesure d'investigation inattendue, selon les circonstances doublement préjudiciables et attentatoire aux libertés individuelles dès lors que celle-ci se révélerait illégale.¹⁵⁸²

¹⁵⁸² WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 174 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 421.

– SECTION 2 –

LA COMPÉTENCE DU JUGE DANS L’AVANT-PROCÈS : UNE NÉCESSITÉ À L’ÉTENDUE NÉANMOINS INCERTAINE

258. Et pourtant, bien que le principe de l’intervention du juge déjà au stade de la mise en état de l’affaire pénale soit acquis et ait une portée considérable dans certains domaines, en particulier pour les mesures privatives de liberté, du fait de son ancrage dans la CESDH et les constitutions respectives des pays à l’étude, il n’existe pas de consensus sur son étendue. Ce dogme ne présente ainsi qu’un caractère parcellaire, la France réservant ici toutefois une place plus importante au juge de l’avant-procès du fait de l’existence toujours d’actualité du juge d’instruction (§ 1) que l’Allemagne qui ne prévoit, même dans le cas d’infraction criminelle, plus que l’intervention ponctuelle d’un juge de l’enquête pour certaines mesures attentatoires aux libertés individuelles (§ 2). À noter qu’il ne s’agit ici pas de revenir dans les détails de l’intervention et des fonctions de ces juges, qui feront l’objet de développements détaillés en seconde partie, mais de présenter d’abord les différences de conception dans leurs grandes lignes concernant l’intervention du juge dans l’avant-procès dans les deux modèles procéduraux à l’étude.

§ 1. Le modèle tripartite français : Un procureur et un juge d’instruction enquêteur sous le contrôle ponctuel du juge des libertés et de la détention

259. Certes, nous l’avons vu, l’art. 5 al. 3 CESDH impose que la personne arrêtée soit traduite « *aussitôt devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* », ce dernier terme requérant selon les derniers arrêts de la Cour de Strasbourg que le magistrat en question présente statutairement et fonctionnellement certaines garanties d’indépendance et d’impartialité.¹⁵⁸³ Ainsi la compétence des procureurs, dépendants de l’exécutif, qui rédigent l’acte d’accusation et occupent effectivement ou théoriquement le siège du ministère public à l’audience, cumulant de la sorte des fonctions d’instruction et de poursuite incompatibles avec l’art. 5 al. 3 CESDH,¹⁵⁸⁴ est-elle ici d’emblée

¹⁵⁸³ CEDH, déc. du 26.11.1992, n° 13867/88, Brincat c. Italie, ici spéc. al. n° 20-21 ; CEDH, déc. du 23.10.1993, n° 12794/87, Huber c. Suisse, v. spéc. al. n° 42 ; CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 3394/03, Medvedyev et autres c. France, ici spéc. al. n° 123-126 ; CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 37104/06, Moulin c. France, n° 56-60.

¹⁵⁸⁴ V. en ce sens égal. HENNION-JACQUET, Patricia, « L’arrêt Medvedyev : un turbulent silence sur les qualités du parquet français », *Rec. Dal.*, n° 22, 2010, p. 1393.

clairement exclue, ce qui consacre en pratique la nécessité de l'intervention du juge comme figure impartial à ce stade de la procédure.¹⁵⁸⁵ Mais cet article a un champ d'application limité puisqu'il ne vaut que dans le cas d'une privation de liberté. Il ne donne en outre pas plus d'indice sur la fonction ou le statut spécifique qu'il conviendrait d'accorder aux juges et aux membres du ministère public qui devront intervenir, mais laisse bien plus aux pays membres du Conseil de l'Europe le soin de régler cette question.¹⁵⁸⁶ En conséquence, comme le relèvera le Conseil constitutionnel dans sa décision de principe des 19 et 20 janvier 1980 (Sécurité et liberté) rien n'oblige ni n'interdit l'intervention d'un magistrat instructeur et/ou d'un juge de l'enquête ou des libertés et de la détention.¹⁵⁸⁷ Les seules conditions essentielles tiennent à ce que cet acteur soit indépendant du pouvoir exécutif et ne puisse être considéré comme partie.¹⁵⁸⁸ Or, tant le juge des libertés et de la détention (très ressemblant au juge de l'enquête allemand) que le magistrat instructeur français,¹⁵⁸⁹ pour lequel la question aurait pu soulever quelques interrogations du fait des fonctions de poursuites dans des cas limités, remplissent cette condition selon la Cour. Un courant doctrinal français oppose certes ici que l'opinion de la jurisprudence européenne sur le juge d'instruction résulterait d'une mauvaise connaissance du système français, ce magistrat disposant également d'un pouvoir de poursuite.¹⁵⁹⁰ S'il est vrai qu'il ne peut être dénié tout pouvoir de poursuite au juge d'instruction, en ce qu'il renvoie

¹⁵⁸⁵ V. e. a. CEDH, déc. du 26.11.1992, n° 13867/88, Brincat c. Italie, ici spéc. al. n° 20-21 ; CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 3394/03, Medvedyev et autres c. France, ici spéc. al. n° 123-126 ; CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 37104/06, Moulin c. France, n° 56-60.

¹⁵⁸⁶ V. à propos p. ex. du statut des membres du parquet en droit interne français CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 37104/06, Moulin c. France, n° 57 : « *Toutefois, il [n']appartient pas [à la CEDH] de prendre position dans ce débat qui relève des autorités nationales : la Cour n'est en effet appelée à se prononcer que sous le seul angle des dispositions de l'article 5 § 3 de la Convention, et des notions autonomes développées par sa jurisprudence au regard desdites dispositions.* »

¹⁵⁸⁷ CC, déc. du 20.01.1981, n° 80-127 DC, L. sécurité et liberté, publiée au JO du 22.01.1981, p. 308, ici spéc. cons. n° 25 : « *Considérant que, si l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser, dans ces cas, la prolongation de la garde à vue, est nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'exige que ce magistrat ait la qualité de juge d'instruction* ».

¹⁵⁸⁸ V. réf. jurisprudentielles en n. 1583.

¹⁵⁸⁹ La CEDH reconnu ainsi dans un premier arrêt Medvedyev au juge d'instruction la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'art. 5 al. 3 CESDH alors qu'elle la déniait au procureur français en raison de son manque d'indépendance vis-à-vis de l'exécutif (CEDH Medvedyev c. France, arrêt de la Ch. du 10.07.2008 et CEDH, déc. de la Ch. du 10.07.2008 et de la Grande Ch. du 29.03.2010, n° 3394/03, Medvedyev et autres c. France, ici spéc. pour l'arrêt de la Ch. al. n° 61 et 68 et pour l'arrêt de la Grande Ch. al. n° 124 concernant le procureur et n° 128 concernant le juge d'instruction).

¹⁵⁹⁰ V. p. ex. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 100 et 275, n° 106 et 350 ; REBUT, Didier, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *Rec. Dal.*, n° 16, 2010, p. 971.

devant une juridiction de jugement,¹⁵⁹¹ il ne s'agit ici, à la différence du parquetier, que d'une compétence secondaire.¹⁵⁹² En outre, il n'en reste pas moins qu'à la différence du procureur, il ne peut ni s'auto-saisir, ni participer au procès, ce qui permet en ce sens de garantir une impartialité fonctionnelle plus importante que celle d'un parquetier.¹⁵⁹³ En ce sens l'opinion de la CEDH le percevant comme indépendant des parties apparaît tout à fait justifiée.¹⁵⁹⁴ La CEDH n'impose cependant pas non plus que le juge de l'art. 5 al. 3 CESDH soit un magistrat enquêteur mais laisse bien plus cette décision à la libre appréciation des pays concernés.

260. Concernant le système français le principe de l'intervention du juge est ancré dans l'art. préliminaire, III al. 4 CPP et dans l'art. 66 de la Constitution française. Si le Conseil affirmait au départ que l'art. 66 de la Constitution valait à cet égard non pas seulement pour les mesures privatives de libertés mais bien plus pour toutes mesures attentatoires à la vie privée, comme l'a affirmé le Conseil constitutionnel à propos de fouilles de véhicules¹⁵⁹⁵ ou encore concernant les perquisitions de nuit en matière de terrorisme,¹⁵⁹⁶ il restreignit cette interprétation progressivement par la suite. Ainsi à l'image du contrôle des mesures privatives de libertés, le Conseil procède-t-il désormais à une « *gradation* » de telle sorte que seules « *les méconnaissances graves au droit au respect de la privée sont [...] de nature à porter atteinte à*

¹⁵⁹¹ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 100 et 275, n° 106 et 350 ; REBUT, Didier, « Arrêt Medvedyev et la réforme de la proc. pén. », *Rec. Dal.*, 16-2010, *art. cit.*, p. 971.

¹⁵⁹² Dans un sens similaire not. HENNION-JACQUET, Patricia, « Arrêt Medvedyev : turbulent silence sur les qualités du parquet fr. », *Rec. Dal.*, 22-2010, *art. cit.*, p. 1393. À noter que, s'ils soutiennent l'avis contraire, dans leur ouvrage de référence, Serge Guinchard et Jacques Buisson restent prudents sur la formulation du pouvoir de poursuite du juge d'instruction indiquant que ce dernier possède « *à sa manière* » des compétences de poursuite. On peut ici y déceler une certaine réserve des auteurs à considérer ce juge au même titre que les parquetiers comme une pleine autorité de poursuite, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 275, n° 350. Cette observation ne vaut en revanche pas pour Didier Rebut qui « *assimile* » véritablement le magistrat instructeur (néanmoins selon l'auteur de cette thèse à tort puisque ses compétences en la matière ne sont pas comparables à celles du procureur) à « *une partie poursuivante* », REBUT, Didier, « Arrêt Medvedyev et la réforme de la proc. pén. », *Rec. Dal.*, 16-2010, *art. cit.*, p. 971. Pour plus de détails à ce sujet, v. égal. en 2^e partie de cette thèse, Titre 2, Chap. I, Section 2, n° 859 et s., p. 769 et s.

¹⁵⁹³ HENNION-JACQUET, Patricia, « Arrêt Medvedyev : turbulent silence sur les qualités du parquet fr. », *Rec. Dal.*, 22-2010, *art. cit.*, p. 1393.

¹⁵⁹⁴ En ce sens égal. *ibid.*

¹⁵⁹⁵ CC, déc. n° 1976-75 DC du 12.01.1977 – L. autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, ici spéc. cons. 1 et 3-5 ; CC, déc. n° 94-352 DC – 18.01.1995 – L. d'orientation et de programmation relative à la sécurité, ici spéc. considérant n° 19. V. aussi GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 284-285, n° 355 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 284-285, n° 402.

¹⁵⁹⁶ CC, déc. n° 96-377 DC du 16.07.1996 – L. tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, ici spéc. considérant n° 17 et 18.

la liberté individuelle » au sens de l'art. 66 de la constitution.¹⁵⁹⁷ Si le contrôle du juge vaut donc ici pour les perquisitions et saisies¹⁵⁹⁸ et pour les interceptions de correspondances ou de sonorisations,¹⁵⁹⁹ il n'en est pas de même pour les fouilles de véhicules (art. 78-2-2 CPP) ou les visites dans les locaux professionnels aux fins d'effectuer certains contrôles dans le cadre de la lutte contre le travail illégal (art. 78-2-1 CPP), où le Conseil constitutionnel estime suffisant en raison de la moindre gravité le contrôle d'un magistrat du parquet.¹⁶⁰⁰ Il convient toutefois de rappeler ici que le Conseil – en contradiction avec la Cour de cassation et la CEDH – est ici toujours d'avis que le procureur est un membre de l'autorité judiciaire au sens de l'art. 66 Constitution et répond donc lui aussi aux exigences constitutionnelles, dès lors que l'atteinte est de moindre gravité.¹⁶⁰¹

261. En définitive, la France prévoit donc dans le cadre de l'enquête qui concerne la très grande majorité des affaires en matière délictuelle, un contrôle des mesures de moindre gravité par le procureur qu'elle considère membre de l'autorité judiciaire. Dans le cas de mesures fortement attentatoires, il devra néanmoins recourir au juge des libertés et de la détention, compétent dans ce cadre des investigations. Cela est le cas pour certaines mesures de perquisitions et de saisies, de protection des témoins anonymes ou encore dernièrement de géolocalisation et d'identification d'une personne par ses empreintes génétiques.¹⁶⁰² Plus curieusement, c'est aussi ce système qui est généralement privilégié en cas de criminalité organisé, le procureur étant en principe compétent pour ordonner la mesure privative de liberté de la garde à vue jusqu'à 48 h (v. art. 63, 77 et 154 CPP), très usitée en France, une intervention du juge des libertés et de la détention n'étant obligatoire qu'en cas de

¹⁵⁹⁷ CC, déc. n° 97-389 DC du 22.04.1997 – L. portant diverses dispositions rel. à l'immigration, ici spéc. considérant n° 44. V. aussi GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 284-285, n° 355 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 284-285, n° 402.

¹⁵⁹⁸ CC, déc. n° 90-281 DC du 27.12.1990 – L. sur la réglementation des télécommunications, ici spéc. cons. n° 11 et 12.

¹⁵⁹⁹ Art. 100, 706-95 et 706-96 CP.

¹⁶⁰⁰ CC, déc. n° 97-389 DC du 22.04.1997 – L. portant diverses dispositions rel. à l'immigration, ici spéc. considérants n° 59 et s.

¹⁶⁰¹ *Ibid.*, ici spéc. considérant n° 61 : « *Considérant toutefois que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet ; que par ailleurs le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, mais à la condition que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable* ».

¹⁶⁰² LACROIX, Caroline, « Le juge des libertés et de la détention », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., op. cit.*, mars 2014, n° 14.

prolongation de cette mesure (art. 706-88 CPP). À notre sens, il serait ici plus pertinent de faire appel au juge d'instruction, toujours présent dans le système français et qui intervient comme juge enquêteur pour les délits les plus graves et les crimes sur saisine du procureur, où les fonctions d'instruction et de poursuites sont en principe de mise.¹⁶⁰³ En tant que juge, il dispose d'une véritable plénitude des pouvoirs et pourra également décider seul des mesures attentatoires aux libertés individuelles, à l'exception de la détention provisoire pour laquelle il devra faire une demande en ce sens au juge des libertés et de la détention.¹⁶⁰⁴

§ 2. Le modèle bipartite allemand : un procureur souverain contrôlé ponctuellement par le juge de l'enquête

262. Dans le Code de procédure pénale allemand, le principe n'est pas exposé généralement mais transparait des normes réglant les mesures attentatoires aux libertés individuelles sans qu'il soit néanmoins possible d'en tirer un principe constitutionnel pour le législateur de prévoir un contrôle *a priori* du juge obligatoire à partir d'une certaine gravité de la mesure.¹⁶⁰⁵

263. La loi fondamentale allemande prévoit certes un recours obligatoire au juge (il s'agit ici du juge de l'enquête) pour certaines atteintes aux droits fondamentaux (par ex. : art. 13 al. 2 GG en relation avec § 105 StPO ou art. 13 al. 3 en relation avec § 100c al. 1 StPO pour les perquisitions ; art. 104 al. 2 GG en relation avec §§ 114 al. 1, 115 al. 1, 126a al. 1 StPO pour les mesures privatives de liberté). De même, le Code de procédure pénale allemand (StPO) prévoit aussi de son côté certaines mesures relevant de la compétence exclusive du juge de l'enquête (par ex. §§ 100c et 100e al. 1 [concernant des mesures de surveillance acoustique dans un domicile], 111a [retrait de permis], §§ 94 al 1-3, 98 [saisie d'objets à des fins probatoires par la police en l'absence de consentement de la personne concernée], 126a

¹⁶⁰³ Nous partageons en ce sens pleinement l'opinion de MONTGOLFIER, Eric (de), « La réforme de la garde à vue - Le point de vue du parquet », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la garde à vue : actes du colloque du 16 décembre 2011*, Nice, Paris, l'Harmattan, 2012, p. 73-75, cette opinion étant d'autant plus intéressante qu'elle vient d'un parquetier lui-même, à noter qu'il propose ici d'accorder le contrôle non pas au JI mais au JLD ; HODGSON, Jacqueline, « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, vol. 67, n° 4, 2010, p. 1370.

¹⁶⁰⁴ À ce propos p. ex. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 63 et s. V. ici pour plus de détails dév. aux n° 803 et s., p. 713 et s.

¹⁶⁰⁵ En ce sens BVerfG, déc. du 27.02.2008 - 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, reproduite dans *NJW*, 2008, p. 822-837, ici spéc. p. 832, n° 258-259 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht*, op. cit., p. 458 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 200 ; D'avis contraire e. a. : HILGER, Hans, « Über den „Richtervorbehalt“ im EV », dans *GS-Karlheinz Meyer*, 1990, art. cit., p. 225 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 123.

[placement temporaire dans un établissement psychiatrique ou d'éducation], 132a al. 1 StPO [concernant une interdiction d'exercer une profession]) ou de la compétence prioritaire du juge (par ex. : §§ 81a al. 2, 81c al. 5 [concernant les fouilles/prélèvements corporels], 98 al. 1 [saisie], 98b al. 1 [avis de recherche], 100 al. 1 [saisie de courrier], 100e al. 1 [surveillance/écoute des moyens de télécommunication], 110b al. 2 [recours à une personne infiltrée], 111 al. 2 [mise en place de zone de contrôle dans des lieux publics], 111b al. 2 en relation avec 105 al. 1 [mesure de conservation de choses dégradables ou confisquées], 111j al. 1 [procédure des saisies et saisies-arrêts], 131 al. 1, 131c al. 1 [concernant les avis de recherche], 132 al. 2 [garantie par caution], 163d al. 2, 163e al. 4 StPO [mesures de contrôle/comparaison des données]). L'importance du principe de la compétence du juge souffre ici néanmoins de sa réglementation parcellaire et manque de cohérence d'ensemble.¹⁶⁰⁶ L'Allemagne semble par là être plus réservée face à la nécessité d'un contrôle étendu du juge. Et il est clair que la figure du juge de l'avant-procès a perdu en poids et en influence depuis la suppression du magistrat instructeur, celui-ci se trouvant rétrogradé au rang de « *simple auxiliaire* » (au même titre que la police)¹⁶⁰⁷ d'un procureur « *souverain* »

¹⁶⁰⁸ ¹⁶⁰⁹

264. Au vu de la nécessité établie du juge de l'avant-procès aux côtés du procureur, on peut légitimement se demander quel effet a eu cette modification du rôle et de la position de ce protagoniste sur les libertés et droits fondamentaux des personnes qu'il était censé protéger. Force est de constater en tout cas que le législateur n'a pas profité de cette réforme de fond

¹⁶⁰⁶ ASBROCK, Bernd, « RV - prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? », *ZRP*, 1998, *art. cit.*, p. 18 ; SCHNARR, Karl Heinz, « Z. Verknüpfung v. RV, staatsanwaltlicher Eilanordnung u. richterlicher Bestätigung », *NStZ*, 5-1991, *art. cit.*, p. 209 ; HILGER, Hans, « Über den „Richtervorbehalt“ im Ermittlungsverfahren », *JR*, n°12, 1990, p. 485.

¹⁶⁰⁷ V. à ce propos e. a. la table des matières dans l'ouvrage de procédure pénal de référence ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 1, § 9 « Die Staatsanwaltschaft und ihre Gehilfen » : « le ministère public et ses auxiliaires », parmi lesquels compte le juge de l'enquête au même titre que la police.

¹⁶⁰⁸ V. e. a. SCHNARR, Karl Heinz, « Z. Verknüpfung v. RV, staatsanwaltlicher Eilanordnung u. richterlicher Bestätigung », *NStZ*, 5-1991, *art. cit.*, p. 210 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 26, chap. 1, § 9, n° 26.

¹⁶⁰⁹ Certains n'hésitent en ce sens d'ailleurs pas voir dans le concours du juge de l'avant-procès une certaine contradiction au système du ministère public souverain, v. not. PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 127, parle ainsi de « *prinzipielle Systemwidrigkeit richterlicher Mitwirkung* » ; NELLES, Ursula, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung*, *op. cit.*, p. 40 évoque quant à elle un « *Einbruch in die staatsanwaltschaftliche Verfahrenshoheit* » ; FUHRMANN, Hans, « Befugnisse des Amtsrichters bei der Prüfung eines Antrages der StA auf Vernehmung des Beschuldigten », *JR*, 1965, *art. cit.*, p. 254 ; SCHNARR, Karl Heinz, « Z. Verknüpfung v. RV, staatsanwaltlicher Eilanordnung u. richterlicher Bestätigung », *NStZ*, 5-1991, *art. cit.*, p. 210.

pour prévoir une obligation constitutionnelle générale de garantir la compétence *a priori* du juge sous certaines conditions¹⁶¹⁰ (tels la gravité des atteintes portées par la mesure, son caractère secret, la gravité du délit qu'elle doit servir à élucider etc.) comme l'appelle pourtant de ses vœux une partie de la doctrine.¹⁶¹¹ Certes le législateur est tenu de garantir les droits et libertés fondamentaux, même lorsqu'il réglemente des mesures coercitives de l'État pour préserver l'intérêt général et est lié en ce sens aux principes constitutionnels, tel celui de la proportionnalité.¹⁶¹² On pourrait donc en l'espèce être tenté d'en tirer une obligation de prévoir une compétence *a priori* du juge selon la gravité de l'atteinte portée à ces libertés.¹⁶¹³ La Cour fédérale constitutionnelle rappelait toutefois à cet égard encore récemment que le législateur était en principe libre de décider par quels moyens il souhaitait garantir les libertés individuelles lors des investigations ; l'intervention *a priori* du juge de l'avant-procès constituait sans aucun doute un mécanisme permettant d'atteindre cet objectif, sans qu'il existe pour autant de règle constitutionnelle imposant au législateur d'y recourir.¹⁶¹⁴ Les avis

¹⁶¹⁰ En ce sens BVerfG, NJW, 2008, p. 832, n° 258-259 (réf. exactes en n. 1605) ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 458 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 200.

¹⁶¹¹ V. not. BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 123 et s. ; HILGER, Hans, « Über den „Richtervorbehalt“ im EV », dans GS-Karlheinz Meyer, 1990, art. cit., p. 225 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 458 qui précise ici que s'il n'existe pas une telle obligation de prévoir une compétence du juge de l'avant-procès à l'heure actuelle, il serait tout à fait souhaitable d'en introduire une.

¹⁶¹² Voir p. ex. BVerfG, NJW, 2008, p. 832, n° 256 (réf. exactes en n. 1605).

¹⁶¹³ BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 149 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 198-200, cette dernière exposant cette opinion et ses fondements sans l'approuver pour autant.

¹⁶¹⁴ „Eine derartige Kontrolle [Richtervorbehalt] kann bedeutsames Element eines effektiven Grundrechtsschutzes sein. Sie ist zwar nicht dazu geeignet, die Mängel einer zu unbestimmt geregelten oder zu niedrig angesetzten Eingriffsschwelle auszugleichen, da auch die unabhängige Prüfungsinstanz nur sicherstellen kann, dass die geregelten Eingriffsvoraussetzungen eingehalten werden [...]. Sie kann aber gewährleisten, dass die Entscheidung über eine heimliche Ermittlungsmaßnahme auf die Interessen des Betroffenen hinreichend Rücksicht nimmt, wenn der Betroffene selbst seine Interessen auf Grund der Heimlichkeit der Maßnahme in den Vorwegen nicht wahrnehmen kann. Die Kontrolle dient insoweit der „kompensatorischen Repräsentation“ der Interessen des Betroffenen im Verwaltungsverfahren [...]. Bewirkt eine heimliche Ermittlungsmaßnahme einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff, so ist eine vorbeugende Kontrolle durch eine unabhängige Instanz verfassungsrechtlich geboten, weil der Betroffene sonst ungeschützt bliebe. Dem Gesetzgeber ist allerdings bei der Gestaltung der Kontrolle im Einzelnen, etwa bei der Entscheidung über die kontrollierende Stelle und das anzuwendende Verfahren, grundsätzlich ein Regelungsspielraum eingeräumt. Bei einem Grundrechtseingriff von besonders hohem Gewicht wie dem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System reduziert sich der Spielraum dahingehend, dass die Maßnahme grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen ist. Richter können auf Grund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer ausschließlichen Bindung an das Gesetz die Rechte des Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren [...].“, v. BVerfG, déc. du 27.02.2008 - 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, reproduite dans NJW, 2008, p. 822-837, ici spéc. p. 832, n° 258-259.

contraires dans la doctrine ne sont pas parvenus à s'imposer. Certains tentent en l'espèce de tirer des art. 13 et 104 GG une telle obligation constitutionnelle du législateur par analogie.¹⁶¹⁵ Une analogie n'est cependant possible que s'il existe une lacune juridique involontaire du législateur.¹⁶¹⁶ Or, le fait même que ce dernier ait spécifiquement et explicitement prévu l'intervention du juge en matière de perquisition (art. 13 GG) de même que pour les privations de liberté (art. 104 GG) en renonçant à introduire une règle générale valant pour chaque droit fondamental, prouve qu'il souhaitait ici que ces dispositions gardent un caractère exceptionnel.¹⁶¹⁷ Il entendait ici apporter une réponse particulière à un problème historique bien spécifique (il s'agissait ici en effet de proposer une meilleure protection contre les arrestations ainsi que les perquisitions arbitraires et abusives qui étaient légion à la fin du III^e Reich).¹⁶¹⁸ Il s'agit ainsi, concernant ces normes, de règles au caractère exceptionnel ayant vocation à éliminer les excès de l'histoire allemande dans ces domaines particuliers auxquelles on ne peut reconnaître une portée générale.¹⁶¹⁹

265. Une obligation du législateur de prévoir l'intervention *a priori* du juge au stade de l'avant-procès ne peut pas non plus ressortir de la garantie à une protection juridique effective énoncée à l'art. 19 al. 4, 1^e phrase GG.¹⁶²⁰ Cet article requiert en effet explicitement qu'il y ait eu atteinte à un droit ou une liberté particulière.¹⁶²¹ Ainsi semble-t-il difficile de fonder la nécessité de réglementer une compétence du juge de l'avant-procès **antérieure** à la mesure

¹⁶¹⁵ Développant cette idée sans la retenir finalement : PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, op. cit., p. 129-130 ; AMELUNG, Knut, « Die Entscheidung des BVerfG zur „Gefahr im Verzug“ », *NStZ*, 2001, art. cit., p. 342 ; exposant cette approche sans la partager : WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 187-190 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 452 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 123-126 ; NELLES, Ursula, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung*, op. cit., p. 46-48 ; LIN, Yu-hsiung, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op. cit., p. 255-258.

¹⁶¹⁶ LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6^e éd., Berlin, Heidelberg, New York, Springer, 1991, p. 370 et s. ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 452.

¹⁶¹⁷ En ce sens e. a. : WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 188-200 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 452 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 123-126.

¹⁶¹⁸ V. réf. en n. 1617.

¹⁶¹⁹ V. réf. en n. 1617.

¹⁶²⁰ WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaf*, op. cit., p. 195 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 450-451 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 136 ; LIN, Yu-hsiung, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op. cit., p. 246-247.

¹⁶²¹ Art. 19 al. 4 GG : „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten **verletzt**, so steht ihm der Rechtsweg offen.“

sur un article qui, dans sa formulation, fait explicitement référence à une protection par le juge *a posteriori*.¹⁶²² La seule recherche de l'effectivité de la protection juridique ne semble pas non plus en mesure à elle seule de justifier un principe constitutionnel général de l'intervention du juge de l'avant-procès, puisqu'elle doit ici être replacée dans son contexte, c'est-à-dire confrontée à l'ensemble des intérêts qu'elle concerne.¹⁶²³ Or elle s'opposera presque toujours à l'intérêt social résidant dans la prévention des dangers de même qu'à la poursuite des délits causés et ne pourra justifier sa prépondérance de principe.¹⁶²⁴ D'autres approches s'appuyant sur le principe d'équité (il s'agirait ici de compenser par l'intervention du juge le déséquilibre des forces dans l'avant-procès au détriment de la personne soupçonnée)¹⁶²⁵ et/ou le principe de culpabilité (Schuldprinzip, les mesures d'investigation ayant des effets proches de la sanction)¹⁶²⁶ ne sauraient non plus convaincre entièrement.¹⁶²⁷ Le principe d'équité est caractérisé en droit allemand par sa portée très vague ainsi que ses ambiguïtés ; il ne peut en conséquence être tiré de ce principe au caractère abstrait et formel aucune interdiction ou obligation concrète.¹⁶²⁸ Quant à l'opinion fondée sur le principe de culpabilité, elle assimile de fait les mesures d'investigation aux sanctions pénales, alors que les objectifs poursuivis sont en l'espèce différents.¹⁶²⁹ De fait, si la Cour fédérale constitutionnelle rappelle régulièrement que le juge est l'acteur le plus approprié pour garantir, en raison de son indépendance personnelle et fonctionnelle, mais encore de sa seule

¹⁶²² RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht*, op. cit., p. 450-451 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 136 ; LIN, Yu-hsiung, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op. cit., p. 246-247.

¹⁶²³ En ce sens not. WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 192-193.

¹⁶²⁴ HILGER, Hans, « Über den „Richtervorbehalt“ im EV », dans *GS-Karlheinz Meyer*, 1990, art. cit., p. 221 et s. énonce certes le problème mais n'en demande pas moins, sur le fondement du principe de l'effectivité de la protection juridique, un règlement de principe de la compétence du juge de l'avant-procès pour ordonner les mesures d'investigation coercitives. V. à ce sujet égal. WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 193.

¹⁶²⁵ V. not. En ce sens not. BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 136-147.

¹⁶²⁶ *Ibid.*, p. 147-149.

¹⁶²⁷ V. ici not. WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 195-198 ; Partageant les mêmes conclusions sans revenir en détail sur ces deux dernières approches : RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht*, op. cit., p. 458.

¹⁶²⁸ WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 196 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 1390-1391, n° 101.

¹⁶²⁹ WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 197-198. V. égal. les dév. plus haut dans cette thèse n° 101 p. 104 et s.

soumission à la loi, selon l'art. 97 GG les libertés individuelles de la personne concernée,¹⁶³⁰ il ne peut à ce jour pas être reconnu d'obligation constitutionnelle qui s'imposerait au législateur de prévoir l'intervention d'un juge *a priori* dans le cadre des mesures d'investigation coercitives.¹⁶³¹

Conclusion Section 2

266. Si le principe de la compétence *a priori* du juge dans l'avant-procès a dans le domaine des perquisitions, des fouilles et de la privation de liberté un socle commun des deux côtés du Rhin, il n'en reste pas moins des différences de taille dans l'étendue de celui-ci. Ainsi la France va-t-elle ici plus loin en faisant intervenir dans les crimes et les délits les plus graves le juge instructeur, qui, lui-même devra recourir à un deuxième magistrat du siège dans les cas les plus attentatoires aux libertés individuelles que constitue la détention provisoire. Par ailleurs, elle reconnaît une valeur constitutionnelle au recours à la compétence *a priori* d'un magistrat du siège en matière de libertés individuelles en fonction de la gravité de l'atteinte portée. Toutefois, cette large place théorique du juge n'empêche pas le législateur d'accorder parallèlement toujours plus de pouvoirs au procureur en matière de libertés individuelles comme l'attribution du contrôle de la mesure privative de liberté de la garde à vue à ce dernier.

267. L'Allemagne est dès le départ moins ambitieuse s'agissant de l'intervention du magistrat du siège au cours de l'avant-procès, puisque seul est prévu un contrôle *a priori* ponctuel du juge de l'enquête concernant certaines mesures attentatoires aux libertés individuelles que la loi prévoit au cas par cas, sans qu'il en résulte pour autant un principe à valeur constitutionnelle garantissant l'action *a priori* d'un juge du siège à partir d'une certaine gravité de l'atteinte portée par un acte d'investigation.

¹⁶³⁰ „Das Grundgesetz geht davon aus, dass Richter auf Grund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz (Art. GG Artikel 97 GG) die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren können“, v. e. a. BVerfG, déc. du 01.10.1987 - 2 BvR 1178/86 e. a. (BVerfGE 77, 51), reproduite dans NJW, 1988, p. 890-897, ici spéc. p. 894.

¹⁶³¹ En ce sens BVerfG, NJW, 2008, p. 832, n° 258-259 (réf. exactes en n. 1605) ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 458 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 200.

– CONCLUSION CHAPITRE II –

268. Le juge du siège offre en raison de ses garanties statutaires d'indépendance la plus grande légitimité pour décider de mesures attentatoires aux libertés individuelles. Il n'est soumis qu'à la loi et à sa seule conscience. De fait, il pourra considérer tous les intérêts en présence dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité, sans que l'un de ceux-ci domine au départ pour des raisons statutaires. Les mesures d'investigation lors de la mise en état de l'affaire pouvant se révéler le cas échéant gravement attentatoires aux libertés, inattendues et/ou doublement préjudiciables, dans le sens où les éléments de preuve qu'elles permettront de recueillir, pourront être utilisés à charge au procès contre le mis en cause, les règles du procès équitable imposent l'intervention *a priori* d'un magistrat du siège, seul acteur judiciaire à présenter *in abstracto* une pleine impartialité. Ce contrôle préalable à l'acte envisagé effectué sur le fondement d'une balance équitable des intérêts en présence permet au mis en cause de bénéficier d'un double regard extérieur qui pourra le cas échéant le préserver à temps des préjudices qui résulteraient d'une mesure illégale.

269. Si la nécessité de l'intervention du juge au cours de l'avant-procès est pour ces raisons acquise des deux côtés du Rhin, son étendue ne fait pas consensus. La France et l'Allemagne adoptent une stratégie similaire dans le cadre commun de l'enquête, dans lequel le procureur se voit doté de larges pouvoirs décisionnels concernant des mesures d'investigation attentatoires aux libertés, sous le contrôle ponctuel d'un juge de l'enquête, du côté allemand, ou du juge des libertés et de la détention, du côté français, en fonction de la gravité, du caractère inattendu et/ou doublement préjudiciable de la mesure adoptée. La France estime néanmoins toujours nécessaire, dans les cas de délits les plus graves et/ou les plus complexes en raison des enjeux majeurs pour les libertés individuelles de recourir à un magistrat instructeur qui ne sera contrairement à son collègue, le juge des libertés et de la détention, pas seulement contrôleur mais mieux encore acteur. Ainsi dans cette hypothèse, le juge disposera-t-il d'une plénitude de compétences, à l'exception de la détention provisoire où il sera lui-même soumis au contrôle du juge des libertés et de la détention, qui lui ouvre une plus grande marge d'appréciation et de manœuvre en ce qu'il jugera également de la pertinence à adopter une mesure donnée.

– CONCLUSION TITRE 2 –

270. L'équilibre judiciaire de l'avant-procès des systèmes à l'étude s'organise autour de deux acteurs de l'autorité judiciaire, le procureur et le juge.

271. Le ministère public, dépendant statutairement directement du pouvoir exécutif, qui tire médiatement sa légitimité d'élections démocratiques, il apparaissait naturel de lui accorder la poursuite au nom des intérêts de l'État. En revanche, ce même lien étroit au gouvernement, de même que sa fonction de poursuite, l'empêche de disposer d'une entière indépendance et impartialité *in abstracto*. Il est alors à craindre une prépondérance naturelle des intérêts du gouvernement par rapport à ceux de l'individu lorsqu'il s'agira d'apprécier de l'opportunité ou de la proportionnalité d'une mesure donnée.

272. S'il est plus éloigné d'un pouvoir issu d'élections démocratiques que ses collègues du parquet, le juge, soumis uniquement à la loi et à sa conscience, est quant à lui bien l'organe prédestiné pour prendre une décision attentatoire aux libertés individuelles en toute indépendance et impartialité, puisqu'aucun intérêt particulier ne domine de prime abord *in abstracto* pour des raisons statutaires.

273. Seule la combinaison de ces deux acteurs au sein de l'avant-procès est donc à même de s'assurer que tous les intérêts soient représentés de manière appropriée et de garantir parallèlement une pleine indépendance et impartialité de la justice. Les intérêts de la société seront représentés et défendus de manière appropriée dans la personne du procureur face au mis en cause. L'intervention du juge, indépendant statutairement et impartial *in abstracto* permet de son côté une égale considération des intérêts étatiques et individuels. Par ailleurs, ces actions conjuguées permettent de répartir les fonctions sur divers protagonistes garantissant par là, non plus seulement une impartialité statutaire mais également fonctionnelle, et évite que l'un des acteurs ne se retrouve en raison de ses missions conflictuelles devant le dilemme cornélien de l'avant-procès. C'est d'ailleurs originellement cette impartialité fonctionnelle qui était censée nous prémunir contre les travers du système inquisitoire dans lequel le juge inquisiteur réunissait tous les pouvoirs. Et c'est bien ici que nous semble résider toute la clef d'équilibre de l'avant-procès.

— CONCLUSION PREMIÈRE PARTIE —

274. Le conflit d'intérêts inhérent à l'avant-procès et les objectifs bipolaires sous-jacents attachés à la manifestation de la vérité (efficacité-procédure équitable et respectueuse des libertés individuelles) place l'architecte à la recherche d'une structure idéale pour l'avant-procès devant un véritable dilemme dont le secret réside dans l'agencement équilibré de l'intervention du procureur et du juge de l'avant-procès.

275. Il a été démontré lors de la présentation des droits et libertés au stade de l'avant-procès la tendance à privilégier l'efficacité sur les garanties de la personne mise en cause afin de rendre possible l'élucidation d'une infraction. Ainsi y a-t-il bien une différence de taille dans le contenu et l'étendue des droits garantis au stade de la mise en état de l'affaire par rapport à ceux qui trouveront application lors de l'audience contradictoire et publique. Cela est acceptable si l'on considère que le mis en cause aura la possibilité de bénéficier de la plénitude de droits de la défense lors de l'audience principale. En revanche, des difficultés naissent lorsque les affaires, comme c'est le cas pour la très grande majorité à l'heure actuelle, ne connaissent pas cette fin. Certes, la phase préliminaire au procès a connu un développement important des droits et libertés de la personne mise en cause pour pallier ce problème. Mais les meilleurs droits du monde ne pourront être véritablement effectifs que s'ils sont assortis des garanties techniques corrélatives au titre desquelles comptent et les garanties fonctionnelles ainsi que statutaires des acteurs correspondants qui les mettent en œuvre, et les recours adéquats contre leurs décisions. Or, pour assurer l'indépendance et l'impartialité tant sur un plan statutaire que fonctionnelle, la présence équilibrée de deux acteurs est impérative. La répartition des fonctions de l'avant-procès doit se faire équitablement pour que l'impartialité fonctionnelle de chacun des intervenants soit assurée. À ce niveau, les deux modèles à l'étude ont fait des choix structurels différents. La France maintient pour le moment l'ossature traditionnelle dualiste de la mise en état de l'affaire dans laquelle les rôles sont traditionnellement mieux répartis entre le juge et le procureur, tout en ne cessant d'accroître sans véritable réflexion de fond le champ d'application de l'enquête et corrélativement les pouvoirs accordés au ministère public. L'Allemagne a, quant à elle, choisi délibérément de consacrer légalement le rôle prépondérant du procureur, tandis qu'elle relègue désormais le juge de l'avant-procès au rang d'auxiliaire.

276. Cette réserve de l'Allemagne concernant le rôle du juge à ce stade de la procédure peut en partie s'expliquer à la lumière des exigences de célérité de la procédure pénale

(raisons principales de l'abolition du juge d'instruction en Allemagne¹⁶³²), elles-mêmes expression d'un droit fondamental procédural à valeur constitutionnelle en Allemagne comme en France.¹⁶³³

277. Et pourtant il serait bien dangereux de sacrifier la protection des libertés sous prétexte de rapidité. Gardons-nous ici en particulier de confondre cette exigence avec la précipitation et ne négligeons pas ce rappel opportun et nécessaire des droits de la défense : « *Tout accusé a droit notamment à (...) disposer du temps (et des facilités) nécessaire(s) à la préparation de sa défense* » (CEDH, art. 3-b).¹⁶³⁴ S'il fallait ici choisir entre l'exigence de rapidité ou les garanties les plus élémentaires dans la recherche de la preuve et la procédure de jugement, c'est donc assurément la célérité qu'il faudrait placer au second rang « *Accélération certes, de la procédure au profit de la personne détenue ou accusée, mais pas au point de réduire à l'excès le droit qu'elle a à se défendre !* ». ¹⁶³⁵ Il convient ici comme souvent de trouver le juste équilibre, ce que souligne parfaitement la CEDH dans le choix du terme de « *délai raisonnable* » qui exprime la notion de célérité tout en excluant les excès.¹⁶³⁶ Or le véritable mal de l'avant-procès en France comme en Allemagne réside, à notre sens, justement dans le rôle devenu « excessivement » résiduel du juge de l'avant-procès.

278. Et c'est ce qu'il convient désormais de prouver en s'attachant plus en détail à la répartition des rôles entre les deux protagonistes de l'avant-procès dans la pratique actuelle des systèmes et leurs effets sur les personnes concernées par l'avant-procès afin de déterminer comment garantir au mieux les libertés individuelles, sans pour autant mettre en péril la recherche de la vérité dans un délai raisonnable (Deuxième partie).

¹⁶³² V. not. JUNG, Heike, « Bilanz der Reform (1. StVRG 1975) », *JuS*, 4-1975, art. cit., p. 265 ; RIEß, Peter, « Hauptinhalt des 1. StVRG », *NJW*, 1975, art. cit., p. 81.

¹⁶³³ V. sur ce point les dév. n° 165 et s., p. 186 et s. de cette thèse.

¹⁶³⁴ En ce sens not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 4-5, n° 3, n. 14, qui cite Léo Hamon s'exprimant à juste titre en ces termes à propos de son rôle au sein du Comité parisien de Libération, chargé de l'épuration administrative : « *Dès l'instant où l'on rompt avec le respect des procédures, qui peuvent parfois ralentir la répression, on déchaîne un mal souvent pire que celui qu'on veut punir* ».

¹⁶³⁵ LUCAZEAU, Gilles, « Le délai raisonnable est-il bien raisonnable ?, doct. 103 », *JCP G*, 3-2009, art. cit., n° 6.

¹⁶³⁶ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 100-101, n° 65 ; PRADEL, Jean et al., *Droit pénal européen*, op. cit., n° 365 et 423.

– DEUXIÈME PARTIE –

QUEL ÉQUILIBRE FONCTIONNEL ET STATUTAIRE POUR LES MEMBRES DU MINISTÈRE PUBLIC ET LES JUGES DE L'AVANT-PROCÈS ?

279. Si l'intervention d'un juge au stade de l'avant-procès est donc acquise dans nos deux ordres procéduraux, la répartition fonctionnelle entre le procureur et les juges à ce stade au regard des droits fondamentaux et principes directeurs de la procédure pénale ne fait pas consensus. La France fit ici le choix de conserver la dualité de la mise en état de l'affaire pénale, prévue originellement dans le Code d'instruction criminelle, en conservant la particularité du magistrat instructeur. Elle en gomme toutefois parallèlement les effets néfastes sur les libertés individuelles, constatés notamment dans le domaine de la détention provisoire, en introduisant un nouvel acteur à ses côtés, à savoir, le juge des libertés et de la détention. Mais, alors que l'instruction est devenue progressivement un cadre respectueux des droits et libertés fondamentaux des personnes concernées,¹⁶³⁷ elle ne cesse de se rarifier dans la pratique et ne concerne aujourd'hui plus qu'autour de 3 % des affaires pénales.¹⁶³⁸ Corrélativement l'enquête connaît un engouement sans pareil, conduisant le législateur à accorder au gré des nouvelles pratiques, mais sans véritable réflexion de fond, ni cohésion d'ensemble, de nouveaux pouvoirs au procureur ponctuellement subordonnés au contrôle d'un juge du siège.¹⁶³⁹ De fait, ce mouvement conduit à un rapprochement inéluctable des deux cadres juridiques de la mise en état de l'affaire qui affaiblit toujours plus le magistrat

¹⁶³⁷ V. sur ce point les dév. aux n° 803 et s., p. 713 et s. de cette thèse (deuxième partie, Titre 2). En ce sens e. a. égal. TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire*, Toulouse, 2005, p. 31 et s., n° 23 et s. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 43 et s.

¹⁶³⁸ V. sur ce phénomène d'érosion not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 2-3 : alors qu'une information judiciaire était ouverte dans un peu plus de 8 % des affaires dans les années 90, le nombre d'instruction ouvertes était en dessous de 3 % en 2016. Ce chiffre se base ici sur les derniers chiffres-clés de la justice parus en 2018 qui font état pour l'année 2017 sur un total de 595.261 affaires poursuivies de 16 936 dossiers transmis à l'instruction (≈ 2,85 % de l'ensemble des affaires poursuivies). V. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p. 14.

¹⁶³⁹ V. à ce propos e. a. RIBEYRE, Cédric, « Crime organisé - Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale – Et maintenant ? - Ét. 17 », *Dr. Pén.*, n° 9, 2016, n° 24 et s.

instructeur.¹⁶⁴⁰ Nombreux sont ceux qui virent dans l'érosion croissante de l'information judiciaire consécutive la preuve que le problème de fond de la procédure pénale relevait bien de cette spécificité française que beaucoup de systèmes avaient abolie et réclamèrent tout bonnement sa suppression.¹⁶⁴¹

280. C'est ici que la comparaison avec l'Allemagne se révèle particulièrement intéressante. En effet, forte du constat pratique du rapprochement des fonctions du procureur et du juge d'instruction ainsi que dans un souci de célérité, ce pays prit le parti dès 1975 de consacrer l'unicité du cadre juridique de l'avant-procès et confia l'entière responsabilité des investigations au procureur sous le contrôle ponctuel d'un juge de l'enquête aux seules fonctions juridictionnelles.¹⁶⁴² Certes, comme développé en introduction de cette thèse, l'avant-procès allemand, inspiré de la structure du Code d'instruction criminelle, se construit originellement également autour de l'action du juge d'instruction et du procureur.¹⁶⁴³ Mais contrairement au système français, c'est ce dernier, véritable acteur « *hermaphrodite* »¹⁶⁴⁴ à l'instar de son ancêtre napoléonien, censé à la fois défendre les intérêts de l'état (mission qui laissera son empreinte dans la désignation de la profession puisque « *Staatsanwalt* » signifie littéralement avocat de l'État)¹⁶⁴⁵ et garantir le respect de la loi, qui a toujours occupé le devant de la scène au cours de l'avant-procès.

281. Cette particularité trouve certainement ses racines dans la différence majeure que constitue la consécration du principe de légalité dans le StPO (Code fédéral de procédure

¹⁶⁴⁰ V. sur ce phénomène de rapprochement e. a. : DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1006 et s., n° 1489 et s. ; THOMAS-TAILLANDIER, Delphine, « L'enquête-instruction : focus sur l'évolution de la mise en état des affaires pénales », *Gaz. Pal.*, n° 27, juillet 2017, p. 74 et s.

¹⁶⁴¹ En ce sens not. GUINCHARD, Serge, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », dans B. TEYSSIÉ (éd.), *CP et CIC : livre du bicentenaire*, art. cit., p. 257-286 ; GUINCHARD, Serge, « De l'irresponsabilité des juges d'instruction, pour combien de temps encore ? », dans *Mélanges Pradel*, 2006, op. cit., p. 349-367 ; DECOCCO, André, « Dialogue des morts sur la réforme de la procédure pénale », dans *Mélanges Guinchard*, 2010, art. cit., p. 939-949 ; LHOMME, Fabrice et DAVET, Gérard, « Pour le juge Van Ruymbeke, "il faut supprimer le juge d'instruction" », *Le Monde.fr*, 20 janvier 2006, p. 3 ; v. not. pour un récapitulatif concis des critiques exercées envers le juge d'instruction sans que l'auteur soit pour sa part pour la suppression de l'institution BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, art. cit., n° 19 et 20.

¹⁶⁴² Sur cette réforme se rapporter e. a. à RIEB, Peter, « Hauptinhalt des 1. StVRG », *NJW*, 1975, art. cit., p. 81-94 ; JUNG, Heike, « Bilanz der Reform (1. StVRG 1975) », *JuS*, 4-1975, art. cit.

¹⁶⁴³ Se rapporter ici pour plus de précisions aux n° 23 et s., p. 38 et s. de cette thèse.

¹⁶⁴⁴ Selon le terme de JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, art. cit., p. 15.

¹⁶⁴⁵ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 250 ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, op. cit., p. 617, n° 1533.

pénale allemand) de 1877, censé renforcer l'objectivité des membres du ministère public.¹⁶⁴⁶ Et, en effet, cet élément semble avoir porté ses fruits : le rôle de garant de la loi objectif des parquetiers s'affirme progressivement très nettement laissant paraître le rattachement à l'exécutif du procureur comme un aspect secondaire. Le juge enquêteur de l'avant-procès n'est alors plus vu comme un protagoniste indispensable à l'intégrité de la justice, le procureur étant lui-même considéré le plus souvent comme l'institution la « *plus objective du monde* ». ¹⁶⁴⁷ Il ne se développe en Allemagne, aucun attachement culturel à la figure du magistrat instructeur qui pourrait constituer un frein à sa future abolition et ce dernier n'a jamais joué le rôle clef qu'on attribuait à son homologue français.¹⁶⁴⁸ Loin de pâtir des atteintes successives portées au principe de légalité à la suite de la réforme Emminger en 1924, la position du ministère public vient bien plus se renforcer.¹⁶⁴⁹ Ce dernier s'empare en effet du rôle stratégique de « *filtre* » pour solutionner le problème procédural posé par le traitement de la délinquance de masse.¹⁶⁵⁰ Le procureur concurrence alors de plus en plus le juge d'instruction. L'enquête, envisagée au départ comme l'exception, se généralise au détriment de l'instruction¹⁶⁵¹ jusqu'à l'abolition pure et simple de ce second cadre de la mise en état de l'affaire en 1975 qui signe l'avènement de la souveraineté du ministère public dans l'avant-procès.

282. Le procureur sort alors véritablement de l'ombre du juge, et se libère de sa subordination par rapport à celui-ci.¹⁶⁵² Les rapports sont inversés et c'est désormais le juge de l'avant-procès, l'« Ermittlungsrichter », soit littéralement le juge de l'enquête, remplaçant

¹⁶⁴⁶ V. développement p. 53, n° 37.

¹⁶⁴⁷ Il s'agirait ici de la formule idéaliste employée par le procureur général Hugo Isenbiel reprise par nombre de juristes après lui pour caractériser (ou parodier en raison du caractère exagéré de la formule) l'institution. V. DÖHRING, Erich, « Deutsche StA in ihrer geschichtlichen Entwicklung », *DRiZ*, 1958, *art. cit.*, p. 286, n. 30 a, qui voit lui-même une grande part de vérité dans cette affirmation. V. égal. e. a. SCHMIDT, Eberhard, « Rechtsstellung der Staatsanwälte », *MDR*, 1951, *art. cit.*, p. 3 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 113, n. 33 et 34 ; GÜNTHER, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, *op. cit.*, p. 8 ; WAGNER, Walter, « Der objektive Staatsanwalt - Idee und Wirklichkeit », *JZ*, 1974, p. 212 et n. 1 qui font tous état de cette célèbre formule.

¹⁶⁴⁸ JUNG, Heike, « Le procès pénal en RFA », dans DELMAS-MARTY, M. (éd.), *Procès pénal et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 112.

¹⁶⁴⁹ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 225.

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 224 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁶⁵¹ Juste avant son abolition avec la réforme de 1975, le juge d'instruction n'intervenait plus que dans à peine 2% des cas, v. BT « 1. StVRG, 1^e projet de l. sur la réforme de la proc. pén. », *BT-Drs. 7/551, doc. préc.*, p. 38.

¹⁶⁵² JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 224 ; KUNZ, Karl-Ludwig, « Die Verdrängung des Richters durch den Staatsanwalt: eine zwangsläufige Entwicklung effizienzorientierter Strafrechtspflege? », *KJ*, n° 1, 1984, p. 39.

du magistrat instructeur, qui est relégué au rôle « *d'auxiliaire* »¹⁶⁵³ d'un procureur « *souverain* ». ¹⁶⁵⁴ C'est ce qui pousse Heike Jung à trouver que la formule amplifiée de Kiejman¹⁶⁵⁵ (sans la partager entièrement) pourrait tout à fait caractériser le ministère public allemand : « *le parquet, notamment par sa faculté de classement sans suite, est le juge le plus important* ». ¹⁶⁵⁶

283. Or, pour le prévenu la montée en puissance du procureur tend, tout comme en France, à constituer une sphère de pouvoir sans mécanisme de protection suffisant.¹⁶⁵⁷ Le contrôle des juges du siège n'offre quant à lui que de maigres perspectives, alors que l'audience lors du procès principal a perdu significativement de sa fonction centrale au profit de l'enquête préliminaire.¹⁶⁵⁸

284. Le législateur allemand, conscient de ce déséquilibre au désavantage de la personne soupçonnée entreprit certes quelques tentatives pour égaliser ce rapport de force.¹⁶⁵⁹ Il essaya par exemple, par sa réforme de 1964, de mettre l'accent sur le renforcement des droits de la défense et instaura une audition spéciale pour permettre au prévenu de se défendre avant que la citation ne soit livrée au tribunal.¹⁶⁶⁰ Il s'agissait ici d'accorder une dernière chance au prévenu pour éviter le procès.¹⁶⁶¹ Mais ces tentatives n'eurent pas le succès escompté dans la pratique¹⁶⁶² et cette nouveauté fut bien plus abrogée sans être remplacée par la réforme de 1975 dans laquelle les soucis d'efficacité et de célérité de la procédure

¹⁶⁵³ Claus Roxin et al. nomment le titre de leur neuvième paragraphe sur les acteurs intervenants au stade de l'enquête de manière emblématique « *die Staatsanwaltschaft und ihre Gehilfen* » (= « *le ministère public et ses auxiliaires* » au titre desquels compte le juge de l'enquête), v. *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, p. 50, titre du § 9.

¹⁶⁵⁴ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 224.

¹⁶⁵⁵ Tel que cité par FALQUE, Edith, « La protection de l'innocent, journées d'études de l'institut de criminologie de Paris (Paris, 28 et 29 mai 1975) », *Rev. sc. crim.*, n° 4, 1975, p. 1143.

¹⁶⁵⁶ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 224.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 225.

¹⁶⁶⁰ V. les §§ 169a al. 2, 169 c, 136, 141 et 147 StPO (1965). Les anciennes versions du StPO sont toutes consultables sur le site *lexetius.com* : <<http://lexetius.de/leges/StPO/Inhalt?8>>, consulté dernièrement le 29 septembre 2016. V. dans ce sens RIEß, Peter, « Hauptinhalt des 1. StVRG », *NJW*, 1975, *art. cit.*, p. 85 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 225-226 ; MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1187-1188. V. concernant la réforme de 1965 not. DAHS, Hans, « Die kleine Strafprozeßreform », *NJW*, n° 3, 1965, p. 81-86 ; SCHORN, Hubert, « Die Rechtsstellung des Beschuldigten und seines Verteidigers nach dem Strafprozeßänderungsgesetz », *NJW*, n° 16-17, 1965, p. 713-716.

¹⁶⁶¹ *BT-Drs.*, IV/178, p. 28 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 226.

¹⁶⁶² BT « 1. StVRG, 1^e projet de l. sur la réforme de la proc. pén.) », *BT-Drs. 7/551, doc. préc.*, p. 41 ; RIEß, Peter, « Hauptinhalt des 1. StVRG », *NJW*, 1975, *art. cit.*, p. 86, spéc. aussi n. 64-68 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 226.

primèrent sur les droits de la défense.¹⁶⁶³ Le curseur semble donc délibérément avoir été placé à l'avantage de l'efficacité des investigations,¹⁶⁶⁴ principe auquel la Cour fédérale constitutionnelle allemande a toujours accordé un statut constitutionnel.¹⁶⁶⁵ Comment cela s'est-il traduit en pratique pour les personnes concernées par l'avant-procès dans le système actuel ? Le changement de structure a-t-il eu un impact bénéfique ?

285. Pour réaliser la comparaison, on s'attachera dans un premier à l'étude du cadre commun à l'avant-procès en France et en Allemagne que représente l'enquête et qui, selon nous, cristallise le malaise actuel des procédures pénales modernes (Titre 1). Face au déséquilibre des pouvoirs dans cette phase de l'avant-procès au net avantage du ministère public et corrélativement au détriment des parties privées, en particulier du suspect, nous présenterons dans un second temps l'instruction, non pas comme une originalité complexe française dont il conviendrait de se débarrasser mais bien plus comme un atout à conserver, vecteur d'un avant-procès contradictoire et équilibré, respectueuse des libertés à l'heure où ces dernières ont trop tendance à devoir céder le pas devant les soucis de célérité et d'efficacité dominant l'enquête (Titre 2).

¹⁶⁶³ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 226.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁶⁵ V. p. ex. les déc. de la Cour fédérale constitutionnelle suivantes : *BVerfGE*, 77, 65 (76), déc. du 01.10.1987 – 2 BvR 1434/86, n° 20; *BVerfGE*, 80, 367 (375), décision du 14.09.1989 – 2 BvR 1062/87, n° 21; JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, *art. cit.*, p. 18.

- TITRE 1 -

L'ENQUÊTE, CADRE COMMUN À L'AVANT-PROCÈS EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE

286. Un rapprochement avec le système germanique mène au constat que les difficultés rencontrées du côté français sont toujours étrangement semblables à celles présentes outre Rhin. Il semble donc que les causes résident bien moins dans l'existence d'un cadre duel de la mise en état de l'affaire pénale en France que dans la tendance mondiale observée d'une montée en puissance du procureur mal maîtrisée et sans contre-pouvoirs ni mécanismes de protection des droits fondamentaux suffisants, alors que le procès, pensé au départ comme pierre angulaire de la procédure pénale, perd en importance et n'est plus en mesure de rééquilibrer ces déficits.¹⁶⁶⁶

287. En effet, il ressort de la comparaison du cadre commun de l'enquête des deux pays à l'étude que la mise en état de l'affaire pénale est marquée dans les deux systèmes par une nette prédominance d'un ministère public dont la souveraineté affirmée par les textes est mise à mal en pratique par la police judiciaire au détriment des personnes concernées (Chapitre I). Le législateur a bien prévu des garde-fous dont le plus important est certainement l'intervention du juge de l'enquête en Allemagne et, le plus souvent, de son équivalent en France, à savoir le juge des libertés et de la détention, pour les mesures les plus attentatoires aux libertés individuelles. Toutefois, l'effectivité de ces contre-pouvoirs n'est pas toujours vérifiée et la position des personnes concernées par les investigations, notamment du prévenu, en ressort clairement affaiblie (Chapitre II).

¹⁶⁶⁶ Sur ce constat v. e. a. SCHÜNEMANN, Bernd, « Wohin treibt der deutsche Strafprozess? », *ZStW*, vol. 114, n° 1, 2002, p. 22 et s. ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 14-17 et 44 et s. ; FEZER, Gerhard, « Richterliche Kontrolle der Ermittlungstätigkeit vor Anklageerhebung », dans *GS-Schröder*, 1978, *art. cit.*, p. 412 et s. ; SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, *op. cit.*, p. 24 et s. ; du côté fr. e. a. MULLER, Yvonne, « Garde à vue - La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française - Étude n° 2 », *Dr. pén.*, n° 2, 2011, n° 13 et 14 ; VOLFF, Jean, « Procédure pénale - Les évolutions de la procédure pénale en Europe après 1945 - ét. 19 », *Dr. pén.*, n° 9, 2007 ; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève, « La figure du juge de l'avant-procès entre symboles et pratique », dans *Mélanges Pradel*, 2006, *op. cit.*, p. 336. Par ailleurs, le Conseil des Sages faisait lui-même cette constatation dans sa décision CC, 30.07.2010, n° 2010-14/22 QPC - M. Daniel W. et al. [GAV], considérant n° 16.

– CHAPITRE I –

LA MONTÉE EN PUISSANCE DU PROCUREUR AU DÉTRIMENT DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

288. Qu'il s'agisse du constat pratique en France, où le parquetier, s'il continue de partager selon les textes le rôle clé dans les investigations avec le magistrat instructeur, traite dans les faits plus de 97 % des investigations,¹⁶⁶⁷ ou de l'Allemagne, où la souveraineté du procureur dans l'avant-procès est consacrée par les textes mêmes du StPO,¹⁶⁶⁸ on observe des deux côtés de la frontière une augmentation constante et exponentielle des pouvoirs reconnus par le législateur national au profit du procureur qui en font, outre les textes, *de facto* l'acteur prépondérant auquel revient la responsabilité de la conduite et de la clôture des investigations.¹⁶⁶⁹ Cette souveraineté résulte d'une part du rôle d'initiateur et de directeur de l'enquête du ministère public qui n'est pourtant en pratique pas toujours vérifié, la police s'arrogeant en l'espèce toujours plus de marge d'intervention (Section I). D'autre part, c'est bien le pouvoir décisionnel du parquetier à la fin des investigations, pour déterminer le sort de l'action publique dont il est l'unique détenteur, qui contribue à faire de cet acteur l'intervenant le plus influent de l'avant-procès (Section II).

– SECTION I –

LE MINISTÈRE PUBLIC, UN SOUVERAIN CONTESTÉ DANS SON RÔLE D'INITIATEUR ET DE DIRECTEUR DE L'ENQUÊTE

289. La lecture des textes du StPO concernant le procureur ne laisse aucun doute sur la volonté du législateur allemand d'en faire « *la clef de voûte* »¹⁶⁷⁰ des investigations ; et en France, s'il n'est pas à proprement parler l'unique maître des investigations, le juge d'instruction reprenant cette position lorsqu'une information judiciaire est ouverte, c'est bien

¹⁶⁶⁷ Se rapporter ici aux chiffres précités en n. 1638.

¹⁶⁶⁸ C'est la raison pour laquelle le procureur est souvent désigné par la doctrine all. comme le « *souverain de la procédure d'enquête* » (« *Herr des Ermittlungsverfahrens* »), v. p. ex. e.a. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 26 ; SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, art. cit., p. 64 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 100, n° 131.

¹⁶⁶⁹ V. p. ex. JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 224 ; de même que Kiejman tel que cité par FALQUE, Edith, « La protection de l'innocent », *Rev. sc. crim.*, 4-1975, art. cit., p. 1143. Par ailleurs, cette observation sera étayée tout au long du chapitre I de ce titre.

¹⁶⁷⁰ La formule est empruntée à LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, op. cit., p. 616, n° 1530.

à lui que le Code de procédure pénale confie sans équivoque la direction et le pouvoir d'initiative de l'enquête, cadre juridique de la mise en état intervenant *de facto* pour la quasi-totalité des procédures pénales (§ 1). Mais outre le fait que l'ampleur des pouvoirs attribués au procureur en l'espèce est déjà en soi une source d'inquiétude pour les droits et libertés des personnes concernées par une enquête, le constat d'une police judiciaire corrélativement toujours plus puissante, qui empiète officieusement largement sur les compétences du ministère public, ne manque pas de conforter ces craintes. En effet, il n'est plus possible d'ignorer que la police dépasse le rôle de simple « *auxiliaire* »¹⁶⁷¹ du ministère public que lui attribuent les textes, à tel point que certains dans la doctrine parlent à cet égard d'un phénomène de « *policisation* »¹⁶⁷² de la mise en état de l'affaire pénale (§ 2). Si le rôle de « *souverain* » de l'enquête du procureur doit être relativisé dans la mesure où il n'est pas toujours maîtrisé, il n'en reste pas moins l'acteur déterminant de l'enquête – ou, du côté allemand, de l'ensemble des investigations au stade de la mise en état de l'affaire pénale – du fait, et de sa consécration formelle dans les codes de procédure pénale respectifs dans ce segment de la procédure et de sa responsabilité incontestée en tant que directeur des investigations, qui se traduit par de nombreux pouvoirs décisionnels propres (§ 3).

§ 1. Le procureur, un « souverain » selon les textes en raison de son pouvoir de direction et d'initiative dans le cadre de l'enquête

290. Les ressemblances, dans les rôles de direction et d'initiative dans l'enquête, du procureur allemand et français restent frappantes malgré la restructuration de la procédure pénale outre-Rhin en 1975. La seule différence majeure réside ici dans le fait que, le Code de procédure pénale français, ayant maintenu la dualité de la mise en l'état de l'affaire pénale

¹⁶⁷¹ MEIER, Bernd-Dieter, « Die Reform des Ermittlungsverfahrens, Zur notwendigen Stärkung der Rechtsstellung der Beteiligten », *GA*, 2004, p. 445 qui tire cette conclusion de l'interprétation du § 152 GVG. Celui-ci fait clairement ressortir que les policiers intervenant dans les investigations sont censés être « *au service* » du procureur. Ce lien de subordination vaut également dans le système français et ressort clairement des termes de l'art. 12 du CPP qui indique « *la police judiciaire est exercée [...] sous la direction du procureur de la République* ».

¹⁶⁷² Traduction libre du terme „*Verpolizeilichung*“. V. p. ex. SCHOREIT, Armin, « Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens », *StV*, n° 10, 1989, p. 349-352 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 229, spéc. titre du chap. 6 ; ALBRECHT, Peter-Alexis, « Vom Unheil der Reformbemühungen », *StV*, 2001, *art. cit.*, p. 417. Des constatations similaires valent au niveau français comme le montrent les études s'attachant au dispositif de traitement en temps réel qui dénotent une nette influence de la police judiciaire, v. p. ex. BASTARD, Benoit et MOUHANNA, Christian, *Une justice dans l'urgence : le traitement en temps réel des affaires pénales*, Paris, Presses universitaires de France, 2007, p. 90 et s. ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, p. 51, qui se réfère au dernier rapport de l'Inspection Générale des Services judiciaires sur la question, rendu en juin 2014.

avec l'instruction, dont l'existence perdure malgré l'érosion, la « *souveraineté* » du parquetier que les textes semblent vouloir consacrer ne s'étend qu'à l'enquête et ne vaut pas pour l'ensemble de l'avant-procès. Il conviendra en ce sens avant tout de clarifier le rôle et la fonction du parquetier dans le cadre des investigations par rapport au juge d'instruction pour mieux cerner le caractère duel de l'avant-procès français (A). Le système allemand consacre quant à lui depuis 1975, du moins en théorie, faute d'information judiciaire, la pleine souveraineté de principe du procureur au stade de la mise en état de l'affaire pénale, du fait notamment de son rôle de directeur des investigations (B).

A – Le procureur français, un directeur et initiateur des investigations affirmé selon les textes dans le cadre juridique de l'enquête

291. Si le magistrat instructeur et le procureur sont dans les textes deux acteurs bien distincts de la mise en état de l'affaire dans le système procédural pénal français, les frontières de leurs domaines respectifs d'intervention se brouillent, alors que le juge d'instruction ne cesse de perdre en influence dans la pratique, concurrencé dans ses fonctions d'enquête directement par le procureur, au détriment des droits et libertés individuelles.¹⁶⁷³

292. La différenciation du procureur, en sa qualité d'autorité des poursuites au stade de l'enquête,¹⁶⁷⁴ du magistrat instructeur s'avère difficile puisque que leurs fonctions s'entrecoupent, le parquetier et le juge d'instruction pouvant tous deux être amenés à conduire les investigations préalables à la saisine de la juridiction de jugement et recourir pour ce faire à des mesures similaires.¹⁶⁷⁵

293. À cela s'ajoute que les deux cadres juridiques de l'avant-procès que sont l'instruction et l'enquête poursuivent un même objectif, la manifestation de la vérité quant à la

¹⁶⁷³ Le magistrat instructeur est en outre concurrencé, concernant ses pouvoirs judiciaires, par le JLD, point sur lequel il sera revenu plus en détail lors de l'étude de cet intervenant, v. n° 777 et s., p. 683 et s. de cette thèse. Concernant ces trois figures de l'avant-procès et les très larges recoupements de leurs fonctions respectives GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève, « La figure du juge de l'avant-procès entre symboles et pratique », dans *Mélanges Pradel*, 2006, art. cit., p. 336-339.

¹⁶⁷⁴ Les fonctions du ministère public sont en réalité multiples et variées, v. à ce sujet et sur les difficultés que cette pluralité de missions engendre dans la pratique p. ex. BEAUME, Jacques, « Le parquet : après trois décennies, la nécessité d'un nouvel équilibre », dans C. CASS. (éd.), *Quel avenir pour le ministère public ?*, op. cit., p. 155-168, et spéc. p. 158 concernant les diverses fonctions du procureur. On se concentrera ici néanmoins sur le rôle d'autorité des poursuites du procureur au stade de l'enquête, seul à présenter de nombreuses similitudes avec le rôle du juge d'instruction.

¹⁶⁷⁵ V. réf. citée préc. en n. 1673.

commission d'une infraction pénale,¹⁶⁷⁶ et sont tous deux marqués par des traits communs empruntés à la procédure inquisitoire que sont les caractères en principe écrit, secret et non contradictoire.¹⁶⁷⁷

294. On le voit, l'enquête et l'instruction présente donc un tronc commun (1). Mais il perdure des divergences fondamentales dans les rôles de ces deux acteurs, quant aux investigations qu'il conviendra de mettre en lumière pour mieux cerner la « dualité »¹⁶⁷⁸ encore actuelle de la mise en état de l'affaire pénale en France. Alors que le législateur a confié au ministère public, détenteur de l'action publique, un rôle de directeur des enquêtes pour traiter en principe des délits sans difficultés particulières, il revient au juge d'instruction, disposant du fait de son statut de juge, de plus larges pouvoirs contraignants que le procureur, de mener les investigations dans le cadre de l'instruction pour les délits complexes et les crimes sur saisine du procureur (v. art. 79 CPP). Pour poursuivre cette logique, le procureur de la République est le premier organe judiciaire à intervenir au stade de la mise en état de l'affaire pénale dans le cadre juridique de l'enquête (2) sans qu'il soit besoin d'une saisine particulière (3). Cependant, son statut de partie au procès ainsi que sa dépendance vis-à-vis de l'exécutif, bien qu'il soit magistrat, ne lui permettent en principe pas de bénéficier de pouvoirs d'investigation et de contrainte aussi étendus que ceux du juge d'instruction (4).

¹⁶⁷⁶ Cela ressort explicitement concernant le procureur des art. 82 al. 1 et 82-1 al. 1 du CPP et s'agissant du juge d'instruction de l'art. 81 al. 1 du CP. Cette ligne directrice, véritable raison d'être du pouvoir d'investigation et de coercition des magistrats et de la police judiciaire, en fixe également l'étendue. Plusieurs articles la posent d'ailleurs explicitement comme exigence préalable à une décision ou un acte particulier. À titre d'exemple, seules les investigations « nécessaires à la manifestation de la vérité » peuvent être prises en compte pour justifier la durée d'une procédure (v. art. 144-1 al. 1 CPP, 175-2 al. 1 et 221-1 CPP). Ainsi le procureur comme le magistrat instructeur rencontreront-ils des obstacles similaires à la manifestation de la vérité, tels notamment les différents secrets opposables que sont, le secret professionnel, le secret des sources du journaliste et le secret de la défense nationale. Les mêmes dispositions s'appliqueront alors pareillement à l'une comme à l'autre autorité. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1006 et s., n° 1490 ; Soulignant également l'objectif recherche de vérité comme dénominateur commun des deux procédures de la mise en état de l'affaire pénale THOMAS-TAILLANDIER, Delphine, « Focus sur l'évolution de la mise en état », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 74 et s.

¹⁶⁷⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1006, n° 1489 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Le secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, HS*, n° 47, 2012, n° 1.

¹⁶⁷⁸ La formule est empruntée au titre de la section préliminaire concernant la mise en état de l'affaire de l'ouvrage de référence DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1003 et s., n° 1482 et s.

1) L'enquête et l'instruction : deux procédures en principe secrètes et écrites influencées par le modèle inquisitoire

295. Conformément à l'art. 11 al. 1 CPP « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète* ». Le second alinéa dispose quant à lui que « *toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des art. 226-13 et 226-14 du Code Pénal* ». Le principe du secret s'explique d'une part par des considérations d'intérêt public résultant du souci de préserver l'efficacité des investigations, la sérénité de la justice et la sécurité des témoins, des victimes, voire des enquêteurs.¹⁶⁷⁹ Car, procéder à des investigations publiques permettrait à des individus à ce moment hors de soupçons d'effacer toutes traces d'infraction ou d'anéantir des éléments de preuve tels des documents compromettants.¹⁶⁸⁰ D'autre part, le secret sert assurément les intérêts privés de la personne mise en cause, dans la mesure où il respecte mieux la présomption d'innocence¹⁶⁸¹ et garantit l'indépendance de la justice contre toute pression de l'opinion publique.¹⁶⁸² Il mérite à cet égard d'être absolument conservé.¹⁶⁸³ En effet, les services d'enquête expérimentent des pistes incertaines lors de l'avant-procès et il est ici capital qu'aucun discrédit ne soit jeté sur une personne concernée tant que sa culpabilité n'a pas été légalement et définitivement établie.¹⁶⁸⁴ Toutefois, il est évident que ce précepte n'a pas de valeur absolue et trouve application différemment au stade de l'enquête et de l'instruction.¹⁶⁸⁵ Ainsi dès 1897, une loi du 8 décembre vint-elle atténuer considérablement la portée de ce principe par l'introduction d'une « *publicité interne* » au profit de l'avocat¹⁶⁸⁶ ce qui amena sans doute le professeur René Garraud, peu de temps après, à le qualifier de

¹⁶⁷⁹ MATSOPOULOU, Haritini, « Secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, HS*, 47-2012, art. cit., n° 2 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 5^e éd., 2017, p. 292, n° 465.

¹⁶⁸⁰ MATSOPOULOU, Haritini, « Secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, HS*, 47-2012, art. cit., n° 2.

¹⁶⁸¹ Sur ce point v. aussi DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1016-1017, n° 1505.

¹⁶⁸² MATSOPOULOU, Haritini, « Secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, HS*, 47-2012, art. cit., n° 2.

¹⁶⁸³ *Ibid.*

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*

¹⁶⁸⁵ V. à ce propos e. a. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1016 et s., n° 1504 et s. ; MATSOPOULOU, Haritini, « Secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, HS*, 47-2012, art. cit., n° 1.

¹⁶⁸⁶ V. sur ce point not. LEVASSEUR, Georges, « La publicité dans le procès pénal », *Rev. sc. crim.*, n° 2, 1976, p. 519-520 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, HS*, 47-2012, art. cit., n° 1.

« *secret de polichinelle* », sans cesse violé, qui ne fait que « *favoriser une publicité illégale et frelatée* »¹⁶⁸⁷.

296. En effet, le secret interne, c'est-à-dire celui opposable aux personnes directement concernées par la procédure tels les mis en cause ou les personnes se prétendant lésées par l'infraction,¹⁶⁸⁸ a disparu presque entièrement du cadre de l'instruction, depuis que la loi Constans du 8 décembre 1897 et celle du 10 mars 1921 ont permis l'assistance du mis en examen (ancien « *inculpé* ») et la partie civile par un avocat, lequel pourra avoir accès à l'intégralité du dossier de la procédure.¹⁶⁸⁹ Depuis la loi du 27 mai 2014, ce même droit a été ouvert aux parties elles-mêmes dès lors qu'elle ne sont pas représentées par un avocat (v. actuels art. 114 al. 4 et art. 197 al. 3 CPP).¹⁶⁹⁰ Le secret interne est en revanche plus étendu (à l'exception de la criminalité organisée, art. 706-105 CPP) durant l'enquête, le droit d'accès au dossier étant toujours accordé bien plus limitativement (v. not. actuels art. 63-4-1 CPP et 77-2 CPP), malgré les dernières évolutions,¹⁶⁹¹ que lors d'une instruction préparatoire.¹⁶⁹²

297. Le secret externe, qui s'entend de celui opposable aux personnes extérieures de la procédure,¹⁶⁹³ est donc à proprement parler le seul qui s'applique de manière à peu près égale durant l'enquête et l'information.¹⁶⁹⁴ L'article 11 alinéa 2 du CPP, dans le souci de préserver la liberté de la presse, en limite cependant considérablement la portée en autorisant les

¹⁶⁸⁷ GARRAUD, René, *Traité d'instruction criminelle, vol. 1, op. cit.*, n° 768.

¹⁶⁸⁸ Concernant cette définition, v. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1018, n° 1507.

¹⁶⁸⁹ La l. du 15 juin 2000 avec l'introduction d'un droit d'accès au dossier analogue à celui du mis en examen et la l. du 5 mars 2007, qui a notamment prévu la publicité des débats, en matière de détention provisoire, devant le JLD et la chambre de l'instruction, sous réserve de certaines exceptions, rendu obligatoire l'assistance de l'avocat dans cette procédure et prévu une contradiction à la clôture de l'information, ont également largement contribué à rendre la phase de l'instruction « *transparente* », v. à ce propos MATSOPOULOU, Haritini, « Le secret de l'enquête et de l'instruction », *art. cit.*, n° 1 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1018-1019, n° 1509.

¹⁶⁹⁰ V. pour plus de précisions concernant l'évolution des droits des personnes concernées dans le cadre de l'instruction not. n° 885 et s., p. 787 et s.

¹⁶⁹¹ Se rapporter s'agissant de cette évolution aux n° 555 et s., p. 506 et s. de cette thèse.

¹⁶⁹² En ce sens DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1019, n° 1510 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Le secret de l'enquête et de l'instruction », *art. cit.*, n° 6-8. À noter néanmoins que ces textes écrits avant les dernières réformes ne traitent pas des évolutions les plus récentes concernant les droits de la défense au cours de l'enquête qui amènent à relativiser cette observation sans pour autant la rendre fautive, l'accès au dossier aménagé n'étant toujours pas comparable à celui ouvert au stade de l'instruction, v. à ce sujet les dév. aux n° 885 et s., p. 787 et s. de cette thèse.

¹⁶⁹³ Concernant cette définition, v. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1018, n° 1507 et LEVASSEUR, Georges, « La publicité dans le procès pénal », *Rev. sc. crim.*, n° 2, 1976, p. 519-520.

¹⁶⁹⁴ MATSOPOULOU, Haritini, « Secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, HS*, 47-2012, *art. cit.*, n° 9 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1019, n° 1511.

personnes extérieures à la procédure à rapporter ce qu'elles estiment opportun.¹⁶⁹⁵ De fait, selon cette mesure, seules sont tenues au secret les personnes « *concourant* » à la procédure. Cette formule fait ici référence aux acteurs institutionnels du procès pénal qui ont pour mission de conduire des investigations à leur terme et sont garants du bon déroulement des procédures ainsi qu'aux personnes intervenant à leur demande (magistrats du siège et du parquet, officiers ou agents de police judiciaire travaillant à l'élaboration du dossier, greffiers ou toute personne chargée d'effectuer des examens techniques ou scientifiques).¹⁶⁹⁶ À l'inverse, sont exclus du champ d'application de cette disposition les individus disposant d'un statut précis dans le cadre d'une instruction préparatoire (mis en examen, partie civile et témoin assisté), le suspect ou les témoins des faits qui pourront faire part de leur version des faits à tout tiers sans contrevenir à la loi.¹⁶⁹⁷ De son côté le journaliste peut également lancer des recherches et interroger les personnes qu'il désire, tant qu'il ne porte pas atteinte à l'article 9 du Code de procédure pénale en présentant un individu mis en garde à vue comme coupable des faits.¹⁶⁹⁸ Concernant les avocats, bien qu'ils ne concourent pas à la procédure pénale au sens de l'article 11 du Code de procédure pénale, le législateur les a tout de même explicitement liés à l'obligation matérielle du secret par l'article 5 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif à la déontologie de la profession d'avocat qui est venu consacrer une jurisprudence antérieure¹⁶⁹⁹ en ce sens.¹⁷⁰⁰ La violation de cette règle l'expose à des poursuites disciplinaires et, le cas échéant, pénales, du chef de violation du secret professionnel.¹⁷⁰¹ S'agissant de la communication par l'avocat de pièce du dossier à des tiers,

¹⁶⁹⁵ V. sur les motifs à l'origine de la rédaction de cette disposition not. ASS. NAT. (éd.), « Compte rendu des débats parlementaires de la séance du 20 juin 1957 », *JO*, n° 61, juin 1957, p. 2798 et 2812.

¹⁶⁹⁶ MATSOPOULOU, Haritini, « Secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, HS*, 47-2012, art. cit., n° 9 et 11 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1020, n° 1512.

¹⁶⁹⁷ MATSOPOULOU, Haritini, « Secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, HS*, 47-2012, art. cit., n° 10 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1020-1021, n° 1513.

¹⁶⁹⁸ MATSOPOULOU, Haritini, « Secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, HS*, 47-2012, art. cit., n° 10.

¹⁶⁹⁹ Ainsi la haute juridiction décida-t-elle déjà en 2001 que « *s'il ne concour[ai]t pas à la procédure au sens de l'article 11 du Code de procédure pénale, il résult[ait] de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991 que l'avocat ne d[evai]t commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel et d[evai]t notamment respecter le secret de l'instruction en matière pénale* », Cass. crim., déc. du 18.09.2001, n° 00-86.518, publiée au *bull.* n° 179 p. 582. V. pour un commentaire de cette jurisprudence not. VÉRON, Michel, « Violation du secret professionnel - L'avocat trop bavard, comm. 16 (Cass. crim., 18.09.2001, n° 00-86.518) », *Dr. Pén.*, n° 2, 2002.

¹⁷⁰⁰ MATSOPOULOU, Haritini, « Secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, HS*, 47-2012, art. cit., n° 11 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1021, n° 1514.

¹⁷⁰¹ Cass. crim., déc. du 18.09.2001, n° 00-86.518, publiée au *bull.* n° 179 p. 582 et le commentaire jurisprudentiel correspondant VÉRON, Michel, « Violation du secret professionnel - L'avocat trop bavard, comm. 16 », *Dr. Pén.*,

elle constitue par ailleurs une infraction réglée à l'article 114-1 du Code de procédure pénale. Quant aux tiers qui détiendraient illégalement des pièces du dossier, ils sont eux-mêmes passibles de recel du secret de l'instruction et ne pourront donc en principe pas en faire usage licitement.¹⁷⁰²

298. Toutefois, le secret externe est là encore considérablement affaibli par la conjonction de ses exceptions¹⁷⁰³ à l'exemple du communiqué du procureur de la République prévu par l'article 11 alinéa 3 du Code de procédure pénale, de la communication de pièce par le ministère public ou le magistrat instructeur pour prévenir les accidents et faciliter l'indemnisation (art. 11-1 CPP) ou encore de la publicité des débats concernant le cas particulier de l'instruction. En effet, tandis que les débats prévus dans le cadre de l'information se déroulaient initialement systématiquement en chambre du conseil, il est de plus en plus fréquent que le Code en prévoit la publicité.¹⁷⁰⁴ En définitive, on relève que si le secret de l'instruction et de l'enquête est toujours la règle de principe, elle subit de très nombreuses dérogations du fait des fenêtres de « *publicité* » et des révélations, permises au nom des droits de la défense et de la liberté de la presse.¹⁷⁰⁵ De plus, on dénote une grande différence de degré dans l'application de ce principe traditionnel de la procédure inquisitoire selon qu'il s'agisse de l'enquête ou de l'instruction, ce qui laisse d'ores et déjà présager d'une différence de taille quant à la garantie des droits des personnes, expression du contradictoire, selon le

n° 2, 2002, *art. cit.* Plus récemment également Cass. crim., déc. du 28.10.2008, n° 08-81.432, publiée au *bull.* n° 215.

¹⁷⁰² Cass. crim., déc. du 13.05.1991, n° 90-83.520, publiée au *bull.* n° 200 p. 514 ; Cass. crim., déc. du 03.05.1995, n° 93-81.569, publiée au *bull.* n° 142, p. 397, v. pour un comm. jurispr. correspondant not. DERIEUX, Emmanuel, « Presse-Édition - Publication de documents fiscaux et recel de violation de secret professionnel - Comm. II 22429 », *JCP G*, n° 20, 1995, p.182-184. Cass. crim., déc. du 19.06.2001, n° 99-85.188, publiée au *bull.* n° 149, p. 464, v. pour un comm. jurispr. correspondant not. COMMARET, Dominique (avocate générale), « Conclusions concernant l'arrêt cass. Crim, 19.06.2001, II 10064 », *JCPG*, n° 16-17, 2002, p. 780-783 et LEPAGE, Agathe, « Presse-Édition - Secret des sources d'information et recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel - Comm. II 10064 (Cass. crim., 19.06.2001, n° 99-85.188) », *JCP G*, n° 16-17, 2002, p. 784-786. Cass. crim., déc. 12.06.2007, 06-87.361, publiée au *bull.* n° 157 et l'obs. s'y rapportant de DREYER, Emmanuel, « Presse-Édition - Droit de la presse et des médias - Chronique I 210 », *JCP G*, n° 48, novembre 2007, p. 26, n° 12.

¹⁷⁰³ V. pour plus de détails sur ces exceptions not. MATSOPOULOU, Haritini, « Secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, HS*, 47-2012, *art. cit.*, n° 15 et s. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1021-1024, n° 1516 et 1517.

¹⁷⁰⁴ À titre d'ex., il en est ainsi en principe du débat contradictoire précédant la décision du JLD sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de celle-ci (art. 145 al. 6, 145-1 al. 2 et 145-2 al. 1 CPP) ou de l'audience de la chambre de l'instruction en matière de détention provisoire (art. 199, al. 2 CPP) etc., v. sur ce point not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1023-1024 n° 1517.

¹⁷⁰⁵ V. en ce sens e.a. MATSOPOULOU, Haritini, « Secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, HS*, 47-2012, *art. cit.*, n° 19.

cadre juridique choisi, point qu'il conviendra d'examiner en détail dans les développements à venir.¹⁷⁰⁶

299. Concernant le deuxième trait commun entre l'enquête et l'instruction, toutes deux sont des procédures reposant sur des dossiers écrits.¹⁷⁰⁷ Il est ainsi dressé procès-verbal des auditions et interrogatoires et plus globalement de tous les actes d'investigation effectués.¹⁷⁰⁸ Néanmoins, ce dogme laisse ici aussi place à des exceptions devant la chambre de l'instruction.¹⁷⁰⁹ Cette dernière demeure certes tenue de ne répondre qu'aux arguments développés dans les mémoires déposés devant elle (art. 198 CPP). En revanche, un véritable débat oral a lieu devant elle, les avocats des parties devant alors être entendus, de même que les parties elles-mêmes, lorsqu'elles comparaissent personnellement (art. 199 CPP). À cet égard, la comparution personnelle de la personne concernée est de droit en matière de détention provisoire si celle-ci ou son avocat en fait la demande dans les formes prévues par la loi (art. 199 al. 6 CPP). De surcroît, la chambre de l'instruction est toujours en mesure d'ordonner la comparution personnelle des parties (art. 199 al. 4 CPP).

2) Le procureur de la République, directeur de l'enquête menée par la police judiciaire

300. Si le caractère secret et écrit commun aux procédures d'instruction et d'enquête a déjà laissé entrevoir d'importantes différences de degré dans ces deux cadres de l'avant-procès, l'élément distinctif essentiel entre l'action du procureur et celle du juge d'instruction tient avant tout dans l'ordre chronologique de leurs interventions respectives : alors que le magistrat instructeur n'opère que dans le cadre de l'information, après que le parquet a décidé de poursuivre, l'enquête, dirigée par le procureur, est antérieure à la décision de

¹⁷⁰⁶ Établissant cette corrélation not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1018, n° 1508.

¹⁷⁰⁷ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 531, n° 577 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1006, n° 1489 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, HS*, 47-2012, art. cit., n° 1.

¹⁷⁰⁸ V. concernant le principe de l'écrit pour les procès-verbaux établis par les officiers de PJ, les agents de PJ et par les fonctionnaires ou agents chargés de certaines fonctions de PJ not. les art. 19, 20 et 22 du CP. Pour l'instruction, le précepte de l'écrit résulte des art. 81 al. 2, 173 et 347 al. 3 du CPP, v. à ce propos e. a. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1026-1027, n° 1520 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 547-549, n° 595 et 596.

¹⁷⁰⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1026-1027, n° 1520.

poursuite, son objectif étant précisément de permettre d'apprécier l'opportunité de celle-ci.¹⁷¹⁰

301. Par ailleurs, le procureur de la République ne fait que superviser l'enquête menée finalement par les officiers de la police judiciaire (art. 14 et 17 CPP)¹⁷¹¹ et n'est, à la différence du magistrat instructeur, pas personnellement responsable de la conduite même des investigations.¹⁷¹² Bien que le législateur ait ici souhaité cantonner la police judiciaire en principe à un « rôle d'auxiliaire »,¹⁷¹³ cette organisation des relations entre le ministère public et la police judiciaire constitue à notre sens un terrain fertile favorisant l'essor de la police judiciaire qui occupe un rôle toujours plus important sur le terrain. Les textes n'accordent en effet au parquetier que le rôle de « directeur » de l'enquête : selon l'article 12 du Code de procédure pénale, « la police judiciaire est exercée sous **la direction** du procureur de la République ». L'article 41 du même Code précise, quant à lui, qu'il « procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale » et que, « à cette fin, il dirige l'activité des officiers et agents de la police judiciaire dans le ressort de son tribunal ». À ce titre, « il contrôle les mesures de garde à vue », ce qui fait de lui également un protecteur des libertés individuelles.¹⁷¹⁴

302. Les investigations sont donc normalement menées par la police judiciaire, le parquet gardant néanmoins la possibilité, s'il l'estime opportun, de se substituer aux enquêteurs.¹⁷¹⁵

¹⁷¹⁰ THOMAS-TAILLANDIER, Delphine, « Focus sur l'évolution de la mise en état », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 74 et s.; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1003-1004, n° 1483.

¹⁷¹¹ Ainsi l'enquête peut-elle, sur le fondement des articles 12, 14, 41, 53 et 77-3 CPP, s'entendre de l'ensemble des mesures effectuées par la PJ, sous la direction du procureur de la République, avant toute décision sur la poursuite, aux fins de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, v. en ce sens DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1033, n° 1526.

¹⁷¹² HODGSON, Jacqueline, « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, 4-2010, *art. cit.*, p. 1369 ; HODGSON, Jacqueline, « THE POLICE, THE PROSECUTOR AND THE JUGE D'INSTRUCTION: Judicial Supervision in France, Theory and Practice », *The British Journal of Criminology*, vol. 41, n° 2, 2001, p. 347 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1043, n° 1544. Cette différence théorique appelle néanmoins quelque peu à être relativisée, au vu de la pratique qui fait la part belle aux commissions rogatoires du juge d'instruction. V. dév. aux n° 812 et s., p. 722 et s. de cette thèse.

¹⁷¹³ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 417-418, n° 459.

¹⁷¹⁴ ASS. NAT., « Rapport n° 3515 sur le projet de loi (n° 3473) renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale », n° 3515, février 2016, p. 282, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r3515.pdf>, consulté dernièrement le 18.07.2018.

¹⁷¹⁵ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1043 et 1047, n° 1544 et 1552 ; LENNON, Jean-Luc, « L'affaiblissement du pouvoir de direction de la police judiciaire par le procureur de la République », *Rec. Dal.*, n° 42, 2005, p. 1336 et s., spéc. sous II, A, 1.

Au pouvoir de direction correspond une compétence de surveillance de la police judiciaire par le procureur qui s'exprime en particulier dans le choix du service d'enquête (art. 16 al. 5, R 13-R 15-2 CPP) ou la possibilité d'adresser à ces services des directives et des propositions de notation (art. D 44 à D 45-2 CPP ; art. 19 CPP).¹⁷¹⁶ De même, le procureur général pourra saisir la chambre de l'instruction aux fins de sanction disciplinaire contre un officier ou agent de police judiciaire (art. 225 CPP). La police judiciaire doit, pour sa part, informer le procureur de la République du déroulement de l'enquête au moyen de comptes rendus (art. 75-1 CPP), afin que ce dernier puisse exercer effectivement et en toute connaissance de cause son pouvoir de direction.¹⁷¹⁷ À noter toutefois que la Cour de cassation affaiblit considérablement la portée de cette obligation textuelle en ne reconnaissant pas l'irrégularité d'un acte qui aurait méconnu cette exigence : « [...] les officiers de police judiciaire peuvent procéder d'office à des enquêtes préliminaires et [...] le défaut d'information du procureur de la République est sans effet sur la validité des actes accomplis par ces derniers [...] ». ¹⁷¹⁸

303. La loi du 3 juin 2016 est venue dernièrement renforcer ce rôle de directeur de l'enquête du procureur en ajoutant aux dispositions existantes un article 39-3 du Code de procédure pénale,¹⁷¹⁹ selon lequel « dans le cadre de ses attributions de direction de la police judiciaire, le procureur de la République peut adresser des instructions générales ou particulières aux enquêteurs » et « contrôle la légalité des moyens mis en œuvre par ces derniers, la proportionnalité des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits, l'orientation donnée à l'enquête ainsi que la qualité de celle-ci ». S'inspirant de l'article 81 du Code de procédure pénale relatif au rôle du magistrat instructeur,¹⁷²⁰ le second alinéa prévoit de surcroît que le procureur « veille à ce que les investigations tendent à la manifestation de la vérité et qu'elles soient accomplies à charge et à décharge, dans le respect

¹⁷¹⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 613-615, n° 864-865.

¹⁷¹⁷ LENNON, Jean-Luc, « L'affaiblissement du pouvoir de direction de la PJ par le procureur », *Rec. Dal.*, 42-2005, art. cit., p. 1336 et s., spéc. sous II, A, 1 et 2 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 613-614, n° 864 et p. 1044-1045, n° 1547.

¹⁷¹⁸ Cass. crim., déc. du 01.12.2004, n° 04-80.536, publiée au *bull.* n° 302, p. 1127 ; Cass. crim., déc. du 19.03.2008, n° 07-88.684, publiée au *bull.* 2008, n° 72 ; V. à ce propos not. LENNON, Jean-Luc, « L'affaiblissement du pouvoir de direction de la PJ par le procureur », *Rec. Dal.*, 42-2005, art. cit., p. 1336 et s. ; LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n°40.

¹⁷¹⁹ Selon l'objectif affiché du législateur, v. ASS. NAT. « Rapport sur le projet de l. renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement », n° 3515, 2016, *rap. préc.*, p. 283.

¹⁷²⁰ Comme il en ressort de *ibid.*, p. 283-283.

des droits de la victime, du plaignant et de la personne suspectée ». Est souligné ainsi le principe d'impartialité auquel est soumis le procureur et que la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 avait déjà consacré à l'art. 31 CPP.¹⁷²¹ Le législateur poursuivait ici l'objectif affiché de gommer un peu plus les différences entre l'instruction et l'enquête en plaçant le procureur au niveau « du juge d'instruction dans la mesure où il conduit ses investigations dans une logique et une déontologie similaire » pour mieux répondre aux exigences posées par la CEDH.¹⁷²² Mais si le texte élargit sensiblement l'assiette du contrôle du procureur qui ne se limite plus à la seule garde à vue (v. actuel art. 39-3 CPP), ces affirmations relèvent en vérité plus du « symbole » et de « l'incantation » que de garanties effectives, comme n'a pas manqué de le dénoncer à juste titre, une grande partie de la doctrine.¹⁷²³ En effet, la jurisprudence de la Haute juridiction en matière de nullité demeure extrêmement fluctuante et incertaine de telle sorte qu'elle n'apporte pas les garanties nécessaires pour un contrôle efficace, ses revirements étant fréquents et toujours à craindre.¹⁷²⁴ Ces vérifications juridictionnelles

¹⁷²¹ Il s'agit en ce sens non d'une « innovation » mais bien plus d'une « précision » comme le relève à juste titre le Conseil d'État, v. CE, avis du 28.01.2016, n° 391004, consid. 14. V. à ce propos égal. PERRIER, Baptiste, « Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, n° 36, 2016, p. 2134-2140, spéc. n° 18 et n. 64.

¹⁷²² Ass. NAT. « Rapport sur le projet de l. renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement », n° 3515, 2016, *rap. préc.*, p. 284. V. égal. VERGÈS, Etienne, « La procédure pénale à son point d'équilibre », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2016, p. 558 ; CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *AJP*, n° 9, 2016, p. 411.

¹⁷²³ Mercier, dans un rapport du sénat évoque lui-même le caractère avant tout symbolique des mesures, SÉNAT et MERCIER, Michel, « Rapport sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale », n° 491, Paris, 23 mars 2016, p. 199, en ligne : <<http://www.senat.fr/rap/l15-491-1/l15-491-11.pdf>>, dernièrement consulté le 28.10.2017. Ce caractère symbolique et incantatoire est tout autant dénoncé par la doctrine. V. e. a. not. CONTE, Philippe, « Terrorisme - Bas les masques ! - Repère 6 », *Dr. Pén.*, n° 6, 2016 ; CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 411 ainsi que les réf. en n. 35 et 36 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563 et s. ; BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341 ; PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, spéc. n° 17 et 18 ; VERGÈS, Etienne, « La procédure pénale à son point d'équilibre », *Rev. sc. crim.*, 3-2016, *art. cit.*, p. 557-559.

¹⁷²⁴ V. not. LARONDE-CLÉRAC, Céline, « La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale - ét. 9 », *Dr. Pén.*, n° 4, 2013, n° 4-5. Pour plus de détails à ce propos, se rapporter aux dév. n° 689, p. 616 et s. Concernant not. le contrôle des nécessités de la garde à vue, la haute juridiction a finalement admis, acculée par la meilleure réglementation de la mesure depuis la loi 14 avril 2011, mais non sans réticence certaine, qu'un recours en nullité pour vérifier la conformité d'un placement en garde à vue par rapport aux exigences légales était possible. Concernant le revirement jurisprudentiel en la matière, v. not. Cass. crim., déc. du 07.06.2017, n° 16-87.588, publiée au *bull.* ; pour un comm. ou n. se rapportant à cette jurisprudence, v. e. a. CHAVENT-LECLÈRE, Anne-Sophie, « Les prémices d'un véritable contrôle de nécessité de la garde à vue, comm. 210 », *Procédures*, n° 8-9, 2017 ; GOETZ, Dorothée, « Garde à vue : contrôle des exigences de l'art. 62-2 du code de procédure pénale », *Dal. act.*, 30 juin 2017 ; LESCLOUS, Vincent, « Un an de droit de la garde à vue (1er juin 2016 - 30 juin 2017) - Chron. 8 », *Dr. Pén.*, n° 9, 2017, n° 1. Sur la jurisprudence antérieure et sa difficile évolution e. a. Cass. crim., déc. du 04.01.2005,

précaires ne peuvent en l'occurrence qu'inviter à relativiser quelque peu les « avancées » dont le législateur s'était enorgueilli.¹⁷²⁵ Cela vaut d'autant plus si l'on considère que, bien conscient du problème, le légiférant avait auparavant lui-même estimé, afin d'assurer la viabilité d'un système centré sur l'action du procureur, que certaines décisions adoptées par le parquet devaient faire l'objet d'un recours juridictionnel devant le juge de l'enquête.¹⁷²⁶ Or, nulle trace d'un tel instrument dans les réformes récemment adoptées.¹⁷²⁷ À cela s'ajoute, comme nous l'avons évoqué plus haut, que la réforme constitutionnelle tant attendue¹⁷²⁸ du statut du procureur censée rendre pleinement effective l'indépendance du ministère public est, malgré deux rapports diligentés en ce sens sous la précédente mandature,¹⁷²⁹ restée lettre morte.¹⁷³⁰ Dès lors, la nomination des membres du ministère public n'a toujours pas lieu sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature et ce Conseil est toujours incompétent en matière disciplinaire concernant ces magistrats qui restent soumis à l'autorité

n° 04-84.876, publiée au *bull.* n° 3, p. 9 ; Cass. crim., déc. du 18.11.2014, n° 14-81.332, publiée au *bull.* n° 241 ; Cass. crim., déc. du 28.03.2017, n° 16-85.018, publiée au *bull.* ; à ce sujet dans la doctrine not. : PELLÉ, Sébastien, « La nécessité de la garde à vue : quel contrôle juridictionnel après la réforme? », *Rec. Dal.*, n° 23, 2017, p. 1339-1344 ; CHAVENT-LECLÈRE, Anne-Sophie, « Contrôle réservé de la Cour de cassation sur la nécessité de la garde à vue - Comm. 107 », *Procédures*, n° 5, 2017 ; « La justification de la garde à vue : une condition désormais à géométrie variable », *Lexis Actualité*, 4 avril 2017 ; MARON, Albert et HAAS, Marion, « Garde à vue - L'erreur est humaine - Comm. 80 », *Dr. Pén.*, n° 5, 2017.

¹⁷²⁵ Antoine Botton énonçait avant la décision de la haute juridiction du 07.06.2017 préc. en n. 1724 « *qu'un tel contrôle [il s'agit ici du contrôle de proportionnalité relevant du procureur renforcé par la loi du 3 juin 2016], en l'état de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation [...], est lui-même dépourvu d'un véritable contrôle juridictionnel, ce qui invite à relativiser quelque peu l'avancée [de la loi du 3 juin 2016]* », v. BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341. Cet argument doit, eu égard au revirement de la C. Cass. dans son arrêt préc. du 07.06.2017 (v. à ce sujet n. 1724), être relativisé. Il n'en devient pas pour autant complètement caduc en raison du mouvement de balancier permanent de la jurisprudence concernant les nullités qui rend la protection précaire et illisible, v. pour plus de détails à ce propos les dév. n° 689, p. 616 et s. de cette thèse.

¹⁷²⁶ C'est du moins ce qu'il ressort de l'art. 341-1 de l'avant-projet du futur CPP, v. LÉGER, Philippe (dir.) et COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LA JUSTICE PÉNALE, « Avant-projet du futur code de procédure pénale », mars 2010, p. 167 et s., art. 341-1 et s., en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_cpp_20100304.pdf>, consulté dernièrement le 08.08.2018. Se rapporter à ce sujet à BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563 et spéc. n. 19 ; En ce sens égal. CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, p. 411-412.

¹⁷²⁷ BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-564, spéc. n. 19 et 34 ; CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 411-412.

¹⁷²⁸ Il s'agit ici du projet constitutionnel de réforme du CSM, adopté en Conseil des ministres le 13 mars 2013.

¹⁷²⁹ NADAL, Jean-Louis (dir.), « Refonder le ministère public », 2013, *rap. préc.*, not. p. 7-11 ; BEAUME, Jacques, « Rapport sur la procédure pénale », 2014, *rap. préc.*, p. 7, p. 26, n. 12 et p. 89.

¹⁷³⁰ V. à ce propos e. a. MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, *art. cit.*, p. 78 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-564, et n. 20-24.

disciplinaire du Garde des Sceaux.¹⁷³¹ Enfin, si l'on sait gré au législateur de vouloir soumettre le procureur au principe d'impartialité lorsqu'il endosse le rôle de directeur d'enquête, il faut néanmoins reconnaître que la simple exigence d'une intervention du juge des libertés et de la détention pour les mesures attentatoires aux droits fondamentaux prévues par la loi du 3 juin 2016, dont l'initiative revenait pourtant au procureur de la République, laisse douter que le législateur lui-même soit convaincu de l'impartialité de ce protagoniste pourtant haut et fort proclamée.¹⁷³² Le Conseil des Sages, loin d'être dupe du subterfuge, se fondait d'ailleurs sur l'insuffisance des garanties offertes par un contrôle du juge des libertés et de la détention pour censurer, avec raison, une grande partie des dispositions que le légiférant avait prévu dans la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, mettant ainsi fin à cette maginalisation rampante du juge d'instruction.¹⁷³³

3) Le procureur, initiateur de l'enquête à côté de la police judiciaire

304. À la mission de directeur des investigations au cours de l'enquête s'ajoute le pouvoir très étendu d'initiative du procureur qui contribue à faire de cet acteur le véritable « pivot » au stade de la mise en état de l'affaire.¹⁷³⁴

305. Certes, selon l'article 75 du Code de procédure pénale, les agents ou officiers de police judiciaire procèdent aux enquêtes préliminaires, soit sur instructions du ministère public, soit d'office, le pouvoir d'initiative étant en ce sens partagé entre ces deux acteurs. Il convient toutefois de garder l'article 19 du Code de procédure pénale présent à l'esprit aux termes duquel, « les officiers de police judiciaire sont tenus d'informer sans délai le procureur de la République des crimes, délits et contraventions dont ils ont connaissance ». La faculté

¹⁷³¹ V. réf. préc. en n. 1730.

¹⁷³² VERGÈS, Etienne, « La procédure pénale à son point d'équilibre », *Rev. sc. crim.*, 3-2016, *art. cit.*, p. 558 et spéc. n. 17 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 564. Antoine Botton voit cet argument appuyé par la jurisprudence de la haute juridiction alors que celle-ci reprochait justement au JLD de ne pas avoir motivé leurs décisions d'autorisation dans le cadre d'enquête indépendamment de la requête du procureur les ayant saisis (Cass. crim., déc. du 23.11.2016, n° 15-83.649 et n° 16-81.904, publiées au *bull.*) ce qui pourrait effectivement s'analyser en une reconnaissance indirecte de la partialité du procureur dans son rôle de directeur de l'enquête.

¹⁷³³ CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice. V. à ce sujet égal. JACQUIN, Jean-Baptiste, « Réforme de la justice partiellement censurée », *Le Monde*, 23.03.2019, *art. cit.*, p. 12.

¹⁷³⁴ En ce sens e. a. SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 31, n° 21.

d'enquêter d'office dont ils disposent ne les dispense donc pas d'informer le procureur, afin que celui-ci puisse exercer convenablement son pouvoir de direction.¹⁷³⁵

306. Si le législateur parle parfois de « *saisine* » du procureur (par ex. dans l'art. 77 CPP), ce dernier n'est « *saisi* » dans le sens juridique du terme d'aucune action judiciaire, puisqu'il lui revient précisément d'apprécier lui-même de l'opportunité d'en engager une.¹⁷³⁶ L'exercice de son pouvoir d'enquête n'est donc lié à aucune saisine préalable : il peut en conséquence intervenir d'office et le champ de ses investigations n'est pas confiné aux mêmes limites imposées au magistrat instructeur¹⁷³⁷.¹⁷³⁸ Il lui est bien plus possible d'enquêter sur tous les faits portés à sa connaissance¹⁷³⁹ et ce – contrairement à l'information judiciaire en l'absence de restriction légale – aussi bien en matière de crimes, de délits ou de contraventions.¹⁷⁴⁰ Ainsi le procureur de la République peut-il décider d'ouvrir une enquête, dès qu'il a connaissance d'éléments d'information – directement ou par les services de police ou de gendarmerie – révélant l'existence possible d'une infraction pénale.¹⁷⁴¹ Dans la pratique, cela passera toutefois le plus souvent par une plainte ou une dénonciation, adressée à la police judiciaire (art. 17 CPP) ou au procureur (Art. 40 CPP) ou encore par la découverte d'éléments suspects à l'occasion d'opérations de police judiciaire ou police administrative.¹⁷⁴²

307. Par ailleurs, lorsqu'il est destinataire d'une plainte ou d'une dénonciation, le ministère public n'est en principe pas contraint d'ouvrir une enquête mais peut bien plus de prime abord

¹⁷³⁵ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1051, n° 1560. Il convient néanmoins de rappeler que le fait que l'information tardive du procureur reste sans effet sur la régularité des actes accomplis relativise considérablement la portée de cette obligation, v. n. 1718.

¹⁷³⁶ *Ibid.*, p. 1005, n° 1487.

¹⁷³⁷ Les limites de la saisie *in rem* valant pour le magistrat instructeur seront développées aux n° 830 et s., p. 738 et s.

¹⁷³⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1005, n° 1487.

¹⁷³⁹ Cass. crim., déc. du 30.06.1999, n° 99-81.426, publiée au *bull.* n° 176, p. 533 : « *Le pouvoir d'ordonner une enquête préliminaire que le procureur de la République tient des articles 40, 41 et 75 du Code de procédure pénale ne comporte pas de restriction et concerne tous les faits qui parviennent d'une manière quelconque à la connaissance de ce magistrat* » (résumé, 1°). V. à ce propos égal. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 634, n° 726 et spéc. n. 3 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1050, n° 1559.

¹⁷⁴⁰ V. en ce sens not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 635-636, n° 728 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1049, n° 1557 ; D'opinion divergente not. LAMBERT, Louis, *Formulaire des officiers de police judiciaire: formulation, style droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, p. 132 qui conteste au procureur la faculté de mener une enquête préliminaire en matière contraventionnelle. Cette restriction est toutefois, en l'absence de règle légale en ce sens, difficilement acceptable.

¹⁷⁴¹ V. réf. en n. 1739.

¹⁷⁴² DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1050, n° 1559 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 634, n° 726.

décider de la classer (art. 40 et 40-1 CPP). Et, dès lors qu'il a estimé opportun d'ouvrir une enquête, il lui revient seulement de déterminer à l'issue de celle-ci s'il convient de la classer ou d'engager l'action publique (art. 40-1 CPP). Aucune action en justice n'étant déclenchée, cette décision n'a pas de caractère juridictionnel et le classement peut de surcroît avoir lieu pour des motifs d'opportunité.¹⁷⁴³ Classiquement, il s'agit ici d'une décision administrative provisoire : elle ne tranche aucun litige et n'est pas susceptible de recours.¹⁷⁴⁴ À ce titre elle ne revêt pas non plus la force de la chose jugée, raison pour laquelle elle n'a aucun caractère définitif.¹⁷⁴⁵ De fait, le procureur pourra « jusqu'à l'expiration du délai de prescription, revenir sur son appréciation première et exercer des poursuites sans avoir à s'en expliquer et sans avoir à justifier de la survenance de faits nouveaux ». ¹⁷⁴⁶ Dans le souci de favoriser une réponse pénale et un meilleur contrôle de l'action du procureur, la loi du 9 mars 2004 dite Perben II¹⁷⁴⁷ est revenue, sans remettre entièrement en cause les principes énoncés, sur le pouvoir entièrement discrétionnaire accordé au parquetier jusque-là.¹⁷⁴⁸ En effet, avant cette réforme, les plaignants et victimes devaient certes être avisés des classements sans suite.¹⁷⁴⁹ Les textes n'imposaient néanmoins qu'ils soient motivés et notifiés par écrit que lorsque les faits avaient été commis contre un mineur et relevaient d'une série d'infractions de nature sexuelle énumérées par l'art. 40 CPP.¹⁷⁵⁰ Au vu des problèmes logistiques dus à la masse de classements sans suite à notifier, le législateur n'a, jusqu'au 31 décembre 2007, d'abord étendu l'obligation de notification et d'inaction des raisons du classement qu'aux affaires concernant un auteur identifié.¹⁷⁵¹ Depuis lors, ces exigences doivent être observées envers

¹⁷⁴³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1005, n° 1487.

¹⁷⁴⁴ SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, art. cit., p. 14, n° 3 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 652, n° 748.

¹⁷⁴⁵ V. réf. en n. 1744.

¹⁷⁴⁶ Cass. crim., déc. du 05.12.1972, n° 72-92.579, publiée au *bull.* n° 375, p. 945.

¹⁷⁴⁷ L. n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, publiée au *JO* du 10.03.2004, p. 4567.

¹⁷⁴⁸ V. à ce propos e. a. SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, art. cit., p. 14, n° 3 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 801, n° 1157.

¹⁷⁴⁹ V. art. 40 dans sa version telle que modifiée par la L. n°98-468 du 17 juin 1998 ; V. égal. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 801, n° 1157.

¹⁷⁵⁰ V. réf. en n. 1749.

¹⁷⁵¹ Circ. du SADJPV du 09.10.2007 rel. aux droits des victimes dans le procès pénal et à leur mise en œuvre, publiée au *BO* du min. de la justice n° 2007-05 du 30.10.2007. V. égal. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 801, n° 1157.

tous les plaignants et victimes qui peuvent le cas échéant former un recours hiérarchique (mais non juridictionnel) auprès du procureur général (art. 40-2 et 40-3 CPP).¹⁷⁵²

308. Ainsi le procureur jouit-il, du fait de son large pouvoir d'initiative d'une grande liberté d'action dans le cadre de l'enquête, puisqu'il est à même de décider d'office de son intervention dans un domaine non limité dès lors qu'une infraction pénale est en jeu.

4) Pouvoirs d'investigation et de contrainte restreints

309. Mais cette liberté d'initiative a un corrélat direct. En effet, si au-delà du pouvoir général de direction, le procureur de la République se voit doté par la loi de pouvoirs propres qui affirment sa forte influence sur la conduite de l'enquête quel qu'en soit le cadre juridique, ses possibilités d'investigations et surtout de contrainte n'en restent pas moins en principe limitées, du fait de son statut ambigu ainsi que sa fonction de poursuite qui jettent une ombre sur sa capacité à être impartial.¹⁷⁵³ En conséquence, l'enquête préliminaire est une enquête en principe non coercitive, ce qui explique que le parquetier sera notamment obligé de recourir à un juge (juge d'instruction ou juge des libertés et de la détention) pour les mesures les plus attentatoires aux droits et libertés individuelles (v. p. ex. art. 56-1, 76, 60-2 et 77-1-2, 706-88, 706-90 etc.), (a).¹⁷⁵⁴ Mais comme tout principe, il existe de nombreux tempéraments qui ici pourraient même presque renverser la règle (b).

a. L'enquête préliminaire, une enquête en principe non coercitive

310. Non prévu dans le CIC à l'exception des cas de flagrance¹⁷⁵⁵ malgré son influence évidente sur la décision de mener des poursuites, le pouvoir d'enquête de la police judiciaire

¹⁷⁵² SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, art. cit., p. 14, n° 3, qui analyse cette décision comme une mesure « quasi-juridictionnelle » ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 801, n° 1157.

¹⁷⁵³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1042 et 1045, n° 1540 et 1548.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 1047-1048, n° 1554.

¹⁷⁵⁵ Se reporter ici not. à l'art. 32 CIC qui autorisait le procureur impérial – devenu procureur de la République – à procéder « sans aucun retard » aux investigations nécessaires. Il était néanmoins même dans ce cas tenu de saisir le juge d'instruction à l'issue de ses investigations, art. 45 CIC. La distinction entre l'enquête de flagrance (commandée par l'urgence et caractérisée par son champ spécifique, les pouvoirs exorbitants qu'elle confère à la police judiciaire et sa brève durée) et l'enquête préliminaire (non justifiée par l'urgence, elle ne peut normalement tendre qu'au recueil d'informations auxquelles il est possible d'accéder sans porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux) de rigueur au moment de l'entrée en vigueur de CPP existe toujours. Néanmoins, cette opposition traditionnelle s'estompe de plus en plus, le législateur accordant sans cesse plus de pouvoir à la PJ dans le cadre de l'enquête préliminaire. La l. du 9 mars 2004 autorisait ainsi sous certaines conditions des perquisitions et saisies sans le consentement préalable des intéressés (art. 76 CPP) ou encore la délivrance d'un

sous la direction du procureur émerge « *officieusement* » à la suite d'impératifs dictés par la pratique.¹⁷⁵⁶ Faute de règles légales, tout recours à des mesures coercitives était néanmoins écarté.¹⁷⁵⁷ Le rôle « *d'enquêteur* » du procureur est ainsi originellement très restreint (enquête de flagrance ou enquête officieuse), le système prévoyant bien plus un monopole du juge instructeur pour mener les investigations de fond hors cas de flagrance.¹⁷⁵⁸ Face à la pratique sans cesse grandissante de l'enquête officieuse, la haute juridiction consacra rapidement ce nouveau cadre juridique spontané de l'avant-procès, né des nécessités de la pratique, qui présentait à l'évidence l'avantage d'éclairer le ministère public sur la suite à donner à un dossier.¹⁷⁵⁹ Mais ce n'est qu'avec le CPP que l'enquête « *officieuse* » devint officielle et fut légitimée dans les textes comme « *enquête préliminaire* ». ¹⁷⁶⁰ Celle-ci demeurerait cependant conçue comme une première vérification sommaire exclusive de toute contrainte censée laisser place à des mesures d'enquête plus approfondies au stade de l'instruction.¹⁷⁶¹ En raison des pouvoirs d'investigation et de coercition réduits du procureur ainsi que de la faiblesse des droits ouverts aux personnes concernées par les mesures adoptées à ce stade de la procédure,¹⁷⁶² le cadre juridique légal de cette phase préliminaire demeure considérablement moins élaboré et sophistiqué que celui de l'instruction.¹⁷⁶³ La

mandat de recherche (art. 77-4 CPP), v. à ce propos not. LENNON, Jean-Luc, « Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire, ét. 21 », *Dr. Pén.*, n° 10, 2007 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 22, n° 32 ; p. 28-29, n° 45 ; p. 1036-1037, n° 1530-1531 et p. 1041, n° 1539 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 634 et s., n° 933 et s.

¹⁷⁵⁶ V. concernant l'émergence de l'enquête préliminaire « *officieuse* » not. LENNON, Jean-Luc, « Aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire, ét. 21 », *Dr. Pén.*, 10-2007, *art. cit.*, n° 1-4.

¹⁷⁵⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 24, n° 34 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 636, n° 938 ; LENNON, Jean-Luc, « Aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire, ét. 21 », *Dr. Pén.*, 10-2007, *art. cit.*, n° 2.

¹⁷⁵⁸ V. not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 22 et 24, n° 32 et 37.

¹⁷⁵⁹ Cass. crim., déc. du 08.10.1840, publiée au *bull.* n° 300.

¹⁷⁶⁰ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 634, n° 933 ; LENNON, Jean-Luc, « Aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire, ét. 21 », *Dr. Pén.*, 10-2007, *art. cit.*, n° 3.

¹⁷⁶¹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 24, n° 37.

¹⁷⁶² V. sur ce point not. QUENTIN, Bruno, « Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable, doct. 323 », *JCP G*, n° 11-12, 2013, p. 577 ; MARÉCHAL, Jean-Yves, « Le contradictoire dans la procédure pénale française », dans M. BENILLOUCHE et CENTRE DE DROIT PRIVÉ ET DE SCIENCES CRIMINELLES (éds.), *Les procédures pénales accusatoires*, Paris, PUF, 2012, p. 45 ; MARÉCHAL, Jean-Yves, « Les droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler !, note jurisprudentielle concernant l'arrêt Cass. crim., 6 mars 2013, n° 12-90.078 », *JCP G*, n° 17, 2013, p. 819 ; MÉSA, Rodolphe, « Le renforcement relatif des droits procéduraux du suspect pendant la phase d'enquête », *Gaz. Pal.*, n° 263, septembre 2014, p. 17 et s. ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées durant l'enquête et l'instruction », *Gaz. Pal.*, n° 27, juillet 2017, p. 84 et s.

¹⁷⁶³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1006, n° 1488.

quantité des règles en la matière est particulièrement révélatrice de cet état de fait : tandis que le titre III du CPP se rapportant aux juridictions d’instruction s’étend des art. 79 à 230 CPP, l’ensemble des règles régissant l’enquête préliminaire est concentré aux 53 à 78 CPP.¹⁷⁶⁴ Parallèlement, on retrouve ce même déséquilibre dans la jurisprudence de la chambre criminelle.¹⁷⁶⁵ Cet encadrement législatif extrêmement succinct a l’avantage certain de la simplicité de l’enquête par rapport à l’instruction, ce qui contribue amplement à son développement en pratique au détriment de l’information non sans conséquences préjudiciables pour les justiciables.¹⁷⁶⁶

311. Originellement, l’enquête préliminaire excluait donc l’usage de toute contrainte et ce principe demeure la règle.¹⁷⁶⁷ C’est à ce titre, que les autorités de poursuite (le policier, le gendarme mais aussi le procureur, qui bénéficie au titre de l’art. 41 al. 4 CPP de l’ensemble des pouvoirs et prérogatives attachés à la capacité d’officier de police judiciaire) doivent informer le particulier de manière complète de son droit de refuser l’acte envisagé par ces dernières et obtenir de celui-ci son autorisation préalable à l’exécution de la mesure d’enquête sous peine de nullité voire de poursuite pénale contre son auteur.¹⁷⁶⁸ Le juge répressif veille ici dans une jurisprudence constante à ce que l’accord du particulier corresponde au-delà de l’apparence à une réalité¹⁷⁶⁹ et vérifie concrètement que la personne concernée a bien consenti volontairement et en parfaite connaissance de sa faculté de refuser

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*

¹⁷⁶⁵ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 606-607, n° 644 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1006, n° 1488. Cela s’explique not. par le fait que la jurisprudence jugeait auparavant que les irrégularités commises par les officiers de PJ au cours d’une enquête étaient insusceptibles d’une appréciation de validité, qu’il s’agisse de la garde à vue ou des actes d’investigation, v. p. ex. la solution implicite retenue par Cass. crim., déc. du 30.11.1981, n° 81-90.160, publiée au *bull.* n° 315. Il convient néanmoins à ce propos de considérer qu’avant la loi du 24 août 1993, les art. 171 et s. CPP ne concernaient que l’instruction. En outre, cette position n’est plus tenable depuis la réforme de la garde à vue en 2011, v. à ce propos not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 606-607, n° 644.

¹⁷⁶⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 31-32, n° 48 et p.1034-1035, n° 1527 ; QUENTIN, Bruno, « Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable, doctr. 323 », *JCP G*, 11-12/2013, *art. cit.*, p. 577 ; MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l’enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 819.

¹⁷⁶⁷ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 636-367, n° 940 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 351, n° 550.

¹⁷⁶⁸ V. not. Cass. crim., déc. du 09.07.1953 (Acheraoui et autres), reproduite dans *Rec. Dal.* (jurispr.), 1954, p. 110-111 ; Cass. crim. déc. du 19.06.1957 (Guérin), reproduite dans *Rec. Dal.* (jurispr.), 1958, p. 563, v. pour un comm. s’y rapportant LE PAVEC, Jean, « note sous arrêt », *Rec. Dal.* (jurispr.), 1958, p. 563-567.

¹⁷⁶⁹ En ce sens une arrestation ne peut être opérée sans l’assentiment de la personne arrêtée, v. CA Paris, déc. du 30.10.1955 (Verba c. Bothelot et autres), reproduite dans *JCP*, 1956, II (jurispr.), 9092 ou CA Reims, 18.05 1984, Mme Fatmi, reproduite dans *JCP G*, 1985, II (jurispr.), 20422.

l'acte proposé.¹⁷⁷⁰ Cette coercition « *conditionnelle* » sans crainte, pour les garanties des justiciables, explique que le champ d'application de l'enquête préliminaire soit, contrairement à l'enquête spécifiquement coercitive de flagrance justifiée par l'urgence, particulièrement large.¹⁷⁷¹ Elle est ainsi la seule qui puisse être ouverte en cas de commission d'une contravention ou d'un délit puni d'une peine d'amende, exclu(e) du champs de l'enquête de flagrance.¹⁷⁷² De même, toute personne physique ou morale pourra en principe indifféremment (sous réserve des dispositions dérogatoires concernant les diplomates, parlementaires ou militaires) faire l'objet d'une enquête préliminaire.¹⁷⁷³ Ce cadre juridique de l'avant-procès peut être assimilé en ce sens à une véritable enquête de droit commun puisqu'il est le seul à pouvoir être ouvert pour toutes infractions, sans qu'il soit nécessaire de caractériser préalablement une situation de fait particulière comme l'exigeraient des investigations sous le sceau de l'urgence.¹⁷⁷⁴ Il pourra même être ouvert lorsque la flagrance est caractérisée, cette dernière voie n'étant nullement obligatoire.¹⁷⁷⁵ En outre, à la différence de l'enquête de flagrance, aucune durée d'exécution ne lui était au départ impartie et la seule limite à la mise en œuvre de ce cadre juridique résidait dans le seul fait que les éléments constatés ne soient pas déjà l'objet d'une information (art. 14 CPP).¹⁷⁷⁶ Dans le souci de garantir un délai raisonnable pour la mise en œuvre des enquêtes préliminaires et afin d'éviter que des personnes ne soient impliquées indéfiniment, la loi du 15 juin 2000 a toutefois introduit certaines mesures de précaution temporelle aux art. 75-1 et 75-2 CPP.¹⁷⁷⁷ Ainsi, dans l'hypothèse où le procureur demande à un officier de police judiciaire d'ouvrir une enquête

¹⁷⁷⁰ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 28.01.1987, n° 85-95.180, publiée au *bull.* 1987 n° 48, p. 116.

¹⁷⁷¹ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 638, n° 944.

¹⁷⁷² DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1049, n° 1557 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 638, n° 945.

¹⁷⁷³ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 638, n° 945.

¹⁷⁷⁴ La haute juridiction a jugé à cet égard « *que le pouvoir d'ordonner une enquête préliminaire, que le procureur de la République tient des articles 40, 41, 75 du Code de procédure pénale, ne comporte aucune restriction et concerne tous les faits parvenus d'une manière quelconque à ce magistrat, étant précisé qu'aux termes de l'article 40, alinéa 2, du Code de procédure pénale toute autorité constituée ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit* », v. Cass. crim., déc. du 07.02.2001, n° 00-87.372, inédite. Cela constitue bien la preuve qu'il s'agit, concernant l'enquête préliminaire de l'enquête de droit commun, c'est-à-dire ordinaire. V. en ce sens égal. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1050, n° 1558 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 638, n° 945.

¹⁷⁷⁵ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 638-639, n° 946.

¹⁷⁷⁶ OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? - À propos de la loi du 27 mai 2014, *doctr.* 912 », *JCP G*, n° 36, 2014, p. 1547-1554, n° 26 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 638, n° 945.

¹⁷⁷⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1044-1045, n° 1546 et 1547 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 638-639, n° 946.

préliminaire, il devra simultanément lui fixer un délai d'achèvement qu'il pourra le cas échéant « proroger au vu des justifications fournies par l'enquêteur » (art. 75-1 al. 1 CPP). Si un officier de police judiciaire ouvre spontanément une enquête préliminaire d'office, il sera quant à lui tenu de rendre compte au ministère public de l'état d'avancement de cette enquête au terme d'un délai de 6 mois à compter de son ouverture (75-1 al. 2 CPP). Dans tous les cas, l'officier de police judiciaire doit aviser le procureur dès l'identification d'une personne à l'encontre de laquelle ont été recueillis des indices laissant présumer qu'elle a participé à la commission d'une infraction (art. 75-2 CPP).

b. Des pouvoirs de coercition « particulière » du procureur dans le cadre de l'enquête préliminaire

312. Néanmoins, la réalité juridique et matérielle de ce cadre de l'avant-procès au départ intégralement non coercitif a quelque peu changé et il serait aujourd'hui plus exact de parler d'une phase à « *coercition particulière* » que d'un segment procédural « *non coercitif* ». ¹⁷⁷⁸ En effet, le législateur a progressivement instillé une dose d'abord limitée de contrainte par les lois de 1986 et 2001, avant d'étendre considérablement les moyens coercitifs autorisés avec la loi du 9 mars 2004. ¹⁷⁷⁹ Ces nouveaux pouvoirs n'ont pas été attribués à l'agent de la force publique mais bien plus prioritairement au procureur dont les compétences ont véritablement décuplé. ¹⁷⁸⁰ Le légiférant a en l'espèce soumis cette contrainte à la double condition qu'elle soit toujours préalablement autorisée par un magistrat (à noter que le procureur compte ici parmi les magistrats et pourra en conséquence intervenir selon le grade de gravité que porte l'acte en question aux libertés individuelles) ¹⁷⁸¹ et exécutée par un officier de police judiciaire, éventuellement assisté d'agent de police judiciaire, qu'il s'agisse de réquisitions, de prélèvements ou d'actes directement coercitifs. ¹⁷⁸²

313. Concernant les pouvoirs spécifiques d'intervention du ministère public, il existe donc un certain nombre de mesures mettant en cause les droits et libertés de la personne qui ne

¹⁷⁷⁸ DREYER, Emmanuel et MOUYSET, Olivier, *Procédure pénale*, op. cit., p. 178-181, n° 239-240 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 639, n° 947 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1036-1037, n° 1531 et p. 1074, n° 1600 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 351-352, n° 551.

¹⁷⁷⁹ V. réf. en n. 1778.

¹⁷⁸⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1046-1047, n° 1548-1551 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 639, n° 947.

¹⁷⁸¹ V. à ce propos not. développements sous le n° 260, p. 266 de cette thèse.

¹⁷⁸² GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 639, n° 947.

peuvent être prises que par lui, ou pour le moins qu'avec son autorisation ou qu'à son initiative.¹⁷⁸³ S'agissant d'abord des pouvoirs de réquisition, la loi du 30 décembre 1985 a ainsi confié au procureur ou, sur l'autorisation de celui-ci, à l'officier de police judiciaire le pouvoir de requérir à une personne qualifiée (v. art. 77-1 et 77-1-1 CPP).¹⁷⁸⁴ Le législateur a également permis au parquetier avec la loi du 17 juin 1998 réformée par la loi du 9 mars 2004¹⁷⁸⁵ d'ordonner une expertise de la personne impliquée pour des infractions de meurtres ou assassinats précédées ou accompagnées d'un viol, pour des actes de torture ou de barbarie ou pour agressions ou atteintes sexuelles commises à l'encontre d'un mineur de même qu'une expertise médico-psychologique du mineur qui en est victime (art. 706-47 et s. CPP). En outre, les pouvoirs de l'enquête de flagrance en matière de signalisation ainsi que de prélèvements, aux fins de comparaison et d'identification, sur les personnes suspectes au sens de l'article préliminaire du CPP ont été transférés à l'identique à l'enquête préliminaire.¹⁷⁸⁶ Ainsi la loi permet-elle dans ce cadre juridique désormais également les prélèvements externes (art. 76-2 CPP), les examens techniques ou scientifiques (art. 77-1 CPP), ceux-ci relevant exclusivement du parquet qui doit les autoriser, les prescrire ou les soumettre au juge des libertés et de la détention pour autorisation, les pouvoirs de ce dernier s'expliquant par le caractère contraignant de la mesure ou les enjeux s'y rattachant.¹⁷⁸⁷ Dans son mouvement d'extension de l'octroi de la coercition, la loi du 9 mars 2004 a de surcroît élargi considérablement le champ d'application de la perquisition, déterminée non plus par des matières particulières mais par le quantum de l'infraction concernée :¹⁷⁸⁸ le juge des libertés et de la détention pourra ordonner une telle mesure à la demande du ministère public pour toute enquête se rapportant à une infraction punie d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure ou égale à 5 ans (art. 76 al. 4 CPP). De même, un tournant vers des mesures de contrainte

¹⁷⁸³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1045, n° 1548.

¹⁷⁸⁴ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 652, n° 997. Dans ce sens la chambre criminelle a ainsi estimé qu'est constitutive d'un excès de pouvoir la réquisition faite par un officier de police judiciaire sans avoir obtenu préalablement l'autorisation du procureur qui peut seule lui donner un titre de contrainte applicable, Cass. crim. déc. du 14.10.2003, n° 03-84.539, publiée au *bull.* n° 187, p. 773.

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 661-662, n° 958.

¹⁷⁸⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1074-1075, n° 1601 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 640, n° 950.

¹⁷⁸⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1045-1046, n° 1550.

¹⁷⁸⁸ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 640, n° 951 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 351-352, n° 551.

ordinaires est assurément pris lorsque le législateur décide d'autoriser des interpellations coercitives du témoin.¹⁷⁸⁹ De fait, tenant compte de l'inertie croissante de témoins convoqués par la police ou la gendarmerie dans le cadre d'une enquête préliminaire, la loi du 4 janvier 1993 a introduit un pouvoir de coercition à leur égard que la loi du 9 mars 2003 est venue renforcer¹⁷⁹⁰ étendant cette compétence au cas où non seulement les personnes n'ont pas répondu à une convocation mais encore à celles « *dont on peut craindre qu'elles ne répondent pas à une convocation* » (art. 78 al. 1 CPP).¹⁷⁹¹ Enfin il revient au procureur notamment de contrôler les mesures de gardes à vue, une mesure coercitive attentatoire par nature à la liberté d'aller et venir au cours de laquelle une ou plusieurs personnes, à l'encontre de laquelle/desquelles il existe « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle(s) a/ont tenté de commettre une infraction* » est/sont retenue(s) sous la contrainte pour une durée fixée par la loi.¹⁷⁹² Il s'agit là d'un pouvoir particulièrement important dans la mesure où cet acte au cœur de l'avant-procès est devenu ces dernières années un véritable moment clef du procès, le Conseil constitutionnel reconnaissant lui-même que « *la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause* »¹⁷⁹³.¹⁷⁹⁴ À cet égard, la loi prévoit que le procureur soit, tant lors des enquêtes préliminaires qu'en cas de flagrant délit, informé sans délai du placement en garde à vue d'un suspect (art. 63 et 77 CPP). Son pouvoir de substitution lui permet par ailleurs de procéder « *à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale* » telles que les perquisitions, saisies ou placement en garde à vue (art. 41 CPP). Il lui revient à ce titre de décider, d'autoriser ou de solliciter la première prolongation de la garde à vue (art. 63 et 77 CPP), la saisine du juge des libertés aux fins de prolongations supplémentaires en matière de criminalité organisée (art. 706-88 CPP) ou

¹⁷⁸⁹ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 640, n° 951 ; p. 650 et s., n° 990 et s. ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 351, n° 551.

¹⁷⁹⁰ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 648-649, n° 986.

¹⁷⁹¹ V. pour une QPC ayant trait à la constitutionnalité de cette disposition, Cass. crim., déc. du 31.08.2011, n° 11-90.067, inédite (rejet).

¹⁷⁹² COURTIN, Christine, « La garde à vue sous haute surveillance », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV*, op. cit., p. 7.

¹⁷⁹³ CC, déc. n° 2010-14/22 QPC du 30.07.2010 - M. Daniel W. et al. [GAV], ici spéc. considérant n° 16.

¹⁷⁹⁴ CNCDH, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », Paris, ass. plén. de la CNCDH, avril 2014, p. 4, n° 6, en ligne : <http://www.cncdh.fr/sites/default/files/14.04.29_avis_refondation_de_lenquete_penale.pdf>, consulté dernièrement le 12.01.2018 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 45, n° 45 ; COURTIN, Christine, « GAV sous haute surveillance », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV*, art. cit., p. 7.

encore le recours à la force publique à l'encontre des personnes « *souçonnées* » (art. 70 et 77-4 CPP).

314. Par ailleurs, spécifiquement dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, la loi du 9 mars 2004, suivi en ce sens par la loi du 13 novembre 2007, a conféré à l'autorité judiciaire des pouvoirs de contrainte supplémentaires qui ne valent en principe que dans l'hypothèse des infractions énumérées aux articles 706-73 et 706-74 CPP.¹⁷⁹⁵ Afin de garantir leur constitutionnalité et leur « *conventionnalité* », il était indispensable de placer ces pouvoirs « *nouveaux* » et fortement dérogoires, en ce qu'ils introduisent la contrainte dans un segment de procédure en principe dirigé par la règle du consentement, sous le régime de l'autorisation et du contrôle concret de l'autorité judiciaire.¹⁷⁹⁶ Cela n'en présente pas moins le danger que l'exception de coercition devienne finalement la règle et conduise à un « *dédoublement de procédure* » pénale, à un cadre « *bis* » de l'enquête, loin d'apporter les mêmes garanties d'une enquête à coercition conditionnelle dépendant du seul consentement de l'individu concerné.¹⁷⁹⁷ À cet égard, l'article 706-80 al. 2 du Code de procédure pénale est par exemple venu encadrer dans la loi la mesure jusque-là ancrée seulement dans la jurisprudence¹⁷⁹⁸ de la surveillance des personnes et des biens, en confiant officiellement ce pouvoir aux agents de police judiciaire tout en les contraignant à en donner avis au procureur « *par tous les moyens* » (art. 706-80 al. 2 CPP). Bien que la disposition ne le précise pas explicitement, il semble évident que l'officier de police devra informer le magistrat dans un intervalle qui permettra à ce dernier d'exprimer son éventuelle opposition ; on peut ici toutefois regretter que la loi n'ait pas été plus détaillée s'agissant du délai comme elle a su

¹⁷⁹⁵ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 655, n° 1013 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal, op. cit.*, p. 52-53, n° 56.

¹⁷⁹⁶ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 656, n° 1016.

¹⁷⁹⁷ V. en ce sens avec raison LAZERGES, Christine, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2003, p. 644 et s.

¹⁷⁹⁸ La jurisprudence a en effet toujours considéré que la loi n'interdisait pas aux officiers et agents de PJ de procéder à des surveillances et filatures de personnes suspectes dès lors que ces mesures n'emportaient aucune contrainte étatique. La chambre criminelle avait d'ailleurs depuis longtemps admis que les actes de surveillance ne nécessitaient aucune autorisation préalable (v. p. ex. Cass. crim., déc. du 11.05.1993, n° 93-80.932, inédite). De telles mesures mises en œuvre par des inspecteurs de police sur des individus susceptibles de commettre des vols à main armée « *relevaient de l'exercice de la police administrative [...] et n'imposaient nullement la rédaction de procès-verbaux dans les conditions prévues par le Code de procédure pénale...* », ajoutant que le rapport relatant ces surveillances pouvait, comme tout document administratif, être versé à titre de renseignement dans la procédure établie ultérieurement à l'occasion du vol qualifié, v. Cass. crim., déc. du 04.06.1991, n° 91-81.682, inédite.

l'être pour d'autres mesures, tel le référé-détention (art. 187-3CPP).¹⁷⁹⁹ L'infiltration est désormais aussi réglementée et requiert sous peine de nullité la délivrance d'une autorisation écrite du procureur révocable à tout moment (art. 706-83 al. 2 et 3 CPP). En raison de la nature particulière de cet acte d'investigation, le législateur a veillé ici à ce que son exécution soit très strictement encadrée par l'autorité judiciaire.¹⁸⁰⁰ Aussi ne peut-elle être permise que pour une durée maximale de quatre mois renouvelables pour une même durée, le nombre de fois n'étant en revanche pas explicitement limité (art. 706-83 al. 3 CPP). Quant à l'interception de correspondances, le législateur a en l'espèce préféré réserver la compétence d'autorisation au juge du siège (v. art. 706-95 CPP).

315. Encore dernièrement, le législateur tentait d'accentuer considérablement les pouvoirs coercitifs dans le cadre de l'enquête avec la loi de programmation 2018-2022.¹⁸⁰¹ À cet égard, la loi précitée souhaitait exemple modifier profondément le champ d'application des interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques en autorisant celles-ci durant l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire, après accord du juge des libertés et de la détention, pour l'ensemble des crimes et délits punis d'au moins 3 ans d'emprisonnement.¹⁸⁰² Le Conseil constitutionnel a toutefois censuré cette mesure, le contrôle du juge des libertés et de la détention étant considéré comme lacunaire et insuffisant pour la garantir.¹⁸⁰³ Étaient retoquées pour des raisons similaires la disposition qui prévoyait de rendre applicable les techniques spéciales, outre la criminalité et la délinquance organisée, à tous les crimes, ainsi que la norme permettant en cas d'urgence au procureur d'autoriser pour 24 heures le recours à des techniques spéciales d'enquête.¹⁸⁰⁴ La prolongation de

¹⁷⁹⁹ En ce sens not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 662, n° 1030-1031.

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. 664, n° 1064.

¹⁸⁰¹ V. l. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet, v. e. a. égal. CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, 2018 ; GOETZ, Dorothée, « Réforme de la justice », *Dal. act.*, 16.03.2018, *art. cit.* ; BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.* ; « Loi de programmation 2018-2020, alerte 5 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.* ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

¹⁸⁰² Art. 44 de loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. V. à ce propos égal. FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* ; CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, 2018, p. 10.

¹⁸⁰³ CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, l. de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, cons. n° 133-147. V. à ce sujet égal. JACQUIN, Jean-Baptiste, « Réforme de la justice partiellement censurée », *Le Monde*, 23.03.2019, *art. cit.*, p. 12 ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

¹⁸⁰⁴ Art. 45, l. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, l. de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, cons. n° 161-166.

l'enquête de flagrance de 8 jours supplémentaires applicable aux délits de 3 ans d'emprisonnement ou encore la possibilité de prévoir un délai unique de 16 jours d'enquête de flagrance pour la criminalité organisée ne furent pas plus jugées conforme aux exigences constitutionnelles.¹⁸⁰⁵ En revanche, certaines mesures renforçant les pouvoirs coercitifs du procureur au stade de l'enquête entreront bien en vigueur à compter du 1^{er} juin 2019. Il en est ainsi, par exemple, de la géolocalisation qui sera possible pour tous les crimes et les délits punis d'au moins 3 ans d'emprisonnement, contre 5 sauf exception auparavant, ou encore des articles 706-95-1 et 706-95-2 CPP permettant l'interception de correspondances électroniques stockées pour tous les crimes en plus de la criminalité et de la délinquance organisées.¹⁸⁰⁶

316. Enfin, le procureur détient dans le cadre de l'enquête également un certain pouvoir décisionnel aux allures d'arbitrage, relatif à la compétence des officiers de police judiciaire ainsi qu'aux droits des victimes, des personnes soupçonnées et des tiers comme pour le dépôt de valeurs à la Caisse des dépôts ou à la Banque de France (art. 56, al. 2 et 76 CPP) ou la communication à la personne soupçonnée et à la victime du résultat des examens techniques et scientifiques (art. 60 et 77-1 CPP).¹⁸⁰⁷

317. En résumé, le principe reste donc ici l'attribution de pouvoir restreint de contrainte au procureur, faute de son indépendance statutaire et fonctionnelle. On constate certes une très large progression de la coercition au stade de l'enquête de laquelle résulte un accroissement important des compétences de contrainte du ministère public. Toutefois, le parquet ne sera pas à même d'exercer de pouvoir juridictionnel, ce qui rend le recours au juge impératif (qu'il s'agisse du juge des libertés ou du juge d'instruction) lorsqu'il est question de trancher un contentieux ou de prendre une mesure coercitive quand la gravité de l'atteinte portée à un droit ou à une liberté fondamentale le réclame (telles que les écoutes téléphoniques ou l'interception de correspondance par exemple).¹⁸⁰⁸ À préciser en outre, comme l'a récemment rappelé le Conseil des Sages, que le contrôle du juge des libertés et de la détention n'est à ce propos pas toujours en mesure d'apporter des garanties aussi efficaces que celles offertes par

¹⁸⁰⁵ CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, cons. n° 189-191.

¹⁸⁰⁶ V. not. FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

¹⁸⁰⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1046, n° 1551.

¹⁸⁰⁸ V. à ce propos égal. dév. sous le n° 260, p. 266.

l'intervention du magistrat instructeur.¹⁸⁰⁹ On retrouve donc, dans un certain sens, au stade de l'enquête une nette distinction entre pouvoir d'investigation et pouvoir de juridiction, alors que l'un et l'autre sont largement confondus au stade postérieur de l'information.¹⁸¹⁰

B – Le procureur allemand, unique « maître des investigations » selon les textes

318. À l'image de son homologue français,¹⁸¹¹ les missions du procureur en procédure pénale allemande sont multiples et variées.¹⁸¹² Son domaine d'action essentiel repose néanmoins dans l'avant-procès¹⁸¹³ dont il est l'acteur prépondérant ou comme l'exprime souvent la doctrine allemande le « souverain » (« Herr des Ermittlungsverfahrens »).¹⁸¹⁴

319. Le StPO perçoit depuis 1975 le procureur comme l'acteur clef de la phase préliminaire au procès.¹⁸¹⁵ Il revient à ce dernier la direction de l'ensemble des investigations pendant la phase unique de la mise en état de l'affaire pénale que constitue l'enquête au titre de laquelle il se voit doté d'une véritable responsabilité légale mais aussi fonctionnelle.¹⁸¹⁶ Il lui est confié à cet égard le pouvoir exclusif de déclencher les poursuites soit d'office (160 al. 1, alt. 2 StPO), soit à la suite d'une plainte ou encore d'une dénonciation (158 StPO).

320. À la différence du système français, il est néanmoins limité dans l'exercice de cette mission par le principe de légalité ressortant du § 152 al. 2 StPO qui lui impose d'enquêter dès lors que les informations dont il dispose font naître un « début de suspicion » (« Anfangsverdacht », soit littéralement un soupçon initial) quant à la commission d'une

¹⁸⁰⁹ V. CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, l. de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice.

¹⁸¹⁰ En ce sens not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1042, n° 1540. Cette constatation peut être néanmoins quelque peu relativisée si l'on considère le pouvoir quasi-juridictionnel dont dispose le procureur qui concurrence largement le juge du siège, v. en ce sens e. a. not. SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, art. cit., p. 13-16.

¹⁸¹¹ V. not. n. 1674.

¹⁸¹² V. pour un bref aperçu sur les différentes missions du ministère public p. ex. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 100-101, n° 131-132.1 ; SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, art. cit., p. 62-64 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 2-4.

¹⁸¹³ SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, art. cit., p. 63 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 100, n° 131.

¹⁸¹⁴ V. p. ex. e.a. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 1, § 9, n° 26 ; SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, art. cit., p. 64 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 100, n° 131.

¹⁸¹⁵ En ce sens e. a. JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 225-226 ; RIEB, Peter, « Hauptinhalt des 1. StVRG », *NJW*, 1975, art. cit., p. 196.

¹⁸¹⁶ ELSNER, Beatrix et PETERS, Julia, « The prosecution service function within the german justice system », dans J.-M. JEHLE et M. WADE (éds.), *Coping with overloaded criminal justice systems*, Berlin, Springer, 2006, p. 227.

infraction.¹⁸¹⁷ Cela implique donc que des éléments factuels concrets laissent présumer, d'un point de vue criminalistique, qu'un délit susceptible d'être poursuivi a été commis.¹⁸¹⁸ Ce soupçon initial, laissé à l'appréciation du procureur, est un élément crucial dans le sens où il déterminera l'orientation de la procédure.¹⁸¹⁹ Toutefois, son imprécision rend extrêmement difficile, voire impossible de le définir clairement.¹⁸²⁰ Les avis s'accordent ici seulement sur le fait que de simples suppositions ne sauraient suffire.¹⁸²¹ D'un point de vue empirique, il s'agit d'évaluer les éléments factuels en présence afin de pouvoir déterminer si ce début de suspicion est caractérisé.¹⁸²² L'appréciation de ces indices n'est certes pas discrétionnaire mais les autorités investigatrices disposent à cet effet d'une large marge d'appréciation du fait de l'imprécision du terme.¹⁸²³ En conséquence, le juge ne peut contrôler la pertinence du déclenchement des poursuites ; il est bien plus cantonné à vérifier si la décision du ministère public lui paraît acceptable.¹⁸²⁴ La position du procureur, seule à même selon la loi de décider de l'ouverture d'une enquête, est donc de ce fait renforcée. Cela vaut d'autant plus que la

¹⁸¹⁷ BVerfG, déc. du 23.07.1982 - 2 BvR 8/82, reproduite dans *NStZ*, 1982, p. 430 ; GERCKE, Björn, « § 152 StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 909, n° 11 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 7, § 39, n° 15.

¹⁸¹⁸ MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 152 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 4 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 7, § 39, n° 15 ; SCHNEIDER, Hartmut, *Jura*, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 64 ; HELLMANN, Uwe, « Anfangsverdacht und Begründung der Beschuldigteneigenschaft », dans R. ESSER (éd.), *Festschrift für Hans-Heiner Kühne*, Heidelberg (e. a.), C.F. Müller, 2013 (abrégé *FS-Kühne*, 2013), p. 238.

¹⁸¹⁹ SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 64 ; HELLMANN, Uwe, « Anfangsverdacht und Begründung der Beschuldigteneigenschaft », dans *FS-Kühne*, 2013, p. 235.

¹⁸²⁰ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2249 ; HELLMANN, Uwe, « Anfangsverdacht und Begründung der Beschuldigteneigenschaft », dans *FS-Kühne*, 2013, p. 238-240.

¹⁸²¹ V. p. ex. BGH, déc. du 01.06.1994 – BJs 182/83 StB 10/94, v. *NStZ*, 1994, 499-500 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 152 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 4 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 7, § 39, n° 15 ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2243 ; BEULKE, Werner, « § 152 StPO », dans *LR²⁶, art. cit.*, p. 18, n° 22 ; HELLMANN, Uwe, « Anfangsverdacht und Begründung der Beschuldigteneigenschaft », dans *FS-Kühne*, 2013, p. 239.

¹⁸²² LOHNER, Erwin, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren*, Frankfurt am Main, Lang, 1994, p. 69 ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2243. HELLMANN, Uwe, « Anfangsverdacht und Begründung der Beschuldigteneigenschaft », dans *FS-Kühne*, 2013, p. 238-239.

¹⁸²³ BGH, déc. du 18.06.1970 - III ZR 95/68, reproduite dans *NJW*, 1970, p. 1543 ou BGH, déc. du 21.04.1988 - III ZR 255/86, reproduite dans *NStZ*, 1988, p. 510-512 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 7, § 39, n° 17 ; STÖRMER, Rainer, « Beurteilungsspielräume im Strafverfahren », *ZStW*, n° 3, 1996, p. 494-495 ; HELLMANN, Uwe, « Anfangsverdacht und Begründung der Beschuldigteneigenschaft », dans *FS-Kühne*, 2013, p. 241.

¹⁸²⁴ V. BGH, déc. du 18.06.1970 - III ZR 95/68, reproduite dans *NJW*, 1970, p. 1543 ou BGH, déc. du 21.04.1988 - III ZR 255/86, reproduite dans *NStZ*, 1988, p. 510-512. V. à ce sujet égal. STÖRMER, Rainer, « Beurteilungsspielräume i. Strafverf. », *ZStW*, 3-1996, *art. cit.*, p. 495.

jurisprudence majoritaire, approuvée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande,¹⁸²⁵ estime que la décision d'ouverture d'une enquête de même que celle de la poursuite ou du retardement des investigations ne revêtent aucun caractère juridictionnel et ne sont donc en principe pas susceptibles de contrôle par le juge,¹⁸²⁶ point sur lequel il sera revenu plus en détail au moment de l'analyse des contre-pouvoirs à l'action du procureur.¹⁸²⁷

321. Pour pouvoir honorer le principe de légalité des poursuites, le procureur peut choisir de répondre lui-même à l'obligation afférente d'éclaircir les faits constitutifs du délit (§§ 160 al. 1, 161 al. 1, 1^e phrase, 1^e alt. StPO) ou de déléguer cette mission à la police (§§ 160 al. 1, 161 al. 1, 1^e phrase, 2^e alt. StPO).¹⁸²⁸ Dans ce dernier cas de figure, il garde néanmoins la responsabilité fonctionnelle de la direction de l'enquête (« *Sachleitungsbefugnis* »). Il lui incombe en toute hypothèse de veiller à ce que les investigations soient menées tant à charge qu'à décharge (§ 160 al. 3 StPO).¹⁸²⁹ Il lui appartient à ce titre de rechercher la vérité matérielle.¹⁸³⁰ Le principe de la libre appréciation dans la conduite des investigations ressortant du § 161 StPO permet au procureur de décider de l'opportunité, de la nature et de l'intensité de chaque mesure d'investigation selon leur impact stratégique pour l'enquête criminelle.¹⁸³¹ En ce sens, c'est donc bien les membres du ministère public qui décident des actes d'enquête à mener et de l'ordre dans lequel ils seront accomplis.¹⁸³² L'objectif n'est en l'espèce pas uniquement d'élucider l'affaire mais aussi de rassembler tous les éléments de preuves nécessaires au prononcé d'une sanction (§ 160 al. 3 StPO).¹⁸³³ Les mesures vont ainsi

¹⁸²⁵ BVerfG, déc. du 19.12.1993 – 2 BvR 1731/82, reproduite dans *NStZ*, 1984, p. 228-229 ; BVerfG, déc. du 02.10.2003 – 2 BvR 660/03, reproduite dans *NStZ*, 2004, p. 447.

¹⁸²⁶ WOHLERS, Wolfgang et DEITERS, Mark, « § 160 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 556, n° 75-76 ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2244 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 23 EGGVG », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 9.

¹⁸²⁷ V. n° 648 et s.

¹⁸²⁸ SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 63.

¹⁸²⁹ BGH, déc. du 18.04.2007 – 5 StR 546/06 – (*BGHSt*, 51, 285-298), reproduite dans *NJW*, 2007, p. 2269-2274 ; BGH, déc. du 27.05.2009 – 1 StR 99/09, reproduite dans *NJW*, 2009, p. 3131 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 163 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 3 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 119 ; SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 63.

¹⁸³⁰ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence, art. cit.*, p. 246.

¹⁸³¹ SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 64.

¹⁸³² *Ibid.* ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence, art. cit.*, p. 246 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 60.

¹⁸³³ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence, art. cit.*, p. 246.

de la simple requête d'informations auprès des autorités administratives (§ 161, al. 1, 1^e phrase StPO) aux mesures attentatoires aux libertés fondamentales (notamment les actes prévus à la section 8 du StPO telles les saisies, les perquisitions etc.) en passant par les auditions de personnes (par exemple § 161 a, al. 1 StPO). L'action du procureur est parfois limitée dans le sens où le parquet n'est autorisé à ordonner certaines mesures qu'en cas d'urgence comme le montre par exemple la décision de principe de la Cour fédérale constitutionnelle du 20 février 2001 en matière de perquisition¹⁸³⁴.¹⁸³⁵ En revanche, les décisions relevant sans exception de la compétence exclusive du juge, telle la détention provisoire, sont désormais rares, les témoins étant, depuis la réforme de 1975, tenus de comparaître également devant le ministère public (§ 161 a, al. 1 StPO) et, dans les conditions du § 163 al. 2 StPO dans sa nouvelle version, de la police.¹⁸³⁶

322. Ce segment de la procédure allemande est par ailleurs, comme en droit français,¹⁸³⁷ toujours fortement marqué par son trait inquisitoire afin, d'une part, de prévenir les tentatives d'obstruction de l'enquête et, d'autre part, de garantir les intérêts légitimes de la personne destinataire des actes d'investigation.¹⁸³⁸ Ainsi le déroulement ne s'inscrit-il pas seulement sous le sceau du secret et de l'écrit, mais est aussi caractérisé par une contradiction très limitée.¹⁸³⁹ Le StPO ne prévoit en effet qu'avec parcimonie la possibilité pour le prévenu d'être assisté par un avocat ayant accès au dossier (§ 147 al. 2 StPO).¹⁸⁴⁰

¹⁸³⁴ BVerfG, déc. du 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00 – (BVerfGE 103, 142-164), reproduite dans *NJW*, 2001, p. 1121-1125.

¹⁸³⁵ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 225. V. égal. dév. n° 771 et s., p. 679 et s.

¹⁸³⁶ *Ibid.*

¹⁸³⁷ V. not. dév. préc. aux n° 293 et s., p. 286 et s.

¹⁸³⁸ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 246 ; SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, art. cit., p. 64.

¹⁸³⁹ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 246 ; v. sur ce point aussi HELLMANN, Uwe, « Anfangsverdacht und Begründung der Beschuldigteneigenschaft », dans *FS-Kühne*, 2013, p. 248.

¹⁸⁴⁰ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 246

323. Selon les textes, la police est confinée, quant à elle, à un rôle « *d'auxiliaire* », ¹⁸⁴¹ une sorte de « *bras prolongé* » ¹⁸⁴² exécutif du procureur censé l'assister (§§ 152 GVG [loi d'organisation judiciaire] et 161 StPO). Elle est certes autorisée en cas d'urgence à procéder à ses propres mesures d'enquête (§ 163 al. 1 StPO) ; elle est cependant tenue de faire part de ses conclusions sans retard au procureur (§ 163 al. 2 StPO) auquel revient la direction fonctionnelle de l'enquête. C'est la raison pour laquelle certains comparent avec condescendance les agents de police à des « *serviteurs* » ou « *laquets* » du ministère public (d'après le nom allemand « *Diener* »), terme qui ne manque pas de réveiller la susceptibilité des destinataires. ¹⁸⁴³ Cela vaut d'autant plus que le « *maître* » de l'enquête vit de plus en plus dans l'ombre de ses « *serviteurs* » qui jouissent *de facto* d'une autonomie croissante. ¹⁸⁴⁴

§ 2. Le procureur, un acteur prépondérant de l'enquête du fait de sa responsabilité pour les investigations conduites sous sa direction

324. S'il faut reconnaître l'influence grandissante de la police sur la conduite des investigations, il semble pour autant quelque peu exagéré de prétendre que celle-ci a ravi entièrement au ministère public sa souveraineté sur l'avant-procès. ¹⁸⁴⁵ Certes, certains auteurs allemands affublent le procureur dans sa fonction d'enquêteur de sobriquets peu plaisants, l'assimilant à un « *tigre sans dents* » (« *zahnloser Tiger* ») ¹⁸⁴⁶ ou le dégradant au statut de simple « *machine de traitement des dossiers* » (« *Aktenwälzmaschine* »). ¹⁸⁴⁷ Le

¹⁸⁴¹ MEIER, Bernd-Dieter, « Z. notwendigen Stärkung der Rechtsstellung der Beteiligten », *GA*, 2004, *art. cit.*, p. 445, qui tire cette conclusion de l'interprétation du § 152 GVG. Celui-ci fait clairement ressortir que les policiers intervenant dans les investigations sont censés être « *au service* » du procureur. V. égal. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, , *op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 16 ; JAHN, Mathias, « Das heutige strafprozessuale Ermittlungsverfahren aus Sicht von Wissenschaft und Justiz: Die Entwicklung in den letzten drei Jahrzehnten und die rechtspolitischen Baustellen », dans S. BARTON, R. KÖLBEL et M. LINDEMANN (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 2015, pp. 42-43.

¹⁸⁴² BVerwG, déc. du 03.12.1974 – I C 11.73 – (BVerwGE 47, 255 [n° 22]), reproduite dans *NJW*, 1975, p.893 ; BGH, déc. du 24.07.2003 – (3 StR 212/02 [n° 12]), reproduite dans *NJW*, 2003, p. 3142.

¹⁸⁴³ « Wer ist Herrin des Strafverfahrens? (Editorial) », *Kriminalistik*, n° 8-9, 1986, p. 391 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 104, n° 136 et spéc. n. 29.

¹⁸⁴⁴ GLEB, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et al. (éd.), *Opinio doctorum*, *art. cit.*, p. 209 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 104, n° 136.

¹⁸⁴⁵ Dans ce sens égal. e. a. ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 120 ; WEIGEND, Thomas, « The prosecution service in the German administration of criminal justice », dans P.J.P. TAK (éd.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, vol. 1, Nijmegen, Wolf, 2004, p. 208 ; DENGLE, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 12-17.

¹⁸⁴⁶ HEGHMANN, Michael, « Die prozessuale Rolle der Staatsanwaltschaft », *GA*, 2003, p. 434.

¹⁸⁴⁷ HARTUNG, Fritz, « Einführung angloamerikanischen Strafverfahrensrechtes in Deutschland », dans *FS-Rosenfeld*, 1949, *art. cit.*, p. 234.

procureur est cependant loin d'être impuissant, sa responsabilité en tant que directeur de l'enquête continuant de lui conférer le rôle, si non pleinement souverain, du moins prépondérant de l'avant-procès.¹⁸⁴⁸

A – Le procureur allemand, acteur clef de l'avant-procès grâce à son pouvoir de direction des investigations

325. Quand bien même le procureur allemand choisirait de déléguer la conduite des investigations à la police en vertu du § 161 al. 1, 1^e phrase, 2^e alt. ou la police se chargerait dans le cadre du § 163 al. 1 StPO elle-même de l'enquête, la responsabilité légale de la direction de l'enquête reviendra au seul ministère public (« *Sachleitungsbefugnis* »).¹⁸⁴⁹ Il est ainsi l'unique responsable pour l'apport et la recevabilité des preuves nécessaires au procès.¹⁸⁵⁰ À ce titre, il lui reste une large possibilité d'intervention par le biais d'instructions aux agents de police s'il l'estime nécessaire (§ 152 al. 1 GVG).¹⁸⁵¹

326. En outre, le procureur reste l'organe incontournable des investigations pour les crimes, les délits de corruption, les infractions du gouvernement et les délits environnementaux, c'est-à-dire dans les affaires complexes ou susceptibles de provoquer un fort intérêt public.¹⁸⁵²

¹⁸⁴⁸ ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 120.

¹⁸⁴⁹ BGH, déc. du 04.11.1986 – 1 StR 498/86 – (*BGHSt*, 34, 215-218 [4]), reproduite dans *StV*, 1987, p. 89-90. V. à ce propos aussi MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 163 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 3 ; FÜLLKRUG, Michael, « Neue Formen der Kriminalitätsbekämpfung und ihre Auswirkungen auf das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei », *ZRP*, vol. 17, n° 8, 1984, p. 194 et s. ; FRANK, Christoph et TITZ, Andrea, « Zwischenruf: Neues Selbstbewusstsein der Staatsanwälte? », *ZRP*, vol. 41, n° 4, 2008, p. 128 ; JAHN, Mathias, « Das heutige strafprozessuale EV aus Sicht v. Wissenschaft u. Justiz », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, *art. cit.*, p. 45-46.

¹⁸⁵⁰ MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 163 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 3 ; FRANK, Christoph et TITZ, Andrea, « Neues Selbstbewusstsein der Staatsanwälte? », *ZRP*, 4-2008, *art. cit.*, p. 128 ; FÜLLKRUG, Michael, « Neue Formen der Kriminalitätsbekämpfung », *ZRP*, 8-1984, *art. cit.*, p. 194 ; KUHLMANN, Goetz-Joachim, « Gedanken zum Bericht über das Verhältnis "Staatsanwaltschaft und Polizei" », *DRiZ*, 1976, p. 267 et 269 ; JAHN, Mathias, « Das heutige strafprozessuale EV aus Sicht v. Wissenschaft u. Justiz », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, *art. cit.*, p. 45-46.

¹⁸⁵¹ GÖSSEL, Karl Heinz, « Überlegungen über die Stellung der StA », *GA*, 1980, *art. cit.*, p. 352 ; FÜLLKRUG, Michael, « Neue Formen der Kriminalitätsbekämpfung », *ZRP*, 8-1984, *art. cit.*, p. 194 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 120 ; BRÄUTIGAM, Margarete, « Probleme der Sachleitungsbefugnis des Staatsanwaltes », *DRiZ*, 1992, p. 215.

¹⁸⁵² ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 120 ; WEIGEND, Thomas, « The prosecution service (Germany) », dans P.J.P. TAK (éd.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, *art. cit.*, p. 208 ; GÖSSEL, Karl Heinz, « Überlegungen über die Stellung der StA », *GA*, 1980, *art. cit.*, p. 347 ; RÜPING, Hinrich, « Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei », *ZStW*, vol. 95, n° 4, 1983, p. 911 et s. ; BRÄUTIGAM, Margarete, « Probleme der Sachleitungsbefugnis des StA », *DRiZ*, 1992, *art. cit.*, p. 215-216 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 104-105, n° 136.

327. Le passage par le ministère public est généralement également obligatoire lorsque des mesures coercitives sont nécessaires, la police étant à ce niveau obligée d'en appeler à une autorité judiciaire.¹⁸⁵³ Or, à la suite de l'abolition de l'instruction, une part importante des larges pouvoirs de coercition jusque-là réservés au juge a été transmise au procureur.¹⁸⁵⁴ Ainsi ce dernier peut-il depuis 1975 par exemple contraindre une personne à comparaître ou à témoigner (§ 161a StPO).¹⁸⁵⁵ Seules de rares décisions, telle la détention provisoire, relèvent toujours de la compétence exclusive du juge.¹⁸⁵⁶ Mais même pour ces dernières mesures, le juge de l'enquête n'agit, hors cas d'urgence (§ 165 StPO), que sur initiative du procureur (§ 162 al. 1, phrase 1 StPO), raison pour laquelle la police est généralement alors obligée de passer par ce dernier.¹⁸⁵⁷ À cela s'ajoutent également les compétences élargies qu'accordent le StPO au ministère public dans des cas d'urgence (voir par exemple §§ 98 al. 1, 1^e phrase, 2^e alt. ou 105 al. 1, 2^e phrase StPO).¹⁸⁵⁸

328. Par ailleurs, le procureur influe, grâce à son pouvoir directionnel dans le cadre de l'enquête, de manière décisive sur le procès principal qui s'ensuivra puisque les conclusions des autorités de poursuite serviront de trame au procès.¹⁸⁵⁹ Zacharia soulignait déjà en 1846 à cet égard la force de jugement de la procédure préliminaire d'enquête.¹⁸⁶⁰ Et sur ce point, rien n'a aujourd'hui changé, cet impact s'étant même au contraire largement amplifié.¹⁸⁶¹

¹⁸⁵³ WEIGEND, Thomas, « The prosecution service (Germany) », dans P.J.P. TAK (éd.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, art. cit., p. 208.

¹⁸⁵⁴ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 225 ; HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 39 et s.

¹⁸⁵⁵ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 225.

¹⁸⁵⁶ *Ibid.* ; v. pour une liste exhaustive de ces mesures ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 39, n° 26.

¹⁸⁵⁷ WEIGEND, Thomas, « The prosecution service (Germany) », dans P.J.P. TAK (éd.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, art. cit., p. 208 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 39, n° 26.

¹⁸⁵⁸ V. aussi ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 39, n° 27, qui établit une liste des cas (et des conditions) dans lesquels le procureur peut agir en cas d'urgence à la place du juge ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 225.

¹⁸⁵⁹ V. p. ex. DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 12-13 ; GEISLER, Werner, « Stellung und Funktion der StA », *ZStW*, 1981, art. cit., p. 1119.

¹⁸⁶⁰ V. ZACHARIAE, Heinrich Albert, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens*, Göttingen, Dieterich, 1846, p. 77.

¹⁸⁶¹ Ce point sera développé plus amplement dans la section 2 de ce chapitre I. Dans ce sens e. a. JAHN, Mathias, « Das heutige strafprozessuale EV aus Sicht v. Wissenschaft u. Justiz », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, art. cit., p. 47 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 12-17 ; RICHTER II, Christian, « Grenzen anwaltlicher Interessenvertretung im Ermittlungsverfahren », *NJW*, n° 34, 1981, p. 1821 ; LANGE, Regina, *Fehlerquellen im Ermittlungsverfahren*, Heidelberg, Kriminalistik Verl., 1980, p. 7-9 ; PETERS, Karl, *Fehlerquellen im Strafprozeß*,

B – Le pouvoir directionnel fondamental dans l'enquête du procureur français

329. Au niveau français, le procureur reste également malgré les constatations faites précédemment, l'acteur le plus influent de l'avant-procès.

330. Il convient ici d'abord de rappeler, comme indiqué précédemment,¹⁸⁶² que lorsque le législateur a progressivement élargi les pouvoirs de contrainte dans le cadre de l'enquête originellement non coercitive, ce n'est pas à l'agent de la force publique que ces compétences ont été attribuées, mais bien plus principalement au procureur dont les pouvoirs ont véritablement décuplé.¹⁸⁶³

331. Par ailleurs, si le rôle de directeur d'enquête du parquet n'est pas toujours perçu, cela ne signifie pas pour autant qu'il est inexistant.¹⁸⁶⁴ En effet, on constate que cette mission du ministère public ne se concrétise pas toujours dans le cadre d'une procédure écrite, certaines orientations données n'étant pas retranscrites dans les procès-verbaux mais bien plus communiquées oralement.¹⁸⁶⁵ En outre, il convient de garder présent à l'esprit que le parquetier assiste régulièrement aux audiences et connaît leur déroulement.¹⁸⁶⁶ Il est en ce sens mieux à même de juger quels actes vont se révéler cruciaux pour emporter la conviction de la juridiction de jugement.¹⁸⁶⁷ Et, c'est bien cette expérience qui lui procure la légitimité de trancher une discussion avec un officier de police judiciaire, quant à l'opportunité de procéder à une mesure d'investigation particulière, et permet de justifier que les instructions et

Band 2 : Systematische Untersuchungen und Folgerungen, op. cit., p. 195 et s. ; FEZER, Gerhard, « Richterliche Kontrolle der Ermittlungstätigkeit vor Anklageerhebung », dans *GS-Schröder*, 1978, *art. cit.*, p. 412 et s. ; SCHLOTHAUER, Reinhold, « Der Beweiserhebungsanspruch des Beschuldigten gegenüber dem Ermittlungsrichter (§ 166 Abs. 1 StPO) », *StV*, n° 3, 1995, p. 158.

¹⁸⁶² Se reporter ici aux dév. n° 312 et s., p. 304 de cette thèse.

¹⁸⁶³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1046-1047, n° 1548-1551 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 647-648, n° 985. V. concernant ce phénomène encore tout récemment la dernière loi de programmation 2018-2022 qui souhaitait renforcer considérablement les pouvoirs du procureur et qui a fait l'objet de nombreuses censures par le CC faute de garanties légales suffisantes, l. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet, v. e. a. égal. CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, 2018 ; GOETZ, Dorothée, « Réforme de la justice », *Dal. act.*, 16.03.2018, *art. cit.* ; BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.* ; « Loi de programmation 2018-2020, alerte 5 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.* ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* ; CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, l. de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*

¹⁸⁶⁵ *Ibid.* V. en ce sens égal. BASTARD, Benoit et MOUHANNA, Christian, *Une justice dans l'urgence, op. cit.*, p. 88.

¹⁸⁶⁶ *Ibid.* V. pour une description de la perspective des membres du ministère public pour lesquels laisser passer un dossier qui se révélerait incohérent en audience semble bien constituer la crainte essentielle not. *Ibid.*, p. 89.

¹⁸⁶⁷ V. l'ens. des réf. préc. en n. 1866.

orientations soient données par le parquet.¹⁸⁶⁸ Car, pour parvenir à une décision pénale éclairée, il est indispensable que l'autorité judiciaire intervienne au cours de l'enquête dans le respect des règles procédurales et des droits fondamentaux des individus.¹⁸⁶⁹

332. S'agissant des décisions stratégiques et opérationnelles relevant de la compétence du ministère public, elles comprennent impérativement la qualification juridique des faits, le choix du cadre juridique, le choix du service, le contrôle des gardes à vue et du respect de la loyauté des preuves, de même que les autorisations de plus en plus nombreuses prévues par le CPP qui imposent une sollicitation au moins quotidienne des membres du parquet.¹⁸⁷⁰ En conséquence, la direction d'enquête ne saurait être qualifiée de virtuelle.¹⁸⁷¹ Il est certes parfois difficile de faire comprendre à certains enquêteurs cette démarche qui permet d'éviter aux magistrats (siège et parquet) d'avoir de mauvaises surprises à l'audience.¹⁸⁷² Mais cela ne vient que souligner l'importance qu'il y a à rappeler régulièrement cette finalité judiciaire aux enquêteurs, notamment *via* leurs chefs de service, la confiance que leur accordera les magistrats dépendant très étroitement de la capacité des services concernés à les informer à temps sur les difficultés procédurales rencontrées.¹⁸⁷³

§ 3. La « policisation » de l'avant-procès : une perte dans la pratique de la souveraineté du procureur au profit de la police judiciaire ?

333. En effet, la souveraineté du procureur dans la mise en état de l'affaire pénale affirmée et reconnue par les textes est menacée dans la pratique des deux côtés du Rhin en raison du rôle toujours plus important de la police judiciaire, certains parlant à cet égard d'une véritable « policisation » de l'avant-procès.¹⁸⁷⁴ Un cercle de pénalistes francfortois n'hésita pas à ce

¹⁸⁶⁸ En ce sens not. GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *AJP*, n° 11, 2008, p. 439 et s. ; SCHWENDENER, Marc, « La direction de l'enquête », *AJP*, n° 11, 2008, p. 447 et s.

¹⁸⁶⁹ V. l'ens. des réf. préc. en n. 1868.

¹⁸⁷⁰ V. l'ens. des réf. préc. en n. 1868.

¹⁸⁷¹ V. l'ens. des réf. préc. en n. 1868.

¹⁸⁷² GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s. ; BASTARD, Benoît et MOUHANNA, Christian, *Une justice dans l'urgence*, *op. cit.*, p. 84-89.

¹⁸⁷³ GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s. ; SCHWENDENER, Marc, « La direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 447 et s.

¹⁸⁷⁴ Traduction du terme „*Verpolizeilichung*“. V. p. ex. SCHOREIT, Armin, « Verpolizeilichung des EV », *StV*, 10-1989, *art. cit.*, p. 349-352 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 229, spéc. titre du chap. 6 ; ALBRECHT, Peter-Alexis, « Vom Unheil der Reformbemühungen », *StV*, 2001, *art. cit.*, p. 417 ; JAHN, Mathias, « Das heutige strafprozessuale EV aus Sicht v. Wissenschaft u. Justiz », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, *art. cit.*, pp. 43-44. Des constatations similaires valent au niveau français comme le montrent les études s'attachant au dispositif de traitement en temps réel qui dénotent une nette

propos à assurer qu'en réalité la police « *s'était accaparée de fait de la souveraineté dans l'avant-procès* » tandis que le ministère public n'intervenait plus que comme son simple « *conseiller juridique* ». ¹⁸⁷⁵ Un commissaire français fit le même constat alors qu'il était interrogé dans le cadre d'un atelier de formation relatif à la direction de l'enquête pénale par l'école nationale de la magistrature en 2008 et indiqua clairement que pour lui, « *le directeur d'enquête est l'officier de police judiciaire, le magistrat n'intervenant que pour délivrer les autorisations nécessaires prévues par les textes* ». ¹⁸⁷⁶ Certains parlent même d'une « *annexion de la procédure pénale par la police* » ¹⁸⁷⁷ tandis qu'une procureure allemande affirmait que « *la position juridique d'une partie au procès avait, au fil du temps, rarement été vidée à ce point de sa substance que celle du ministère public* ». ¹⁸⁷⁸ Et en effet, les analyses de la pratique du côté allemand (A) comme français (B) attestent d'une direction de l'enquête par le procureur somme toute pas toujours maîtrisée.

A – La « *policisation* » des investigations en Allemagne

334. Une brève observation des pratiques quotidiennes d'investigation démontre que la police allemande va bien au-delà de ce que lui permet le § 163 StPO en cas d'urgence, et ce, bien souvent sans information préalable du procureur (sans parler des demandes d'autorisation spécifiques normalement nécessaires). ¹⁸⁷⁹ Il faut néanmoins admettre que le §

influence de la PJ, v. p. ex. BASTARD, Benoit et MOUHANNA, Christian, *Une justice dans l'urgence*, op. cit., p. 90 et s. ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 51, qui se réfère au dernier rapport de l'Inspection Générale des Services judiciaires sur la question rendu en juin 2014. Sur ce phénomène au niveau européen plus généralement, v. not. BRAUM, Stefan, « Prosecutorial control of investigations in Europe: a call for judicial oversight », dans E. LUNA et M. WADE (éds.), *The prosecutor in transnational perspective*, op.cit., p. 71-73.

¹⁸⁷⁵ Termes traduits de la formule originale « *Die Polizei hat [in der Realität] die faktische Herrschaft im Ermittlungsverfahren übernommen; die Staatsanwaltschaft wird oftmals nur noch als „Justiziar der Polizei“ tätig* », FRANKFURTER ARBEITSKREIS STRAFRECHT, « Müssen Rolle und Aufgaben der Staatsanwaltschaft neu definiert werden? », *StV*, n° 8, 2000, p. 460. V. aussi HEGHMANN, Michael, « Prozessuale Rolle der StA », *GA*, 2003, art. cit., p. 434, qui reprend les propos de ce groupe de travail francfortois.

¹⁸⁷⁶ Propos recueillis et rapportés par GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, art. cit., p. 439 et s.

¹⁸⁷⁷ Titre de l'ouvrage STRAFVERTEIDIGERVEREINIGUNGEN et DEUTSCHER ANWALTSVEREIN (éds.), *Annexion des Strafverfahrens durch die Polizei : Strafverteidiger protestieren gegen den Entwurf eines Strafverfahrensänderungsgesetzes 1989 (StVÄG)*, Köln, Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen, 1990.

¹⁸⁷⁸ Traduit de la formule originale „*Selten ist die Rechtsposition eines Verfahrensbeteiligten im Laufe der Zeit so verwässert worden wie die der Staatsanwaltschaft*“, BRÄUTIGAM, Margarete, « Probleme der Sachleitungsbefugnis des StA », *DRiZ*, 1992, art. cit., p. 214.

¹⁸⁷⁹ HEGHMANN, Michael, « Prozessuale Rolle der StA », *GA*, 2003, art. cit., p. 434 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 236 et s. ; V. aussi l'ouvrage BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, op. cit., qui est la première étude empirique à établir ce constat, v. p. ex. p. 303 et s. ; v. aussi plus récemment BRAUM, Stefan, « Prosecutorial control of

163 al. 1 StPO laisse ici une certaine marge d'appréciation.¹⁸⁸⁰ En effet, ce dernier prévoit que « *Les administrations et fonctionnaires des services de police sont tenus d'enquêter sur les faits criminels et peuvent adopter toutes mesures qui ne supporteraient d'être reportées afin d'éviter une obstruction de la situation délictuelle. À cette fin, ils sont autorisés à requérir des informations auprès de toutes les autorités publiques et, en cas d'urgence, également de réclamer que ces informations leur soient fournies ; ils peuvent également procéder à des mesures d'investigation de toute sorte dans la mesure où d'autres normes légales ne règlent pas spécifiquement leurs pouvoirs* ». ¹⁸⁸¹ Alors qu'il s'agit, concernant la première phrase, de l'intitulé original du texte du StPO, la seconde phrase a été ajoutée en 2000 et donne matière à controverse.¹⁸⁸² D'un côté elle semble doter la police d'une compétence propre et même lui confier la responsabilité de la conduite indépendante des investigations en matière criminelle.¹⁸⁸³ D'un autre côté, cette compétence ne pourrait bien être limitée qu'aux seuls cas d'urgence, soit à un stade très précoce de l'enquête.¹⁸⁸⁴ Le § 163 al. 2 StPO vient plutôt appuyer cette dernière interprétation dans le sens où il exhorte la police à transmettre ses conclusions au procureur sans délai, ce qui induit que le législateur souhaitait voir le procureur à même d'exercer sa pleine responsabilité pour la conduite de l'enquête le plus tôt

investigations in Europe », dans E. LUNA et M. WADE (éds.), *The prosecutor in transnational perspective*, art.cit., p. 71-73 ; WEIGEND, Thomas, « Germany », dans K. LIGETI (éd.), *Toward a prosecutor for the European Union, Volume 1*, Oxford [u.a.], Hart, 2013, pp. 266-267 ; BARTON, Stephan et al., « Einführung in den Band », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, op. cit., pp. 14-15 ; dans le même ouvrage : JAHN, Mathias, « Das heutige strafprozessuale EV aus Sicht v. Wissenschaft u. Justiz », pp. 42-46 ; ELSNER, Beatrix, « Entlastung der Staatsanwaltschaft durch Übertragung von Einstellungsbefugnissen auf die Polizei? », *ZRP*, 2010, p. 50.

¹⁸⁸⁰ WEIGEND, Thomas, « The prosecution service (Germany) », dans P.J.P. TAK (éd.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, art. cit., p. 207 ; ERB, Volker, « § 163 StPO », dans *LR²⁶*, op.cit., p. 586 n° 24.

¹⁸⁸¹ Traduction libre de l'auteur du § 163 al. 1 StPO.

¹⁸⁸² V. pour l'histoire et l'évolution de cette norme WOHLERS, Wolfgang et ALBRECHT, Anna Helena, « § 163 StPO », dans *SK*, op. cit., p. 637-638, n° 1-2.

¹⁸⁸³ En ce sens not. MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 163 StPO », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 20 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 280 et s. ; De cet avis avant la réforme de 2000 aussi BINDEL, Frank-Michael, « Verhältnis Staatsanwaltschaft (StA) - Polizei », *DRiZ*, 1997, p. 166, v. spéc. n. 26. ACHENBACH, Hans, « § 163 StPO », dans H. ACHENBACH (éd.), *Kommentar zur Strafprozessordnung, §§ 94-212 b*, vol. 2, Neuwied, Luchterhand, 1992, p. 811, n° 4 ; V. pour un exposé de la controverse WEIGEND, Thomas, « The prosecution service (Germany) », dans P.J.P. TAK (éd.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, art. cit., p. 208 ; ERB, Volker, « § 163 StPO », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 586, n° 24.

¹⁸⁸⁴ En ce sens p. ex. WOHLERS, Wolfgang et ALBRECHT, Anna Helena, « § 163 StPO », dans *SK*, art. cit., n° 15. WALTHER, Alexander, « § 163 StPO », dans W. KREKELER (éd.), *Anwaltkommentar - StPO Strafprozessordnung*, Bonn, Dt. Anwaltverlag, 2007 (abrégié *AnwK*), p. 712-713, n° 9.

possible.¹⁸⁸⁵ En revanche, l'ajout de la deuxième phrase du premier alinéa conforte au contraire la thèse d'une autorisation légale générale pour la police de mener ses propres investigations, puisque dans le cas contraire, il n'aurait pas été prévu explicitement par le législateur la possibilité de requérir des informations auprès des autorités publiques hors cas d'urgence.¹⁸⁸⁶

335. Force est de constater dans la pratique que la police a toujours interprété cette règle comme une autorisation générale lui permettant de procéder à ses propres actes d'investigation.¹⁸⁸⁷ Ainsi, alors que les textes prévoient qu'une enquête soit en principe déclenchée, après que le procureur a admis un soupçon initial (§ 152 StPO),¹⁸⁸⁸ dans les faits – du moins dans les domaines de la petite et moyenne délinquance – les investigations sont conduites par la police – sans le concours du ministère public – qui détermine ainsi elle-même si les éléments dont elle dispose justifient le degré de suspicion requis.¹⁸⁸⁹ De plus, la police ne transmet ses conclusions, contrairement aux exigences du § 163 al. 2 StPO, que lorsqu'elle estime que les indices réunis sont désormais suffisants pour permettre au procureur de prendre une décision sur les poursuites.¹⁸⁹⁰ Elle s'octroie ainsi une compétence touchant

¹⁸⁸⁵ WEIGEND, Thomas, « The prosecution service (Germany) », dans P.J.P. TAK (éd.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, art. cit., p. 208 ; WALTHER, Alexander, « § 163 StPO », dans *AnwK*, art. cit., p. 172-713, n° 9. Dans ce sens également avant la réforme de 2000 GEISLER, Werner, « Stellung und Funktion der StA », *ZStW*, 1981, art. cit., p. 1114-1115 ainsi que spéc. n. 26.

¹⁸⁸⁶ ERB, Volker, « § 163 StPO », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 586, n° 24 ; dans ce sens également WEIGEND, Thomas, « The prosecution service (Germany) », dans P.J.P. TAK (éd.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, art. cit., p. 208.

¹⁸⁸⁷ P. ex. BVerwG, déc. du 10.10.1974 – III C 56/73, reproduite dans *MDR*, 1975, 317, spéc. p. 318. V. aussi WEIGEND, Thomas, « The prosecution service (Germany) », dans P.J.P. TAK (éd.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, art. cit., p. 208 ; GEISLER, Werner, « Stellung und Funktion der StA », *ZStW*, 1981, art. cit., p. 1113 ; KOHLHAAS, Max, *Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt*, op. cit., p. 71 et s., 74. Ce constat est confirmé par des études empiriques telles que par ex. celle approfondie de BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, op. cit. ; Cette tendance, loin de s'estomper, s'est bien au contraire amplifiée au fil des années comme en témoignent les ouvrages plus récents de SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, op. cit., p. 39 et s. ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 229 et s. ; WEIGEND, Thomas, « Germany », dans K. LIGETI (éd.), *Toward a prosecutor for the European Union*, art. cit., p. 267.

¹⁸⁸⁸ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, art. cit., p. 2245 ; EISENBERG, Ulrich, *Kriminologie*, München, Beck, 2005, p. 263, § 27, n° 6.

¹⁸⁸⁹ ELSNER, Beatrix et PETERS, Julia, « The prosecution service function within the german justice system », dans J.-M. JEHLE et M. WADE (éds.), *Coping with overloaded criminal justice systems*, art. cit., p. 227-228 ; WEIGEND, Thomas, « The prosecution service (Germany) », dans P.J.P. TAK (éd.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, art. cit., p. 208 ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, art. cit., p. 2245 ; GEISLER, Werner, « Stellung und Funktion der StA », *ZStW*, 1981, art. cit., p. 1114 ; EISENBERG, Ulrich, *Kriminologie*, op. cit., p. 263, § 27, n° 6 ; SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, op. cit., p. 39 et s.

¹⁸⁹⁰ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, art. cit., p. 2245.

directement aux libertés individuelles des personnes concernées par l'enquête, alors même que la loi n'accordait cette compétence de principe qu'au procureur.¹⁸⁹¹

336. Les raisons qui expliquent cette place privilégiée de la police dans la pratique sont multiples.¹⁸⁹²

337. Il s'agit ici en premier lieu d'un aspect structurel : le ministère public ne dispose pas de ses propres fonctionnaires enquêteurs, il est bien plus, pour reprendre la formule de Claus Roxin « *une tête sans mains* »¹⁸⁹³.¹⁸⁹⁴ Il en est donc réduit à recourir à des forces de terrain étrangères (la police) qui ne lui sont pas réservées et, interviennent de surcroît, dans plusieurs domaines, raison pour laquelle elles n'agissent pas toujours en son sens.¹⁸⁹⁵ En effet, la police intervient d'abord de manière préventive, domaine qu'elle considère comme sa mission première,¹⁸⁹⁶ et obéit à cet égard à d'autres principes que ceux auxquels elle est soumise quand elle agit sous la tutelle du ministère public en droit procédural pénal relevant du droit répressif.¹⁸⁹⁷ Toutefois, la différenciation de ses deux champs d'action est de plus en plus trouble, pour ne pas dire impossible,¹⁸⁹⁸ ce qui conduit à de nombreux problèmes. La police, dont le procureur dépend entièrement, n'hésite pas à résoudre ceux-ci en interprétant sa compétence préventive, qui lui permet d'agir sous sa propre régie, de manière extensive.¹⁸⁹⁹

¹⁸⁹¹ *Ibid.*

¹⁸⁹² V. pour un exposé détaillé HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 238 et s. ; SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, *op. cit.*, p. 66 et s. ; HEGHMANN, Michael, « Prozessuale Rolle der StA », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 434-436 ; pour un aperçu plus bref ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 119 et s.

¹⁸⁹³ ROXIN, Claus, « Rechtsstellung u. Zukunftsaufgaben der StA », *DRiZ*, 1969, *art. cit.*, p. 388.

¹⁸⁹⁴ HEGHMANN, Michael, « Prozessuale Rolle der StA », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 434 ; JAHN, Mathias, « Das heutige strafprozessuale EV aus Sicht v. Wissenschaft u. Justiz », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, *art. cit.*, pp. 42-46.

¹⁸⁹⁵ HEGHMANN, Michael, « Prozessuale Rolle der StA », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 434.

¹⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 435.

¹⁸⁹⁷ GÖSSEL, Karl Heinz, « Überlegungen über die Stellung der StA », *GA*, 1980, *art. cit.*, p. 339 ; HEGHMANN, Michael, « Prozessuale Rolle der StA », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 435.

¹⁸⁹⁸ RZEPKA, Dorothea, « Das Strafverfahren in den Händen der Polizei: Ist-Zustand und kriminalpolitische Visionen », *KritV*, vol. 82, n° 3, 1999, p. 313 ; NAUCKE, Wolfgang, « Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht », *KritV*, vol. 76, n° 2, 1993, p. 146.

¹⁸⁹⁹ V. e. a. not. ALBRECHT, Peter-Alexis, « Vom Unheil der Reformbemühungen », *StV*, 2001, *art. cit.*, p. 417 ; KNIESEL, Michael, « Neue Polizeigesetze contra StPO? Zum Regelungsstandort der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten und zur Verfassungsmäßigkeit polizeilicher Vorfeldaktivitäten », *ZRP*, vol. 20, n° 11, 1987, p. 378 et s. ; KNIESEL, Michael, « Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im neuen Polizeirecht », *ZRP*, 1989, *art. cit.*, p. 329 ; KNIESEL, Michael, « Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit — eine unendliche Geschichte », *ZRP*, vol. 25, n° 5, 1992, p. 164 ; HUND, Horst, « Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat », *ZRP*, 1991, *art. cit.*, p. 465 ; RZEPKA, Dorothea, « Das Strafverfahren in den Händen der Polizei », *KritV*, 3-1999, *art. cit.*, p. 312 ; ROXIN, Claus, « Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute », *DRiZ*, 1997, p. 119. Cette tendance, loin de s'estomper, s'est bien au contraire amplifiée au fil des années comme en témoignent les ouvrages plus récents de SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, *op.*

Ces difficultés originelles se sont renforcées dans un contexte politique sécuritaire, alors que la police demandait plus de pouvoirs d'investigation pour faire face aux nouvelles formes complexes de criminalité (notamment la criminalité organisée et le terrorisme) dans les années 1970.¹⁹⁰⁰ Une lutte efficace contre ces nouveaux phénomènes n'était, selon elle, possible que si la conduite d'investigations était placée sous le sceau de l'« opérationnalité » et n'était plus limitée par les conditions trop étroites prévues par le StPO et la double tutelle du procureur et du juge de l'enquête,¹⁹⁰¹ l'objectif premier n'étant pas d'éclaircir un fait criminel concret mais bien plus d'établir des liens transversaux avec d'autres infractions et de mettre en lumière les structures criminelles de base.¹⁹⁰² Pour arriver aux personnes commanditaires de l'ombre (« *Hintermänner* »), les termes de « *soupeçon initial* » ou « *danger concret* », qui déterminaient jusque-là le domaine d'action préventif ou répressif de la police, ne lui apparaissent plus appropriés.¹⁹⁰³ Il convient bien plus d'agir avant que le danger ne se concrétise et préalablement à la commission de la future infraction.¹⁹⁰⁴ L'action policière est alors plus que jamais ambivalente ou « *multifonctionnelle* ». ¹⁹⁰⁵ Or, en matière préventive, la police n'est pas inquiétée de la tutelle du procureur qu'elle ressent souvent comme trop bureaucratique.¹⁹⁰⁶ Se développa alors d'abord de manière informelle une pratique policière en amont de l'enquête qui consistait dans une large mesure au recueil d'informations (recoupement de fichiers, mise sur écoute, recours à des personnes infiltrées etc.) devant rester secrètes pour en garantir l'effectivité aux fins de prévention de délits à venir.¹⁹⁰⁷ On

cit., p. 39 et s. ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 229 et s. ; Weigend, Thomas, « Germany », dans K. Ligeti (éd.), *Toward a prosecutor for the European Union*, *art. cit.*, p. 267.

¹⁹⁰⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis, « Vom Unheil der Reformbemühungen », *StV*, 2001, *art.cit.*, p. 417 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 260 et s. ; HUND, Horst, « Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat », *ZRP*, 1991, *art. cit.*, p. 345 ; KNIESEL, Michael, « Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im neuen Polizeirecht », *ZRP*, 1989, *art. cit.*, p. 329. Sur ce phénomène au niveau européen plus généralement, v. not. BRAUM, Stefan, « Prosecutorial control of investigations in Europe », dans E. LUNA et M. WADE (éds.), *The prosecutor in transnational perspective*, *art.cit.*, p. 71-73.

¹⁹⁰¹ ALBRECHT, Peter-Alexis, « Vom Unheil der Reformbemühungen », *StV*, 2001, *art.cit.*, p. 417 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 261-263.

¹⁹⁰² ALBRECHT, Peter-Alexis, « Vom Unheil der Reformbemühungen », *StV*, 2001, *art.cit.*, p. 417 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 261.

¹⁹⁰³ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 261.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁹⁰⁵ Terme emprunté à ALBRECHT, Peter-Alexis, « Vom Unheil der Reformbemühungen », *StV*, 2001, *art.cit.*, p. 418.

¹⁹⁰⁶ En ce sens not. *Ibid.*, p. 417-418.

¹⁹⁰⁷ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 262, 264-265 ; PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Strafprozeß im Umbruch oder: Vom unmöglichen Zustand des Strafprozessrechts », *StV*, n° 11, 1999, p. 626 et s.

aurait pu croire que la décision de principe de la Cour fédérale Constitutionnelle relative au recensement de la population de 1983¹⁹⁰⁸ mettrait un terme à cet usage. En effet, la Cour releva ici que toute collecte de données qui enregistrerait des renseignements personnels devait avoir une base légale précise s'orientant à l'objectif poursuivi exact de la mesure.¹⁹⁰⁹ Cet arrêt requérait ainsi clairement l'intervention du législateur pour les nouvelles pratiques policières apparues.¹⁹¹⁰ Sachant que la lutte « *préventive* » contre la criminalité avait en l'espèce également l'objectif répressif de récolter des informations sur des auteurs potentiels d'une infraction, beaucoup s'attendaient à voir le législateur fédéral (seul compétent pour fixer les compétences de la police répressive) réagir pour régler la question dans le StPO.¹⁹¹¹ Mais ce sont bien plus les législateurs régionaux des Länder qui vinrent au secours de la police et légalisèrent ses pratiques comme une action de la police administrative, en en retenant le seul caractère préventif.¹⁹¹² Ainsi fleurirent les normes habilitant les policiers au nom de la prévention à recourir à des moyens techniques tels les dispositifs d'écoute ou les personnes infiltrées, à procéder à des recoupements de fichiers et comparaisons de données ou à des observations policières au nom de la lutte préventive contre la criminalité (v. p. ex. pour la Westphalie du Nord §§ 1 al. 1, 20, 21, 31 PolG NRW etc.).¹⁹¹³ La condition stricte de

¹⁹⁰⁸ BVerfG, déc. du 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83 (*BVerfGE* 65, 1-71), reproduite dans *NJW*, 1984, p. 419.

¹⁹⁰⁹ V. principe directeur n° 2, BVerfG, déc. du 15.12.1983 (v. n. 1908).

¹⁹¹⁰ V. p. ex. SCHWECKENDIECK, Helmut, « Dateien zur „vorbeugenden Verbrechensbekämpfung“ im Lichte der Rechtsprechung zu § 81b Alt. 2 StPO », *ZRP*, vol. 22, n° 4, 1989, p. 125.

¹⁹¹¹ Dans ce sens not. HUND, Horst, « Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat », *ZRP*, 1991, *art. cit.*, p. 465 ; SCHWECKENDIECK, Helmut, « Dateien zur „vorbeugenden Verbrechensbekämpfung“ », *ZRP*, 1989, *art. cit.*, p. 125, qui va jusqu'à considérer les règles des régions autonomes sur cette question comme inconstitutionnelles, v. p. 127 ; RINGWALD, Gerhard, « Gegenpol zu INPOL? Computer bei der Justiz », *ZRP*, vol. 21, n° 5, 1988, p. 180 ; SCHOREIT, Armin, « Weiterer Ausbau der zentralistischen polizeilichen EDV-Systeme zum Nachteil der Justiz », *DRiZ*, 1986, p. 56 ; WOLTER, Jürgen, « Heimliche und automatisierte Informationseingriffe wider Datengrundrechtsschutz », *GA*, 1988, p. 78, qui a ici néanmoins une opinion différenciée. Il distingue les mesures concernant la prévention de délits pénaux en relation immédiate avec la prévention d'un danger concret, relevant de la police administrative, et les mesures concernant la prévention à long terme dans le but des poursuites pénales, qui devraient être impérativement réglées par le StPO du fait de leur proximité au droit répressif. Opinions divergentes e. a.: KNIESEL, Michael, « Neuzuschnitt der Polizeigesetze zum Nachteil der Strafverfolgung? », dans H.-P. BULL (éd.), *Sicherheit durch Gesetze?*, 1^e éd., Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 106 et s. ; du même auteur, « Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit — eine unendliche Geschichte », *ZRP*, vol. 25, n° 5, 1992, p. 165-166 ; KNIESEL, Michael et VAHLE, Jürgen, « Vorentwurf zur Änderung des MEPolG », *DRiZ*, n° 2-3, 1989, p. 99-100 et 153-154 ; KNIESEL, Michael et TEGTMEYER, Henning, « Weiterer Ausbau der zentralistischen polizeilichen EDV-Systeme zum Nachteil der Justiz? », *DRiZ*, 1986, p. 253-254.

¹⁹¹² V. sur ce point ALBRECHT, Peter-Alexis, « Vom Unheil der Reformbemühungen », *StV*, 2001, *art. cit.*, p. 417 ; HUND, Horst, « Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat », *ZRP*, 1991, *art. cit.*, p. 465-466.

¹⁹¹³ HUND, Horst, « Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat », *ZRP*, 1991, *art. cit.*, p. 466.

« *danger concret* » exigée jusqu'alors s'éroda.¹⁹¹⁴ La proximité de telles mesures au domaine répressif reste pourtant évidente, puisque les informations recueillies concernent également des situations délictuelles déjà commises sur lesquelles enquêtera la police en sa qualité d'auxiliaire du procureur.¹⁹¹⁵ L'intérêt d'utiliser les renseignements recueillis sur cette base préventive pour la préparation du procès pénal est certain.¹⁹¹⁶ Cela n'échappa pas au législateur fédéral, qui loin de stopper une pratique controversée, vient bien plus rendre possible l'exploitation des informations récoltées par la police administrative pour le procès pénal en intégrant les mesures concernées au StPO dans les années 1990 par la loi relative à la lutte contre la criminalité organisée (v. p. ex. §§ 110a, 163d, 100c en combinaison avec le § 100 e al. 1, 1^e phrase StPO).¹⁹¹⁷ Loin de renforcer la position du procureur, son contrôle est même parfois affaibli. Ainsi le recours à une personne infiltrée n'est-il pas seulement laissé à l'initiative de la police lorsque le danger est imminent, mais les prérogatives du ministère public en la matière en sont même réduites à un simple droit de veto (§ 110b al. 1, 2^e phrase StPO).¹⁹¹⁸ De plus, les praticiens se sont alors déjà depuis longtemps habitués à la catégorisation de ce phénomène de « *multifonctionnalité* » des possibilités d'intervention de la police.¹⁹¹⁹ La Cour fédérale de justice (BGH) ne vit donc plus la nécessité d'invalider de telles pratiques.¹⁹²⁰ Bien au contraire, elle reconnut pleinement la multifonctionnalité des méthodes d'enquête de la police en confirmant la légalité de l'exploitation d'informations obtenues en amont de l'enquête en procédure pénale.¹⁹²¹

338. Du fait du rattachement (contestable) de la lutte préventive contre la criminalité à la police administrative, on observe un net déplacement des compétences d'enquête primaire

¹⁹¹⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis, « Vom Unheil der Reformbemühungen », *StV*, 2001, *art.cit.*, p. 417.

¹⁹¹⁵ SCHWECKENDIECK, Helmut, « Dateien zur „vorbeugenden Verbrechensbekämpfung“ », *ZRP*, 1989, *art. cit.*, p. 125 ; HUND, Horst, « Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat », *ZRP*, 1991, *art. cit.*, p. 465 ; WOLTER, Jürgen, « Heimliche u. automatisierte Informationseingriffe », *GA*, 1988, *art. cit.*, p. 53 et 77.

¹⁹¹⁶ ALBRECHT, Peter-Alexis, « Vom Unheil der Reformbemühungen », *StV*, 2001, *art.cit.*, p. 417.

¹⁹¹⁷ Loi rel. à la lutte contre le trafic de stupéfiants et autres formes de criminalité organisée du 15 juillet 1992 (Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität, *BGBI.* 1992, partie I, p. 1302).

¹⁹¹⁸ ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 120 ; HEGHMANN, Michael, « Prozessuale Rolle der StA », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 435.

¹⁹¹⁹ ALBRECHT, Peter-Alexis, « Vom Unheil der Reformbemühungen », *StV*, 2001, *art.cit.*, p. 418.

¹⁹²⁰ *Ibid.*

¹⁹²¹ *Ibid.* V. à ce propos not. BGH, déc. du 07.06.1995, reproduite dans *NStZ* 1995, p. 601.

au profit de la police indépendamment du contrôle du procureur.¹⁹²² En raison de sa responsabilité de direction et de contrôle de l'enquête, cela le conduit de surcroît à intégrer une grande partie des renseignements recueillis en amont de son action par la police préventive dans la procédure alors qu'il n'a eu aucun moyen d'influer sur leur processus de recueil.¹⁹²³ Tout un pan des activités concernant pourtant les poursuites reste ainsi hors de portée du contrôle du procureur.¹⁹²⁴

339. Un deuxième élément justifiant la place de la police dans les investigations se trouve dans le § 158 al. 1 StPO.¹⁹²⁵ Celui-ci prévoit que les autorités et les fonctionnaires de police sont, à côté du ministère public et des tribunaux d'instance, les destinataires des plaintes au pénales. Et c'est ici la police, dans la très nette majorité des cas, qui recueille les premières informations concernant des faits délictuels.¹⁹²⁶ En 2013 par exemple, 82 % des procédures d'enquête sont ouvertes sur la base d'une plainte déposée auprès des services de police ou en raison d'informations recueillies autrement par les services de police (par exemple au cours de l'intervention policière préventive).¹⁹²⁷ Le procureur n'étant généralement pas averti du début de l'enquête par la police, il lui est alors difficilement possible de contrôler l'activité de cette dernière comme le prévoit la loi.¹⁹²⁸ C'est, dans les faits, la police qui juge si les conditions du soupçon initial prévues par le § 152 al. 2 StPO sont satisfaites et c'est donc elle qui met pour une part importante en application le principe de légalité.¹⁹²⁹ Elle avance ici pour justifier son intervention – à notre sens à tort – qu'il s'agirait de la seule possibilité, eu égard

¹⁹²² SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, *op. cit.*, p. 102. Sur ce phénomène au niveau européen plus généralement, v. not. BRAUM, Stefan, « Prosecutorial control of investigations in Europe », dans E. LUNA et M. WADE (éds.), *The prosecutor in transnational perspective*, *art. cit.*, p. 71-73.

¹⁹²³ *Ibid.*

¹⁹²⁴ *Ibid.*, p. 102-103.

¹⁹²⁵ ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 119 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 238.

¹⁹²⁶ BAUMANN, Thomas, « Staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit in Deutschland », *WISTA*, n° 3, 2015, p. 79 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 238.

¹⁹²⁷ Cette tendance autour des 80 % n'est pas nouvelle. Elle s'observe bien plus dès les débuts des relevés statistiques en 1981. V. BAUMANN, Thomas, « Staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit », *WISTA*, 3-2015, *art. cit.*, p. 79 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 238.

¹⁹²⁸ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 238.

¹⁹²⁹ RZEPKA, Dorothea, « Das Strafverfahren in den Händen der Polizei », *KritV*, 3-1999, *art. cit.*, p. 315 et s. ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 238 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 119.

à l'augmentation constante de la délinquance, de la charge de travail et du manque de personnel, de traiter le flux des délits de bagatelle.¹⁹³⁰

340. Par ailleurs, les ressources techniques et numéraires de la police lui procurent un avantage certain, tant qualitatif que quantitatif par rapport au ministère public.¹⁹³¹ Les procureurs ne disposent ni des compétences criminalistiques approfondies ni des moyens techniques des policiers.¹⁹³² Les employés du ministère public n'ont disposé que très tard des technologies informatiques les plus rudimentaires.¹⁹³³ En outre, le manque criant de personnel n'est un secret pour personne et se perpétue depuis des années.¹⁹³⁴ Encore récemment (au cours de l'année 2015) le procureur général de la région autonome d'Hambourg alertait sur les sous-effectifs de ses services.¹⁹³⁵ Les services de police ont été au contraire très tôt équipés des meilleures techniques informatiques et leurs besoins croissants en personnel ont été mieux considérés que ceux de la justice, ce qui repose avant tout sur un choix délibéré des politiques de privilégier les services de l'ordre avant la justice.¹⁹³⁶ Ils disposent également de nombreux établissements et instituts dédiés à la recherche et au développement des nouvelles techniques d'investigation (laboratoires techniques pour les analyses ADN, toxicologiques etc.) qui leur permettent de s'assurer un véritable monopole lorsqu'il s'agit de présenter une expertise.¹⁹³⁷ Les procureurs mais aussi les juges qui ne disposent pas des mêmes possibilités de développer leurs connaissances des techniques criminalistiques sont donc dans ce domaine entièrement dépendants des services de

¹⁹³⁰ WARSCHKO, Jeannette, *Vorbeugende Verbrechensbekämpfung. Prävention oder Repression?*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 1995, p. 77 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 238.

¹⁹³¹ ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 119-120 ; HEGHMANN, Michael, « Prozessuale Rolle der StA », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 435 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 242 et s. ; SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, *op. cit.*, p. 66 et s.

¹⁹³² HEGHMANN, Michael, « Prozessuale Rolle der StA », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 435 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 119-120 ; SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, *op. cit.*, p. 66 et s.

¹⁹³³ SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, *op. cit.*, p. 66-68 et 70.

¹⁹³⁴ *Ibid.* ; LORENZEN, Henning, « Legalität und Opportunitätsprinzip - Kritische Betrachtungen aus der und für die Strafverfolgungspraxis - », dans H. OSTENDORF (éd.), *Strafverfolgung und Strafverzicht*, Köln [e.a.], Heymanns, 1992, p. 545.

¹⁹³⁵ WITTE, Julia, « Justizbehörde: Weckruf durch den Chefankläger », *Die Welt*, 4 août 2015, en ligne : <<https://www.welt.de/regionales/hamburg/article144819041/Weckruf-durch-den-Chefanklaeger.html>>, consulté dernièrement le 14.10.2016.

¹⁹³⁶ SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, *op. cit.*, p. 68-70.

¹⁹³⁷ *Ibid.*, p. 71 ; ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, *art. cit.*, p. 119-120 ; BARTON, Stephan, « Strafverteidigung und Kriminaltechnik », *StV*, n° 3, 1988, p. 126.

police.¹⁹³⁸ La police est également incontestablement le « *maître des données* » et est, grâce aux recoupements de ces fichiers, ici aussi mieux placée que le ministère public.¹⁹³⁹ Enfin, la position des services de police est considérablement renforcée du fait de la coopération transnationale policière grâce aux services tels qu’Europol ou Interpol qui lui procure également une avance informationnelle par rapport aux procureurs.¹⁹⁴⁰

B – Un constat de « policisation » de la procédure pénale française similaire

341. Le constat est sensiblement le même du côté français. En effet, comme nous l’avons déjà laissé entendre en présentant le rôle de directeur de l’enquête du procureur français,¹⁹⁴¹ le Code de procédure pénale a, à l’image du § 163 StPO, encouragé – quand bien même involontairement – le développement des pouvoirs de la police judiciaire alors qu’il lui accordait une large marge d’initiative et de manœuvre, en lui confiant la conduite des investigations lors de l’enquête soit sur instruction du procureur, soit d’office (v. art. 14, 75 CPP).

342. Cela ne surprend donc pas que les constatations dans la pratique soient équivalentes pour ne pas dire encore plus alarmantes du fait des moyens financiers plus faibles alloués à la Justice et de la complexité du droit découlant d’une véritable frénésie législative.

343. Le livre noir du ministère public, élaboré lors de la conférence nationale des procureurs de la République en 2017, établit en effet un bilan encore plus accablant qu’en Allemagne concernant les soucis matériels et humains que rencontre la justice française, les magistrats n’hésitant pas à parler ici d’« *une justice en voie de clochardisation* ». ¹⁹⁴² La commission européenne pour l’efficacité de la Justice avait déjà dénoncé cet état de faits en 2016, indiquant que « *les parquets les plus chargés se trouvent incontestablement en France, qui compte en Europe quasiment le plus petit nombre de procureurs (2,8 pour 100.000*

¹⁹³⁸SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, op. cit., p. 71-72 ; LILIE, Hans, « Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren », *ZStW*, vol. 106, n° 3, 1994, p. 630, 631.

¹⁹³⁹ ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, art. cit., p. 119-120 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 276-280 ; SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, op. cit., p. 105-120 ; LILIE, Hans, « Verhältnis von Polizei u. StA im EV », *ZStW*, 3-1994, art. cit., p. 631 et s.

¹⁹⁴⁰ ROXIN, Claus, « Z. Rechtsstellung der StA damals und heute », *DRiZ*, 1997, art. cit., p. 119-120 ; SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, op. cit., p. 120 et s ; LILIE, Hans, « Verhältnis von Polizei u. StA im EV », *ZStW*, 3-1994, art. cit., p. 638 et s.

¹⁹⁴¹ V. dév. aux n° 301, p. 293 et s.

¹⁹⁴² PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, « Le livre noir du ministère public », *rap. préc.*, v. concernant « *la clochardisation de la Justice* » le sous-titre p. 6 et s.

habitants [pour une moyenne européenne de 11,3]), mais doit en même temps faire face au plus grand nombre de procédures reçues (7 pour 100 habitants [pour une moyenne européenne de 3,4]), tout en ayant à remplir un nombre record de fonctions différentes (13 [pour 11 aux Pays-Bas et en Allemagne, 8 en Italie et 5 en Angleterre et en Espagne]) ». ¹⁹⁴³ De même, le budget alloué à la Justice en 2014 était de 64,10 € par habitant (à titre de comparaison, même nettement inférieur à la redevance télévisuelle), alors qu'aux Pays-Bas, il s'élevait à 122 € et était de 114 € en Allemagne. ¹⁹⁴⁴ La conséquence logique de ce manque de moyens se traduit par des locaux vétustes de même qu'insuffisamment équipés et un grave retard de la Justice en informatique, pourtant indispensable à l'heure actuelle, encore plus prononcé qu'outre Rhin. ¹⁹⁴⁵ Des carences en experts sont également décriées. ¹⁹⁴⁶ Le constat d'une surenchère répressive au nom de la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée est en outre à son comble en France en raison des derniers attentats terroristes. ¹⁹⁴⁷ De fait, malgré l'explosion des normes d'exception déjà existantes en la matière, les autorités publiques estimèrent que les actes terroristes perpétrés depuis le début de l'année 2015 justifiaient de procéder à de nouvelles réformes. ¹⁹⁴⁸ Il s'agissait alors avant tout d'encadrer légalement l'activité des services de renseignements, en privilégiant leur capacité de surveillance sur le contrôle judiciaire de leurs activités, ce qui fut fait avec le vote de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015. ¹⁹⁴⁹ Et ces idées continuent de dominer les débats parlementaires comme le démontre l'adoption de la loi du 3 juin 2016, pourtant censée originellement être axée sur la protection des droits de la défense, ¹⁹⁵⁰ ou encore la dernière loi de programmation

¹⁹⁴³ CEPEJ, « Systèmes judiciaires européens », n° 23, Conseil de l'Europe, 2016, p. 132, en ligne : <<https://rm.coe.int/systemes-judiciaires-europeens-efficacite-et-qualite-de-la-justice-les/1680789852>>, consulté dernièrement le 20.08.2018.

¹⁹⁴⁴ PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, « Le livre noir du ministère public », *rap. préc.*, p. 6 ; CEPEJ, « Systèmes judiciaires européens », *rap. préc.*, p. 24.

¹⁹⁴⁵ PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, « Le livre noir du ministère public », *rap. préc.*, p. 26 et s.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 35 et s.

¹⁹⁴⁷ V. sur ce phénomène e. a. LAZERGES, Christine, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 3-2003, *art. cit.*, p. 644 et s. ; CNCDH, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », *ass. plén.*, 2014, *rap. préc.*, p. 11, n° 27 ; RUBI-CAVAGNA, Eliette, « L'extension des procédures dérogatoires », *Rev. sc. crim.*, n° 1, 2008, p. 23-40.

¹⁹⁴⁸ V. not. CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 408 et spéc. n. 2 dans lequel l'auteur n'évoque que quelques-unes des dernières réformes à ce sujet.

¹⁹⁴⁹ V. pour un commentaire sur cette loi soulignant particulièrement les dérives d'un État de surveillance PARIZOT, Raphaële, « Sécurité intérieure - Surveiller et prévenir... à quel prix ? Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement - Et. 1077 », *JCP G*, n° 41, 2015, p. 1816-1824 ; LATOUR, Xavier, « Sécurité / Police - La loi relative au renseignement : un État de surveillance ? - Ét. 2286 », *JCP A*, n° 40, 2015, p. 1-8.

¹⁹⁵⁰ V. en ce sens e.a. CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 408-409 ; BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure

2018-2022, censurée en grande partie par le Conseil des Sages¹⁹⁵¹. Enfin, et il s'agit ici d'une particularité française, cette accentuation des tendances répressives accordant toujours plus d'espace à des interventions attentatoires aux libertés individuelles des forces de l'ordre s'est traduite par une véritable « *boulimie législative* »¹⁹⁵² qui donne lieu à une forte insécurité juridique et complexifie les missions des magistrats.¹⁹⁵³ Il convient ici juste de donner un chiffre particulièrement éloquent : alors que le Code de procédure pénale ne comptait en 1981 « *que* » 849 pages, il s'étalait en 2017 sur quelques 2.791 pages !¹⁹⁵⁴ À titre de comparaison, le Code de procédure pénale allemand dans sa version Beck-Texte im dtv 2018 (équivalent en format à un livre de poche) ne compte que 225 pages. Face à des conditions de travail aussi défavorables, on comprend mieux que le ministère public français ait des difficultés pratiques à assurer son rôle de direction des investigations comme les textes le prévoient théoriquement.

344. Et, en effet, malgré l'insistance du législateur concernant le rôle de directeur des officiers de police judiciaire du procureur (dernièrement visible avec l'ajout de l'art. 39-3 du CPP par la loi du 3 juin 2016) , la réalité renvoie une toute autre image de la situation.¹⁹⁵⁵ La

pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1339 ; PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, n° 1-2 ; RIBEYRE, Cédric, « Crime organisé - Loi du 3 juin 2016 – Et maintenant ? - Ét. 17 », *Dr. Pén.*, 9-2016, *art. cit.*, v. p. ex. av. n° 1 ; CONTE, Philippe, « Bas les masques ! - Repère 6 », *Dr. Pén.*, 6-2016, *art. cit.* Il sera revenu plus en détail sur cette loi lors de l'étude des droits des personnes concernées par l'enquête aux n° 473 et s. p. 436 et s. de cette thèse.

¹⁹⁵¹ V. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet, v. e. a. égal. CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, 2018 ; GOETZ, Dorothée, « Réforme de la justice », *Dal. act.*, 16.03.2018, *art. cit.* ; BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.* ; « Loi de programmation 2018-2020, alerte 5 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.* ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* ; CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice.

¹⁹⁵² Le terme est ici emprunté à Jean-Marie Coulon dans l'ouvrage COULON, Jean-Marie et SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel, *La justice à l'épreuve*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁹⁵³ Sur le constat pratique des difficultés posées par ce problème, v. not. PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, « Le livre noir du ministère public », *rap. préc.*, p. 8. À propos de cette frénésie législative, v. e. a. CHEVALLIER, Jean-Yves, « Vol au-dessus d'un nid de réformes », dans *Mélanges Pradel*, 2006, *art. cit.*, p. 253-269 ; CANIVET, Guy, « Qui inspire les réformes pénales?, propos introductifs, dans C. Cass. (éd.), *La proc. pén. en quête de cohérence* », *art. cit.*, p. 61-64 ; DEBOVE, Frédéric, « L'overdose législative, ét. 12 », *Dr. pén.*, 10-2004, *art. cit.*, p. 6-10 ; JEAN, Jean-Paul, « Les réformes pénales 2000-2010, entre inflation législative et révolutions silencieuses », *Reg. actu*, 357-2010, *art. cit.*, p. 8-22 ; CHAVENT-LECLÈRE, Sophie, « Des évolutions en cours à la révolution attendue en proc. pén. ?, dos. 6 », *Procédures*, 1-2015, *art. cit.*, en partic. n° 1-3.

¹⁹⁵⁴ Se rapporter ici not. au constat des PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, « Le livre noir du ministère public », *rap. préc.*, p. 8.

¹⁹⁵⁵ BARLOGIS, Cloé, « Le procureur et le difficile choix des formations d'enquête », *AJP*, n° 12, 2016, p. 570 et s. ; Pour un constat similaire, se rapporter e.a. égal. à GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s.

surveillance à distance d'actions conduites par des hommes soumis hiérarchiquement à un autre ministère que le sien se révèle particulièrement délicate.¹⁹⁵⁶ Nombreux sont ceux qui considèrent que l'influence du magistrat est faible.¹⁹⁵⁷ Ainsi est-il fréquent que des enquêteurs expriment le sentiment d'une faible valeur ajoutée du procureur perçu comme, au mieux celui qui donnera les moyens juridiques de procéder à un acte utile à l'enquête, ou, au pire, exigera des mesures considérées comme inutiles voire nuisibles (telle une confrontation avec victime traumatisée) ou ne comprendra pas les rapprochements possibles (en refusant par exemple une jonction de dossier).¹⁹⁵⁸ Il convient toutefois de relever que le constat est nuancé, selon s'il s'agit d'affaires simples ou complexes ou encore d'un contentieux de masse ou spécialisé.¹⁹⁵⁹

345. Les membres du ministère public eux-mêmes se considèrent plus comme autorité de poursuite que comme directeur d'enquête, alors que les présidents de juridictions pénales avouent ne pas toujours discerner le rôle de direction d'enquête du parquet dans les procédures dont ils sont saisis.¹⁹⁶⁰ Les raisons principales invoquées, à côté de celles brièvement énumérées plus haut concernant les conditions humaines et matérielles, reposent ici dans les contraintes temporelles, les investigateurs dénonçant les fréquentes difficultés rencontrées pour joindre un parquetier (les praticiens interrogés lors d'un atelier de formation continue organisé par l'ENM en 2008 faisaient à ce propos état d'un triste record de 3h23 d'attente téléphonique !) et le changement constant d'interlocuteurs du ministère public au gré des diverses permanences qui impacte négativement le suivi de l'enquête.¹⁹⁶¹ Il faut

¹⁹⁵⁶ BARLOGIS, Cloé, « Le procureur et le difficile choix des formations d'enquête », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 570 et s.

¹⁹⁵⁷ V. p. ex. GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s. ; BARLOGIS, Cloé, « Le procureur et le difficile choix des formations d'enquête », *AJP*, 12-2016, *art. cit.* p. 570 et s. ; BASTARD, Benoit et MOUHANNA, Christian, *Une justice dans l'urgence*, *op. cit.*, p. 95 et s.

¹⁹⁵⁸ V. not. GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s. ; en ce sens égal. BASTARD, Benoit et MOUHANNA, Christian, *Une justice dans l'urgence*, *op. cit.*, p. 95 et s. et spéc. p. 100-101.

¹⁹⁵⁹ GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.* Ainsi, c'est ce qui explique que certains auteurs parlent à cet égard du cœur de l'activité des membres du ministère public, v. en ce sens BASTARD, Benoit et MOUHANNA, Christian, *Une justice dans l'urgence*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁹⁶¹ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 51 ; GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s. Faisant un constat similaire concernant les difficultés à joindre les permanences mises en place : BASTARD, Benoit et MOUHANNA, Christian, *Une justice dans l'urgence*, *op. cit.*, p. 93 et 98. Quant aux changements d'interlocuteurs, ce point a été confirmé lors d'une interview informelle de l'ancienne juge d'instruction Magalie La Fourcade qui indiquait que de nombreux

reconnaître que le mode d'organisation des permanences des parquets fondé généralement sur un rythme de 24 heures, soit sur une période plus courte qu'une durée de garde à vue, ne va guerre dans le sens d'un contrôle continu et informé des investigations par le ministère public.¹⁹⁶²

346. Par ailleurs, les outils mis en place par le légiférant pour assurer le contrôle de l'enquête par le procureur n'ont pas tous eu les effets escomptés et sont encore perfectibles.¹⁹⁶³ En effet, la notation des officiers de police judiciaire par le procureur correspond plus à une fiction juridique, alors qu'elle s'effectue dans la pratique à travers les informations du chef de service.¹⁹⁶⁴ De même, à l'image de leurs collègues outre Rhin qui considèrent l'action préventive comme leur champ d'intervention de prédilection, les policiers tendent à privilégier en général leurs rapports avec le préfet.¹⁹⁶⁵ Quant au pouvoir du procureur de choisir la formation de police (art. 12-1 CPP), elle reste malheureusement bien théorique : officieusement, il n'est pas rare que les officiers de police judiciaire choisissent finalement eux-mêmes leur magistrat (hors procédures d'urgence) en appelant le traitement en temps réel (TTR) selon les permanences effectuées par les parquetiers qu'ils désirent.¹⁹⁶⁶ Aux problèmes récurrents de concurrence entre la gendarmerie et la police s'ajoute l'imprécision de la notion même de « formation » ainsi que l'insuffisance de l'encadrement juridique du choix du procureur qui donnent lieu à de vives querelles d'interprétation entre l'autorité judiciaire et les services de police.¹⁹⁶⁷ Chacun interprète ces concepts dans son

policiers avec lesquels elle travaillait lui avaient confié préférer travailler avec un magistrat instructeur en raison des changements incessants d'interlocuteurs dans le cadre d'une enquête sous la direction du ministère public.

¹⁹⁶² GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s.

¹⁹⁶³ BARLOGIS, Cloé, « Le procureur et le difficile choix des formations d'enquête », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 570 et s. ; GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s. ; SCHWENDENER, Marc, « La direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 447 et s., ces auteurs n'en tirant pas tous les mêmes conclusions. Tandis que Cloé Barlogis défend la clarification du choix des formations d'enquête au sens large du terme au profit du procureur, les deux autres auteurs se prononcent en faveur d'une reconnaissance d'un pouvoir particulier pour déterminer l'unité compétente dans le cadre des formations d'enquête aux chefs de service de la police judiciaire.

¹⁹⁶⁴ BARLOGIS, Cloé, « Le procureur et le difficile choix des formations d'enquête », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 570 et s. ; GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s.

¹⁹⁶⁵ BARLOGIS, Cloé, « Le procureur et le difficile choix des formations d'enquête », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 570 et s. ; ROUSSEL, Gildas et al., « La coordination entre les forces de police et la justice dans le traitement des délits », dans J. DANET (éd.), *La réponse pénale: dix ans de traitement des délits*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013.

¹⁹⁶⁶ BARLOGIS, Cloé, « Le procureur et le difficile choix des formations d'enquête », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 570 et s. ; BASTARD, Benoit et MOUHANNA, Christian, *Une justice dans l'urgence*, *op. cit.*, p. 84-87.

¹⁹⁶⁷ V. à ce sujet not. BARLOGIS, Cloé, « Le procureur et le difficile choix des formations d'enquête », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 570 et s.

propre intérêt pour défendre ses conditions de travail personnelles au détriment d'une réelle coopération et d'une cohésion d'ensemble.¹⁹⁶⁸ En ce sens, la Chancellerie privilégie une définition étroite du terme de formation qui comprend l'unité et les services de police judiciaire en tant que subdivisions, ce qui permet au procureur de saisir un service en particulier.¹⁹⁶⁹ Selon la Direction générale de la police nationale (DGPN) et la Direction générale de la gendarmerie générale (DDGN) ce terme ne renverrait au contraire qu'à de grandes catégories de services, c'est-à-dire à la direction centrale de la police judiciaire, à ses directions interrégionales et à la direction centrale de sécurité publique. Il reviendrait ensuite aux directions de ces services de désigner l'unité compétente, ce qui limiterait de manière importante les pouvoirs du procureur prévus à l'art. 12-1 du CPP.¹⁹⁷⁰ Il serait en ce sens souhaitable que le législateur vienne ici préciser la notion pour mettre fin à cette controverse.

Conclusion de la Section I

347. Cette première section met d'ores et déjà en lumière deux tendances étrangement similaires, malgré les différences de structure de l'avant-procès, et préoccupantes pour les libertés individuelles.

348. Le procureur connaît d'abord un véritable accroissement de ses pouvoirs notamment de contrainte en tant que directeur d'enquête.

349. Du côté allemand, cette tendance s'opère en particulier après la suppression du juge instructeur, les larges pouvoirs de contraintes de ce dernier étant alors majoritairement confiés au procureur notamment par le biais du mécanisme de la clause d'urgence, à l'exception de la détention provisoire qui demeure de la responsabilité exclusive du juge de l'enquête.

350. Le constat aurait dû être différent en France, l'enquête n'étant en principe pas le cadre approprié de la coercition pour laquelle l'instruction, sous la direction d'un juge du siège, a été conçue. Et pourtant, force est de constater que les politiques répressives de ces dernières années ont délibérément choisi d'accorder toujours plus de pouvoirs de contrainte non

¹⁹⁶⁸ *ibid.*

¹⁹⁶⁹ Rapportant cette opinion tout en la partageant, v. *ibid.* et les réf. auxquelles elles se rapporte.

¹⁹⁷⁰ Semblent partager cette interprétation not. SCHWENDENER, Marc, « La direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 447 et s. ; GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s. Exposant cette opinion sans la partager BARLOGIS, Cloé, « Le procureur et le difficile choix des formations d'enquête », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 570 et s.

seulement dans le cadre de l'enquête de flagrance mais aussi dans celui de l'enquête préliminaire au profit du parquetier. À mesure que les prérogatives du ministère public augmentaient, la part des informations judiciaires s'amenuisait laissant peu à peu apparaître le procureur comme le principal directeur des investigations dans l'avant-procès.

351. Bref, dans l'un comme l'autre des systèmes, la figure du juge du siège recule devant l'avancée spectaculaire du procureur. Or cela pose bien un problème, alors que le juge du siège est perçu dans les deux ordres procéduraux à l'étude comme l'autorité judiciaire garante « *par excellence* » des libertés individuelles.

352. À cela s'ajoute que cette sphère de pouvoir dans les mains des procureurs n'est pas toujours maîtrisée et lui échappe souvent dans la pratique, la police judiciaire, dont le ministère public dépend entièrement, dépassant régulièrement le rôle d'auxiliaire dans lequel le législateur souhaitait la voir confinée. Profitant de la large marge de manœuvre et d'initiative que la loi des deux côtés du Rhin lui accordait et disposant de biens meilleures conditions matérielles et budgétaires que la justice, la police tend à s'affirmer *de facto* comme la directrice des investigations contre la volonté législative officielle au détriment des libertés individuelles. Il convient néanmoins de préciser que si le mouvement constaté est semblable de part et d'autre de la frontière, les ressources matérielles et humaines de la justice française nettement inférieures à celles de l'Allemagne, de même que la grande insécurité juridique résultant de la multiplication exponentielle des textes législatifs, ont définitivement contribué à exacerber ce phénomène en France.

353. La police judiciaire en a-t-elle ravi pour autant la « *souveraineté* » du procureur en tant que directeur de l'enquête ? Une telle affirmation serait quelque peu exagérée, alors que c'est bien toujours au procureur que revient incontestablement la responsabilité légale de la direction de l'enquête et que c'est à lui que le législateur accorde les pouvoirs les plus importants de coercition pour lesquels la police est obligée de passer par lui. La loi n'a, bien heureusement, jamais songé sérieusement à consacrer les pratiques officieuses de la police judiciaire en la laissant enquêter seule sous sa propre régie et responsabilité, ce qui ne manquerait pas d'affaiblir les garanties déjà minces apportées par l'intervention du procureur en tant que directeur de l'enquête ; en témoignent les fantômes du passé. Peut-être serait-il toutefois plus juste de parler s'agissant du procureur, d'un acteur de l'avant-procès, si non pleinement souverain, du moins le plus influent en raison en partie de sa fonction légale de directeur de l'enquête, associée notamment à d'importants pouvoirs de contrainte.

354. Cette position « *clef* » du procureur pour les investigations est de surcroît renforcée par son pouvoir décisionnel décuplé à la fin de l'enquête, puisqu'il revient à lui seul d'apprécier la suite à donner à l'action publique sur les conclusions de l'enquête.¹⁹⁷¹

¹⁹⁷¹ En ce sens du côté allemand e. a. JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 225 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 17 et s. ; WEIGEND, Thomas, « A Judge by Another Name? », dans E. LUNA et M. WADE (éds.), *The prosecutor in transnational perspective*, *art. cit.*, p. 383 et s. ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14-15, n° 3-5 ; Kiejman tel que cité par FALQUE, Edith, « La protection de l'innocent », *Rev. sc. crim.*, 4-1975, *art. cit.*, p. 1143.

– SECTION II –

LE MINISTÈRE PUBLIC, ACTEUR « CLEF » DE L'AVANT-PROCÈS DU FAIT DE SON POUVOIR DÉCISIONNEL À LA FIN DE L'ENQUÊTE

355. La source la plus importante des pouvoirs du procureur nous semble ici assurément résider dans les prérogatives qui lui reviennent à la fin de l'enquête, desquelles ressortent des compétences « *quasi-juridictionnelles* »¹⁹⁷².¹⁹⁷³ Le procureur serait-il en ce sens devenu un « *juge sous un autre nom* »¹⁹⁷⁴ ? L'examen de ses pouvoirs « *sélectifs* »,¹⁹⁷⁵ du fait de sa qualité de détenteur et d'initiateur de l'action publique (§. 1), de même que de ses pouvoirs décisionnels et sanctionneurs, résultant d'une poussée de l'opportunisme concernant la réponse pénale¹⁹⁷⁶ dans les deux systèmes à l'étude (§. 2) pourrait le laisser penser.

§ 1. L'influence considérable du procureur sur l'issue de la procédure en sa qualité de détenteur et d'initiateur de l'action publique

356. Le rôle de détenteur et d'initiateur de l'action publique confié au procureur lui permet d'influer de manière déterminante sur la suite la procédure et ce, sur le fondement même du principe de la légalité (qui constituera un préalable nécessaire à toute appréciation en

¹⁹⁷² V. p. ex. SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 3.

¹⁹⁷³ En ce sens également e. a. DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁹⁷⁴ La formule est reprise et traduite du titre de la contribution de WEIGEND, Thomas, « A Judge by Another Name? », dans E. LUNA et M. WADE (éds.), *The prosecutor in transnational perspective*, *art. cit.*, qui soutient la thèse que le procureur est devenu dans les systèmes adversoriaux comme inquisitoires un quasi juge (« *judge-like figure* »).

¹⁹⁷⁵ Formule usitée dans la doctrine allemande not. par HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 63 et 67 et s. ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 20-21 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 224 et 226 ; dans le même sens du côté français comparant le ministère public à une gare de « *triage* » DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 793, n° 1145 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 34, n° 25.

¹⁹⁷⁶ Il est ici fait le choix délibéré de privilégier la notion de l'opportunité « *des réponses pénales* » (et non « *des poursuites* ») telle que l'entend l'ouvrage de référence DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 792-794, n° 1143-1148. Ce précepte tient à notre sens mieux compte de l'évolution des choix qui s'offrent au procureur à la fin de l'enquête dans les deux systèmes à l'étude. En effet, la décision du parquetier ne se présente ici plus sous un angle binaire (poursuite ou classement ?). Il s'agit bien plus désormais d'un système ternaire en raison de l'apparition des alternatives aux poursuites. Ce constat vaut pareillement au niveau allemand comme le notait déjà JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 226. À cela s'ajoute que ce terme recouvre aussi la pluralité des modalités qui s'offrent au procureur dans chacune des voies, phénomène qui relève bien selon nous, du même principe d'opportunité, qu'il s'agisse de la poursuite (dans le cadre d'un procès ou d'une procédure simplifiée) ou des alternatives aux poursuites, même si les allemands n'analysent pas la première catégorie sous cette perspective.

opportunité également dans le système français)¹⁹⁷⁷.¹⁹⁷⁸ Il agit en ce sens comme un véritable « *filtre sélectif* »¹⁹⁷⁹ ou « *gare de triage* »¹⁹⁸⁰ qui fera sortir du système les cas voués dès le départ à l'échec pour des raisons factuelles. À cet égard, on remarquera toutefois la spécificité française de la plainte avec constitution de partie civile conçue comme contre-poids nécessaire aux pouvoirs du procureur en tant que détenteur de l'action publique (A). Ce tempérament n'ayant pas d'équivalent comparable outre-Rhin, le pouvoir du procureur allemand en tant qu' « *accusateur* » (dérivé de la formule allemande « *Anklagebehörde* » souvent usitée pour désigner le ministère public, mais en réalité peut-être conviendrait-il mieux de parler d' « *autorité de classement des dossiers* »¹⁹⁸¹) en ressort renforcé (B).

A – Un pouvoir sélectif important du procureur français en tant que détenteur et initiateur de principe de l'action publique

357. On aurait pu penser à première vue que le pouvoir sélectif du procureur français en tant que détenteur et initiateur de l'action publique dans un système opportuniste, serait bien plus large que celui du procureur allemand intervenant dans un système en principe légaliste, mais la réalité est tout autre. Certes, le parquetier français joue également un rôle de filtre important en tant que détenteur et initiateur de l'action publique (1). Ses pouvoirs ne sont toutefois dans les faits pas très différents de ceux dont dispose son homologue allemand. En vérité, ils sont même plus restreints du fait de l'importance de la victime sur la scène procédurale française, étroitement liée à l'opportunisme de principe de la procédure française (2).

¹⁹⁷⁷ V. not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 638, avant n° 732.

¹⁹⁷⁸ En ce sens not. SESSAR, Klaus, « Empirische Untersuchungen zu Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft », *ZStW*, vol. 87, n° 4, 1975, p. 1035 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV, op. cit.*, p. 21.

¹⁹⁷⁹ Formule usitée dans la doctrine allemande not. par HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 63 et 67 et s. ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV, op. cit.*, p. 20-21 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 224 et 226.

¹⁹⁸⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 793, n° 1145.

¹⁹⁸¹ KÜRZINGER, Josef, *Kriminologie*, 2^e édition, Stuttgart [e.a.], Boorberg, 1996, n° 189 ; JAHN, Mathias, « Das heutige strafprozessuale EV aus Sicht v. Wissenschaft u. Justiz », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV, art. cit.*, p. 40-41 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV, op. cit.*, p. 19 ; HEINZ, Wolfgang, « Die Staatsanwaltschaft, eine Sanktionsinstanz mit zunehmend ausgebauter, aber regional extrem gehandhabter und nicht hinreichend kontrollierter Sanktionsmacht », dans R. ESSER (éd.), *Festschrift für Hans-Heiner Kühne*, Heidelberg [e.a.], C.F. Müller, 2013 (abrégé *FS-Kühne*, 2013), p. 231.

1) Le pouvoir sélectif du procureur français en tant détenteur et initiateur de principe de l'action publique

358. Conformément à l'art. 31 du CPP, c'est au procureur qu'il revient d'exercer l'action publique et de requérir l'exercice de la loi. Il est en ce sens, à côté des fonctionnaires de certaines administrations, considéré par certains comme le seul¹⁹⁸² – ou selon d'autres tout du moins principal¹⁹⁸³ – titulaire du droit d'action publique (art. 1 al. 1 CPP), qu'il exercera le cas échéant au nom de la société.

359. À ce titre, il décidera en règle générale également de l'opportunité de déclencher les poursuites.¹⁹⁸⁴ Pour ce, il sera amené à examiner essentiellement deux aspects : la légalité d'une poursuite éventuelle de même que son opportunité, particularité du système procédural français.¹⁹⁸⁵ Indépendamment de ce dernier aspect, qui fera l'objet d'un traitement particulier dans la suite des développements,¹⁹⁸⁶ le principe même de légalité, en tant que condition préalable à la décision d'opportunité, suffit à lui seul à procurer une influence déterminante au procureur sur la suite de la procédure, puisqu'il lui reviendra à cet effet de déterminer à un stade embryonnaire de la procédure de l'ensemble des affaires dont le tribunal n'aura – sauf déclenchement de l'action publique par la partie lésée – jamais à connaître.¹⁹⁸⁷ Il n'est ici besoin que de consulter brièvement les derniers chiffres-clés de la justice pour prendre la mesure de ce phénomène : Sur les 4 241 508 affaires que traitait le parquet en 2017, 2 947 126 étaient classées comme non poursuivables en raison d'infractions mal caractérisées, charges insuffisantes ou défaut d'élucidation, soit près de 70 % !¹⁹⁸⁸ À titre comparatif, seul 12,4 % des affaires poursuivables étaient classées pour opportunité, ce qui revient, si on rapporte ce chiffre à l'ensemble des affaires traitées par le parquet en 2017 à un

¹⁹⁸² V. en ce sens not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 698-699, n° 1139.

¹⁹⁸³ En ce sens not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 624-625, n° 724 et 725 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 688, n° 958.

¹⁹⁸⁴ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 624, n° 724.

¹⁹⁸⁵ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 638, n° 732 ; HAENEL, Hubert, « Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée », *Les rapport d'information du Sénat*, 1998, v. spéc. sous I., en ligne : <https://www.senat.fr/rap/r97-513/r97-513_mono.html>, consulté dernièrement le 01.10.17.

¹⁹⁸⁶ Se rapporter aux dév. aux n° 375 et s., p. 349 et s.

¹⁹⁸⁷ L'argument des auteurs allemands SESSAR, Klaus, « Empirische Untersuchungen zu Funktion u. Tätigkeit der StA », *ZStW*, 4-1975, art. cit., p. 1035 ; *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 21. semble ici parfaitement transposable au système français.

¹⁹⁸⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, rap. préc., p.14.

peu moins de 4 %.¹⁹⁸⁹ C'est dire le pouvoir sélectif qui en résulte pour le procureur sur la base du seul principe de la légalité.

360. Dans le cadre de cet examen, c'est en effet au seul procureur qu'il revient de s'assurer, sur le fondement des éléments dont il dispose, que toutes les exigences permettant de prononcer une éventuelle condamnation sont vraisemblablement satisfaites, c'est-à-dire que l'infraction paraît d'un point de vue juridique bien caractérisée et que la responsabilité pénale de la personne soupçonnée semble engagée.¹⁹⁹⁰ C'est pour cette raison que la loi organise en l'espèce une véritable centralisation des renseignements vers le procureur : l'ensemble des informations factuelles concernant la commission vraisemblable d'une infraction doit ainsi converger vers le procureur de la République dans l'arrondissement judiciaire duquel elles ont été recueillies.¹⁹⁹¹ Dans cette optique, le Code de procédure pénale prévoit que tous les officiers de police judiciaire de son ressort lui transmettent leurs constatations, leurs rapports, leurs procès-verbaux (art 19 CPP), de même que ceux de leurs subordonnés. Ils sont également tenus de lui faire parvenir les plaintes et dénonciations qu'ils ont reçues (art. 40 al. 2 CPP) quand les membres du ministère public n'en sont pas déjà les destinataires directs (art. 40 al. 1 CPP). En résumé, le procureur est le chef de toute la police judiciaire exerçant des fonctions dans son ressort (art. 12, 19-1 et 63 CPP) et doit à ce titre recevoir intégralement la documentation résultant de l'activité de ce service dans les délais les plus brefs (art. 19, 27, 29 CPP). Afin de prendre une décision éclairée en connaissance du maximum d'informations, il pourra pareillement demander à la police judiciaire de lui fournir des indications complémentaires (art. 14 et 75 CPP) et même requérir une autopsie (art. 74 CPP).

361. S'il ressort des indices en sa présence qu'un acte délictuel apparaît constitué, le procureur examinera alors si tous les éléments matériels et psychologiques de l'infraction sont bien établis.¹⁹⁹² Dans l'affirmative, il lui reviendra de déterminer qui il conviendra de poursuivre en tant qu'auteur, coauteur et/ou complice.¹⁹⁹³ Dans l'hypothèse d'un auteur inconnu, le ministère public pourra certes tout de même déclencher l'action publique, mais

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁹⁰ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 627-628, n° 666 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 634, n° 726.

¹⁹⁹¹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 782, n° 1131 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 634, n° 726.

¹⁹⁹² STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 638, n° 732 ; HAENEL, Hubert, « Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée », *rap. d'information (Sénat)*, 1998, *rap. préc.*, sous I, A.

¹⁹⁹³ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 638, n° 732.

seulement en passant par l'ouverture d'une information, ce qui se traduira alors par la saisie d'un magistrat instructeur d'un réquisitoire contre X. Le procureur sera aussi tenu de s'assurer de l'absence de cause d'impunité tenant au fond (fait justificatif, cause de non imputabilité ou immunité) puisque retenir une telle cause l'amènerait à classer l'affaire.¹⁹⁹⁴ Enfin, il lui faudra établir si l'action publique est recevable, c'est-à-dire notamment déterminer les compétences d'attribution et territoriales de même que l'absence de causes d'extinction de l'action publique (telle par exemple la prescription)¹⁹⁹⁵.¹⁹⁹⁶ Le procureur ne pourra régulièrement examiner la recevabilité en la forme des poursuites éventuelles qu'après s'être forgé son opinion sur le bien-fondé de celle-ci, les conditions de recevabilité dépendant intrinsèquement de la qualification des faits imputés.¹⁹⁹⁷ Il est évident que les notions juridiques laissent ici une certaine marge d'appréciation et d'interprétation qu'il reviendra au seul procureur de mettre en œuvre dans le cas d'un classement sec (qui s'entend des classements sans suite sans réponse judiciaire quand l'affaire est non poursuivable ou pour des raisons d'opportunité)¹⁹⁹⁸. Par ailleurs, le système français permettra régulièrement, une fois la matérialisation de l'infraction retenue,¹⁹⁹⁹ de considérer les éléments concernant la personnalité du délinquant (tel son casier judiciaire) et la gravité de l'acte, éléments qui en principe relèvent de l'appréciation des juges.²⁰⁰⁰ Certes ces derniers aspects relèvent à proprement parler moins du principe de légalité que de celui de l'opportunité, puisqu'ils n'empêchent pas la caractérisation juridique de l'acte délictueux mais permettront bien plus, une fois l'infraction matérialisée, de déterminer le degré de responsabilité personnelle de l'auteur afin d'établir l'ampleur de la sanction.²⁰⁰¹ Il apparaît toutefois d'ores et déjà justifié

¹⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 591, n° 702 ; HAENEL, Hubert, « Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée », *rap. d'information (Sénat)*, 1998, *rap. préc.*, sous I, A.

¹⁹⁹⁵ V. concernant un exposé relatif aux différentes causes d'extinction p. ex. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 692 et s., n° 963 et s.

¹⁹⁹⁶ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 639-640, n° 733.

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 639, n° 733.

¹⁹⁹⁸ Concernant cette définition, v. not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 800, n° 1156.

¹⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 791-792, n° 1142.

²⁰⁰⁰ ANGIBAUD, Brigitte, *Le parquet*, Paris, PUF, 1999, p. 54-61 ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

²⁰⁰¹ V. pour un bref aperçu relatif aux traits caractéristiques de l'opportunité et de la légalité e. a. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 627-628, n° 566 qui indique en effet que la légalité des poursuites exclut en principe toute individualisation de la répression au stade de la poursuite. Cependant, comme il le relève lui-même, aucun des deux modèles de poursuites n'est ici en pratique absolu et c'est bien ce que prouvera la suite des développements de cette thèse. Pour une étude comparative relativisant l'antagonisme des deux systèmes, v. not. MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 107 et s.

de les évoquer à ce stade puisque, comme le démontrera la pratique allemande pourtant régie par le principe de légalité, ces éléments peuvent jouer également un rôle important dans les classements pour affaires non poursuivables dans la pratique d'un système légaliste.²⁰⁰² À noter que le législateur français, s'il consacre l'opportunité des poursuites à son art. 41-1 du CPP, exprima toutefois parallèlement explicitement son hostilité aux classements sur la base de cette règle. De fait, il profita en ce sens de la loi du 9 mars 2004, dite Perben II pour insérer dans ce même article sous le chiffre 3° que de tels classements n'en doivent pas moins être justifiés par des « *circonstances particulières liées à la commission des faits* » et imposer au procureur d'aviser la victime de sa décision « *en indiquant les raisons juridiques ou d'opportunité qui la justifie* » (art. 40-2 al. 2 CPP).²⁰⁰³ En conséquence, pour répondre à ces obligations de motivation en cas de classement sans réponse pénale, le procureur, tel un juge, appréciera nécessairement la culpabilité de l'auteur présumé, sa personnalité, la gravité des faits et la situation de la victime.²⁰⁰⁴ De la qualification juridique retenue dépendra ensuite, le cas échéant, la juridiction saisie (à savoir le juge d'instruction en cas d'ouverture d'une information [art. 79 et 44 du CPP], le tribunal de police concernant une contravention de 5^e classe [art. 521 du CPP], la juridiction de proximité qui connaît des contraventions des quatre premières classes [art. 521 al. 2 du CPP], le tribunal correctionnel en cas de délits [art. 381 du CPP] ou encore la Cour d'assises en cas de crime [art. 231 du CPP]), influant de la sorte sur l'ampleur de la sanction qui pourra être prononcée.²⁰⁰⁵ Il est vrai, ces juridictions ne sont pas liées à la qualification juridique retenue et pourront se dessaisir y compris de la recevabilité de l'action publique déclenchée.²⁰⁰⁶ En revanche elles sont strictement limitées aux faits²⁰⁰⁷

²⁰⁰² V. l'ens. des réf. préc. en n. 2001 et les dév. ultérieurs aux n° 370 et s., p. 346 et s. de cette thèse.

²⁰⁰³ SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 3 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 800, n° 1156.

²⁰⁰⁴ ANGIBAUD, Brigitte, *Le parquet, op. cit.*, p. 54-61 ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

²⁰⁰⁵ V. pour un bref aperçu not. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 127-132, n° 194-205 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 534 et s., n° 601 et s. Concernant les réflexions que le parquet peut se faire à cet égard s'agissant, p. ex., de l'engorgement des juridictions envisagées, v. not. ANGIBAUD, Brigitte, *Le parquet, op. cit.*, p. 55-56.

²⁰⁰⁶ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 653, n° 749.

²⁰⁰⁷ V. en ce sens not. Cass. crim., déc. du 06.05.1971, n° 70-93.160, publiée au *bull.* n° 140, p. 362 (la CA ne saurait statuer sur des faits découverts postérieurement au jugement de première instance) ; Cass. crim., déc. du 11.03.1991, n° 90-81.246, publiée au *bull.* n° 119, p. 304 (le tribunal ne peut statuer sur deux faits alors qu'il n'est saisi que d'un seul) et plus récemment également Cass. crim., déc. du 26.01.2005, n° 04-85.296, publiée au *bull.* n° 31 p. 86.

et personne(s)²⁰⁰⁸ mis(es) en cause visés par la saisine du ministère public.²⁰⁰⁹ Par cette *saisie in rem et in personam*, le procureur influera donc de manière déterminante sur la suite de la procédure.

2) La mise en mouvement de l'action publique par la partie lésée comme tempérément au pouvoir d'initiative de principe du procureur

362. Toutefois, une spécificité française, le rôle important réservé à la partie civile dans la procédure pénale, qui n'a pas d'équivalent comparable en droit allemand,²⁰¹⁰ vient quelque peu limiter l'influence du procureur en sa qualité de détenteur et initiateur de l'action publique s'agissant des décisions de classements secs, notamment ceux qui interviendraient pour des raisons d'opportunité dissimulées sous couvert de légalité.²⁰¹¹

363. Certes, l'impact de la participation de la victime sur le rôle de détenteur de l'action publique du procureur n'est – si l'on en concède même l'existence – que mineur. Les conséquences de l'action civile sur le pouvoir d'initiative des poursuites du ministère public, sont en revanche clairement plus importantes puisque, dès lors que la partie lésée décide, face à l'inertie du parquet, de se constituer partie civile selon l'art. 85 du CPP, le procureur ne pourra « *saisir le juge d'instruction de réquisitions de non informer que si, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite ou si, à supposer ces faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale* » (art. 86 al. 4 CPP).

364. Concernant le rôle du procureur en tant que détenteur de l'action publique, l'action civile, ne change en fait pas véritablement le principe de quasi-monopole du ministère public.²⁰¹² Il est vrai, le Code de procédure pénale édicte maladroitement que « *cette action [publique] peut aussi être mise en mouvement par la partie civile dans les conditions déterminées par la loi* », ce qui pourrait faire penser que la partie lésée est, au même titre que

²⁰⁰⁸ À la différence du juge d'instruction qui n'est saisi qu'*in rem*, v. dév. aux n° et s. de cette thèse. Concernant le caractère *in personam* de la saisine d'une juridiction, v. not. Cass. crim., déc. du 29.11.2000, n° 99-85.366, publiée au *bull.* n° 356, p. 1051 et Cass. crim., déc. du 22.06.1977, n° 75-92.244, publiée au *bull.* n° 233, p. 584.

²⁰⁰⁹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 860-861, n° 947 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p.936-939, n° 1051-1052.

²⁰¹⁰ V. à ce propos p. ex. WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, p. 486 et s. Se rapporter égal. aux n° 628 et s., p. 563 et s. de cette thèse.

²⁰¹¹ V. à ce propos not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 791, n° 1142.

²⁰¹² GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 698-699, n° 1139.

le procureur, détentrice de cette action.²⁰¹³ Cette formulation est cependant trompeuse.²⁰¹⁴ Il convient ici bien plus de distinguer clairement la question du déclenchement de l'action publique, effectivement partagée en droit pénal procédural français entre le ministère public et la partie lésée, de celle de l'exercice de l'action publique (à savoir la direction de l'action, qui se traduit notamment par les réquisitions à prendre en vue de l'instruction puis du jugement du procès, ainsi que dans l'exercice des voies de recours), qui, elle, repose exclusivement entre les mains du parquet et des fonctionnaires de certaines administrations.²⁰¹⁵ En conséquence, la victime est donc bien en mesure d'amorcer indirectement les poursuites en exerçant son action civile. C'est cependant cette seule faculté d'initiative de l'action publique qui, après lui avoir été reconnue par la Cour de cassation dans son célèbre arrêt Laurent Atthalin²⁰¹⁶ pour faire contrepoids au pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites reconnu au procureur, fût finalement consacrée à l'art. 1, al. 2 du CPP.²⁰¹⁷ Il est ici important de souligner que ce droit octroyé à la partie lésée est perçu comme le corrélat direct de l'opportunité des poursuites : il s'agit d'un véritable instrument de lutte contre l'inertie arbitraire du procureur, la haute juridiction consacrant l'extension du droit de la partie lésée alors qu'elle admettait en parallèle que le classement en opportunité pût reposer sur des motifs politiques.²⁰¹⁸ La partie lésée n'en est en revanche pas pour autant devenue titulaire du droit d'action publique puisque ce n'est que par le biais de son action civile, en se constituant partie civile devant le magistrat instructeur, qu'elle pourra parvenir à mettre celle-ci en mouvement.²⁰¹⁹ Par ailleurs, une fois le juge saisi, elle s'effacera, la défense des intérêts de la société au cours du procès relevant alors exclusivement du ministère public.²⁰²⁰ La victime disposera alors plus que du droit de « corroborer l'action publique » selon les termes de la haute juridiction.²⁰²¹ En ce sens, il semble justifié de considérer que le

²⁰¹³ *Ibid.*

²⁰¹⁴ PIN, Xavier, « Le centenaire de l'arrêt Laurent-Atthalin », *Rec. Dal.*, n° 15, 2007, p. 1025 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 698-699, n° 1139 et spéc. n. 7.

²⁰¹⁵ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 246, n° 387 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 156, n° 184.

²⁰¹⁶ Cass. crim., déc. du 08.12.1906, publiée au *bull.* n° 443.

²⁰¹⁷ PIN, Xavier, « Le centenaire de l'arrêt Laurent-Atthalin », *Rec. Dal.*, 15-2007, *art. cit.*, p. 1025.

²⁰¹⁸ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 97-98.

²⁰¹⁹ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 698-699, n° 1139.

²⁰²⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 688-689, n° 959.

²⁰²¹ V. p. ex. dernièrement Cass. crim., déc. du 29.06.2016, n° 15-85.759, publiée au *bull.* n° 207. La partie civile dispose toutefois dans le cadre de ce « soutien » à l'intervention du procureur de larges droits. Elle peut requérir notamment « à ce qu'il soit procédé à tous les actes qui [lui] paraissent nécessaires à la manifestation de la

ministère public reste bien, si ce n'est le seul,²⁰²² du moins le principal détenteur de l'action publique.²⁰²³

365. En revanche, le pouvoir d'initiative des poursuites du ministère public est incontestablement impacté en ce que l'action publique pourra être amorcée sans son intervention, dès lors que la victime se constitue partie civile par voie d'action devant la juridiction répressive.²⁰²⁴ Certes il s'agit ici en principe d'une exception, mais celle-ci représentait tout de même pas moins de 23 % des saisines du juge d'instruction en 2017.²⁰²⁵ Son existence a d'ailleurs à ce point perturbé le modèle de principe de déclenchement de l'action pénale par le procureur que la loi du 5 mars 2007 est venue exiger, afin de limiter les recours abusifs à ce mécanisme de même que de préserver son caractère exceptionnel, qu'une plainte auprès du procureur ou d'un service de police précède ces constitutions en matière de délits, autres qu'en matière de presse ou électorale.²⁰²⁶ Ce n'est donc désormais qu'après l'écoulement d'un délai de 3 mois, ou à la suite d'un refus de poursuivre du procureur, que la plainte pourra être portée auprès du magistrat instructeur (art. 85 al. 2 CPP). La partie civile s'expose de surcroît, dans l'hypothèse de sa mauvaise foi à des sanctions pénales (art. 226-10 CP) et en cas de négligence ou d'agissements intempestifs à des dommages et intérêts (v. p. ex. art. 177-2, 21-2 CPP). À préciser s'agissant du suspect, que ce dernier ne pourra en aucun cas mettre en mouvement l'action publique, quand bien même il serait désireux de se justifier.²⁰²⁷

vérité » (art. 82-1 CPP). Ainsi lorsqu'elle demande à titre d'exemple une expertise pourra-t-elle préciser dans sa requête quelles questions elle souhaiterait poser à l'expert (art. 156 CPP). Les conclusions de l'expertise lui seront notifiées et elle pourra requérir une contre-expertise (art. 167 CPP). V. pour plus de détails à ce propos not. *Ibid.*, p. 913-914, n° 1338-1340.

²⁰²² V. en ce sens not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 698-699, n° 1139.

²⁰²³ En ce sens not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 633-634, n° 724 et 725 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 688, n° 958.

²⁰²⁴ *Ibid.*

²⁰²⁵ Ainsi sur 17 600 affaires portées devant le juge d'instruction, 4.041 avaient pour origine l'action privée. Ces chiffres restent par ailleurs sensiblement similaires à ceux des années précédentes, v. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Références statistiques Justice pour l'année 2017 », 2018, p. 130-131, en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Stat_RSJ_2017_internet.pdf, consultées dernièrement le 22.08.18.

²⁰²⁶ V. actuel art. 85 al. 2 CPP. Se rapporter égal. à STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 637, n° 730 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 897, n° 1316. Pour une réflexion approfondie sur la question v. not. MISSION MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès », Paris, Ministère de la justice, juin 2004, p. 115 et s., en ligne : http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-magendie.pdf, consulté dernièrement le 29.09.17.

²⁰²⁷ V. not. Agen, déc. 28.09.1989, reproduite dans *Gaz. Pal.*, 17.02.1990, p. 11, note Doucet (le prévenu a été déclaré irrecevable à saisir lui-même le tribunal de police). V. égal. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 632, n° 724 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 636, n° 677.

366. Malgré ces restrictions, l'action civile reste un important contre-pouvoir à un procureur détenteur et initiateur des poursuites de principe. Le parquetier dispose, il est vrai, toujours d'un important pouvoir sélectif dans ce rôle en procédant aux classements secs. Mais ses pouvoirs en la matière pourront être arrêtés par la partie lésée, ce qui n'est pas réellement le cas en Allemagne, du moins dans la pratique, raison pour laquelle le procureur allemand apparaît ici d'autant plus influent.

B – Un pouvoir sélectif renforcé du procureur allemand en tant qu'unique détenteur de l'action publique dans les faits

367. Dans le système allemand, le ministère public dispose en effet pleinement du monopole de l'action publique.²⁰²⁸ En ce sens, il est le seul à décider sur la base du dossier d'enquête si les charges sont suffisantes pour renvoyer l'affaire devant le tribunal (§ 170 al. 1 StPO) – à noter qu'il saisira alors le tribunal qui décidera si l'action publique doit être admise au cours d'une procédure intermédiaire (« Zwischenverfahren ») – ou s'il convient de classer le dossier sans suite (§ 170 al. 2 StPO).²⁰²⁹

368. À la différence du système français, les procureurs allemands exercent leur mission dans le respect du principe de légalité des poursuites, de sorte que s'imposent à eux aussi bien l'obligation d'enquêter dès qu'ils sont informés de la commission d'une infraction (« Ermittlungszwang »), que celle de saisir, à l'issue de l'enquête, la juridiction de jugement, lorsque les éléments de preuves de la commission de l'infraction apparaissent suffisants (« Anklagezwang »).²⁰³⁰ Ce principe, ancré aux §§ 152 al. 2 et 170 al. 1 StPO, appliqué de manière stricte, ne saurait tolérer de troisième voie.²⁰³¹ Et pourtant, il est loin d'empêcher le procureur de disposer d'une grande marge d'appréciation en pratique en tant que « *filtre sélectif* »²⁰³² des affaires qui pourront passer en jugement.

²⁰²⁸ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 213 et 380 et s., n° 311 et 581 et s. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 2, § 13, n° 7 ; SATZGER, Helmut, « § 172 StPO: Begriff des Verletzten iSd Klageerzinguingsverfahrens », *JA*, n° 8-9, 1997, p. 624.

²⁰²⁹ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 226.

²⁰³⁰ BVerfG, déc. du 23.07.1982 - 2 BvR 8/82, reproduite dans *NStZ*, 1982, p. 430 ; GLEß, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et al. (éd.), *Opinio doctorum*, art. cit., p. 207 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 2, § 14, n° 1 et 4.

²⁰³¹ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 226.

²⁰³² Formule usitée dans la doctrine allemande not. par HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 63 et 67 et s. ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 20-21 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 224 et 226.

369. Indépendamment des tempéraments légaux au principe de légalité sur lesquels il sera revenu ultérieurement,²⁰³³ la marge de manœuvre dans la sélection des cas dont dispose le ministère public dans les limites de cette maxime est très importante.²⁰³⁴ En raison de son monopole sur l'action publique, toutes les affaires enregistrées par la police, et ce, quelle que soit la manière dont elles ont été découvertes ou si elles ont été élucidées, passent devant le procureur.²⁰³⁵ Celui-ci décidera alors de la suite à leur donner et éliminera celles qui présentent peu d'espoir d'en arriver à une sanction judiciaire en prenant une décision de classement (« *Einstellung* »).²⁰³⁶ L'importance de cette fonction sélective ressort clairement des statistiques policières sur la criminalité : si 6.330.649 infractions pénales ont été enregistrées en 2015 en République fédérale d'Allemagne, seules 3.564.811 ont pu être élucidées, ce qui correspond à un taux d'élucidation totale de 56,3 %.²⁰³⁷ En conséquence, 2.765.838 cas ont été directement filtrés comme non caractérisés et sont sortis du circuit judiciaire à l'initiative du procureur.²⁰³⁸

370. La marge d'appréciation pour déterminer s'il existe un degré de suspicion suffisant rendant une condamnation probable est importante.²⁰³⁹ Il s'agit ici finalement d'un exercice d'équilibriste dépendant des circonstances d'espèce à la discrétion du procureur qui décidera seul (à noter néanmoins que la police a ici une influence non négligeable, le ministère public reprenant souvent ses conclusions)²⁰⁴⁰ s'il classera l'affaire conformément au § 170 al. 2 StPO, s'il la renverra devant le tribunal ou s'il demandera un complément d'enquête pour que les conclusions de celle-ci soient exhaustives, et sur quel fondement interviendra sa décision.²⁰⁴¹ À cette occasion, il pourra – à l'instar du juge – considérer les circonstances du délit ainsi que

²⁰³³ Se rapporter aux dév. aux n° 375 et s., p. 349 et s.

²⁰³⁴ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 20-21.

²⁰³⁵ *Ibid.*, p. 20.

²⁰³⁶ KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, p. 235 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 20 ; BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, op. cit., p. 106 et s., 321.

²⁰³⁷ BKA, « PKS 2015, Jahrbuch », p. 10, en ligne :

<https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2015/pks2015_node.html>, consulté dernièrement le 02.04.2017.

²⁰³⁸ Faisant un constat similaire mais sur l'année 1997 : DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 20.

²⁰³⁹ KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?*, op. cit., p. 234 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 20.

²⁰⁴⁰ BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, op. cit., p. 303-304 ; KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?*, op. cit., p. 235.

²⁰⁴¹ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 20 ; KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?*, op. cit., p. 234.

la situation personnelle et sociale de l'auteur présumé et pourra tenir compte, entre autres, de l'ampleur et de la gravité du dommage provoqué, des antécédents criminels ou du casier judiciaire de la personne soupçonnée.²⁰⁴² Cela peut paraître étrange, alors que le principe stricte de légalité semble s'opposer à une individualisation de la répression au stade des poursuites.²⁰⁴³ Certes, selon le § 160 al. 2 et 3 StPO, le procureur est également habilité à effectuer des recherches au cours de l'enquête sur la personnalité de l'auteur et de rassembler tous les éléments d'individualisation de la peine qui permettront conformément au § 46 StGB (Code pénal allemand) au juge de déterminer la sanction dans un cas d'espèce. Cela est justifié dans la mesure où, ces éléments lui sont indispensables pour déterminer, en cas de saisine de la juridiction, le corps compétent puisque celui-ci dépendra de l'ampleur de la sanction attendue.²⁰⁴⁴ Mais cela suppose aussi au départ que le procureur ne puisse s'appuyer sur ces éléments que dans le cas où il envisage de poursuivre.²⁰⁴⁵ Or, dans la pratique, le ministère public comprend à l'évidence cette disposition très différemment et n'hésite pas à faire intervenir régulièrement des éléments d'individualisation de la répression pour décider d'un classement sec sur le fondement de la légalité.²⁰⁴⁶ Loin de revenir sur ce mode d'action contestable, qui mène à une très forte différence de traitements selon les personnes mises en cause, il s'est bien plus établi dans la pratique l'idée qu'il s'agissait là moins d'un indice relevant de l'individualisation de la peine que d'un aspect matériel essentiel pour répondre à la question de la caractérisation d'une infraction.²⁰⁴⁷ Selon cette argumentation, le principe de légalité n'interdit donc plus de considérer les antécédents judiciaires, puisque cet élément n'est utilisé que pour évaluer l'état des indices probatoires en présence pour matérialiser une infraction. On voit que le principe de légalité est appliqué assez soupagement et il ne transparaît ici finalement que peu de différences avec le système français opportuniste.²⁰⁴⁸ Cette marge

²⁰⁴² DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 20 ; KÜRZINGER, Josef, *Kriminologie*, *op. cit.*, p. 142, n° 190 ; V. également pour un exposé plus détaillé sur la question : BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, *op. cit.*, p. 143-165.

²⁰⁴³ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 627-628, n° 666.

²⁰⁴⁴ SESSAR, Klaus, « Empirische Untersuchungen zu Funktion u. Tätigkeit der StA », *ZStW*, 4-1975, *art. cit.*, p. 1053.

²⁰⁴⁵ GRIESBAUM, Rainer, « § 160 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 26-28 ; SESSAR, Klaus, « Empirische Untersuchungen zu Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft », *art. cit.*, p. 1053 ; MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 160 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 19.

²⁰⁴⁶ SESSAR, Klaus, « Empirische Untersuchungen zu Funktion u. Tätigkeit der StA », *ZStW*, 4-1975, *art. cit.*, p. 1053.

²⁰⁴⁷ *Ibid.*

²⁰⁴⁸ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 628, n° 666 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, *op. cit.*, p. 107 et s. ; ENGELHARD, Hans Arnold, « Ist eine große Strafprozessreform notwendig? », dans H. EYRICH (éd.), *Festschrift*

d'appréciation permettra au ministère public de déterminer dans une large mesure les cas qui seront portés à la connaissance du tribunal.²⁰⁴⁹

371. Par ailleurs, ce pouvoir sélectif est considérablement renforcé par le principe du monopole du procureur sur l'action publique : en effet, sans décision de renvoi en jugement, le tribunal restera régulièrement – sauf procédure d'injonction de mise en mouvement de l'action publique qui reste très rare en pratique et n'est de ce fait en rien comparable à l'action civile française –²⁰⁵⁰ dans l'ignorance de ces délits potentiels.²⁰⁵¹ Dans cette mesure, le procureur décide seul des faits qui seront portés à la connaissance du magistrat du siège pour jugement et dispose ainsi d'un pouvoir sélectif qui lui permet d'influer de manière décisive sur l'ensemble de la procédure pénale.²⁰⁵²

372. Dans l'hypothèse d'une décision de renvoi, il revient au procureur de déterminer la juridiction compétente territorialement et matériellement ainsi que sa formation (§§ 7 et s. StPO et 24 al. 1 Nr. 3, 25 Nr. 2 GVG). À cet égard, il procède à une évaluation préalable de la gravité du délit et de la sanction attendue (dans le cas du tribunal d'instance à juge unique par exemple, pas plus de deux ans de prison ferme) selon les qualifications juridiques qu'il estime données dans le cas d'espèce et l'importance de l'affaire.²⁰⁵³ Certes, comme en France, le juge n'est pas lié au choix du ministère public (§ 206 StPO) mais pourra bien plus en vertu du § 209 StPO retenir la compétence d'un tribunal différent ou d'une autre formation de juge.²⁰⁵⁴ Le ministère public pourra aussi selon le § 26 al. 1 GVG renvoyer l'affaire devant les juridictions pour enfants si cela lui apparaît opportun (§ 26 al. 2 GVG). Dans cette mesure, le procureur n'influe pas seulement sur la composition de la formation de jugement, auquel le recours est

für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, München, Beck, 1989 (abrégé *FS-Rebmann*, 1989), p. 45 ; WEIGEND, Thomas, « Die Reform des Strafverfahrens », *ZStW*, vol. 104, n° 2, 1992, p. 495 v. aussi les réf. dans sa n. 40.

²⁰⁴⁹ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 21 ; V. à propos de la fonction de « filtre » du procureur par exemple : FELTES, Thomas, « Die Erledigung von Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft », *KJ*, n° 1, 1984, p. 50-62.

²⁰⁵⁰ V. dév. n° 630 p. 565.

²⁰⁵¹ HEINZ, Wolfgang, « Die Abschlußentscheidung des Staatsanwalts aus rechtstatsächlicher Sicht », dans C. GEISLER (éd.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, Wiesbaden, Kriminologische Zentralstelle e. V., 1999, p. 152 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 21.

²⁰⁵² SESSAR, Klaus, « Empirische Untersuchungen zu Funktion u. Tätigkeit der StA », *ZStW*, 4-1975, *art. cit.*, p. 1035 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 21.

²⁰⁵³ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 24 GVG », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 4 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 25 ; SCHMIDT, Eike, C., « § 24 GVG », dans *HK*, *op. cit.*, p. 2309, n° 4-6.

²⁰⁵⁴ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 209 StPO », n° 1 et « § 24 GVG », n° 9, dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*

garanti constitutionnellement (art. 101 al. 1, 2^e phrase GG),²⁰⁵⁵ mais aussi indirectement sur l'issue du procès en choisissant une juridiction disposant d'une compétence de sanction limitée ou illimitée.²⁰⁵⁶

373. Par ailleurs, selon le § 264 al. 1 StPO, seul le « *prozessuale Tat* » (soit littéralement l'acte délictueux processuel), constitué des faits homogènes délictueux retenus dans la décision de renvoi, à l'encontre desquels se manifeste de manière autonome la volonté de poursuite du procureur, pourra être examiné au cours du procès.²⁰⁵⁷ Il ne s'agit ici de rien d'autre que la saisie *in rem* et *in personam* de la juridiction de jugement qui vaut également dans le système français. Elle permet au procureur pareillement d'influer de manière déterminante sur l'objet de la procédure dont le tribunal aura à juger, même s'il doit être précisé que le juge reste, lors du procès – à la différence d'autres systèmes juridiques tels ceux des États-Unis par exemple –, libre dans son *appréciation juridique* de la situation dans les limites des faits communiqués (§§ 155 al. 2, 264 al. 2 StPO).²⁰⁵⁸

374. En résumé le pouvoir sélectif dont dispose le procureur allemand en tant qu'unique détenteur et initiateur de l'action publique apparaît d'autant plus important que le système germanique ne connaît pas le mécanisme de la constitution de partie civile tel qu'il existe à l'heure actuelle en France.

§ 2. La montée en puissance du procureur du fait de l'extension de l'opportuniste

375. Mais le vecteur principal d'accroissement des pouvoirs du procureur réside à notre sens dans la multiplication des modalités de réponses pénales dont le ministère public doit décider des deux côtés de la frontière, véritable signe que l'opportuniste s'est généralisée et ce, même dans le système en principe légaliste qu'est l'Allemagne (A). Il en résulte pour le

²⁰⁵⁵ V. à ce propos not. BVerfG, déc. du 19.03.1959 - 1 BvR 295/58 (*BVerfGE* 9, 223, 226), reproduite dans *NJW*, 1959, p. 871-872 qui précise que ce droit constitutionnel n'implique pas que la loi fixe directement et immuablement le juge compétent. Une compétence « *mouvante* » ne contrevient pas à ce principe dès lors qu'elle a été adoptée en respect des règles juridiques en vigueur et empêche toute influence étrangère au procès.

²⁰⁵⁶ En ce sens not. DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 26 ; BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, *op. cit.*, p. 117, qui parle à cet égard de la signification politico-criminalistique de la décision du procureur.

²⁰⁵⁷ BGH, déc. du 16.01.1959 - 4 StR 396/58, reproduite dans *NJW*, 1959, p. 898. V. également DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 26 ; KUNZ, Karl-Ludwig, « Die Verdrängung des Richters durch den StA », *KJ*, 1-1984, *art. cit.*, p. 39.

²⁰⁵⁸ Dans ce sens également e. a. : DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 26 ; SESSAR, Klaus, « Empirische Untersuchungen zu Funktion u. Tätigkeit der StA », *ZStW*, 4-1975, *art. cit.*, p. 1035-1036, et spéc. n. 8.

ministère public des pouvoirs décisionnels mais aussi de sanction importants qui le rendent du moins s'agissant de ses fonctions, comparable à son collègue du siège (B).

A – Le développement de l'opportunité en France et en Allemagne

376. Fréquemment présenté comme l'une des différences majeures entre les deux modèles procéduraux à l'étude,²⁰⁵⁹ il faut reconnaître que la France et l'Allemagne ont originellement pris une orientation en apparence antagoniste.²⁰⁶⁰ Très tôt le système français s'est décidé, au vu des difficultés pratiques d'application du principe de légalité, pour le principe d'opportunité des poursuites (1), tandis que l'Allemagne privilégiait au nom de l'égalité du traitement des citoyens devant la loi un concept légaliste (2). Mais les deux modèles pris à l'état pur ont rapidement montré leurs limites sur le terrain, raison pour laquelle un pragmatisme dicté par la réalité a rapproché ces deux systèmes dont la pratique est, à peu de différences près, étrangement similaire.²⁰⁶¹

1) L'établissement du principe d'opportunité en France et sa portée

377. Si c'est bien le principe d'opportunité qui très tôt gouverne les poursuites en France (a), celui-ci n'est pas dénué de toutes limites (b).

a. L'établissement du principe d'opportunité en France

378. Comme indiqué précédemment, pour décider du sort de l'action public, le procureur français examinera d'abord la légalité d'une poursuite éventuelle pour ensuite décider de son opportunité, particularité du système procédural français.²⁰⁶²

379. Le contrôle préalable de la légalité s'oriente à des règles matérielles précises existantes qui rendent les conclusions du procureur, si non évidentes,²⁰⁶³ du moins dans une certaine mesure prévisibles. En ce sens la légalité permet d'assurer une certaine égalité dans le

²⁰⁵⁹ V. récemment p. ex. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Plaidoyer pour la légalité des poursuites, libre propos n° 168 », *JCP G*, n° 7, 2010, p. 322-324.

²⁰⁶⁰ V. sur cette question le 1^{er} titre de la thèse de MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 41 et s.

²⁰⁶¹ V. en ce sens not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 628, n° 666 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 107 et s. ; ENGELHARD, Hans Arnold, « Ist eine große Strafprozessreform notwendig? », dans *FS-Rebmann*, 1989, art. cit., p. 45 ; WEIGEND, Thomas, « Reform des Strafverfahrens », *ZStW*, 2-1992, art. cit., p. 495, v. aussi les réf. dans sa n. 40.

²⁰⁶² STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 638-639, n° 732 ; HAENEL, Hubert, « Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée », *rap. d'information (Sénat)*, 1998, rap. préc., v. spéc. sous I.

²⁰⁶³ V. concernant la large marge d'appréciation du procureur dans le cadre même de la légalité n° 370, p. 346 et s. de cette thèse.

traitement des auteurs d'infraction sans tomber dans l'écueil de l'arbitraire.²⁰⁶⁴ C'est la raison pour laquelle le législateur révolutionnaire, très méfiant à l'égard du corps judiciaire et du parquet, avait d'abord expressément consacré le principe de la légalité des poursuites.²⁰⁶⁵ Mais cette règle, parce qu'elle exclut toute possibilité de tri entre les affaires, complique un traitement efficace de la délinquance de masse et peut mener, dans sa stricte application, à un encombrement, voire à une véritable paralysie des tribunaux.²⁰⁶⁶ Elle empêche en outre – du moins dans sa stricte application –²⁰⁶⁷ de tenir compte de la personnalité de l'auteur présumé ou de la gravité des faits reprochés dans le but d'individualiser la répression dès le stade de la poursuite.²⁰⁶⁸ Face à ces problèmes pratiques, la France prit finalement – à la différence de l'Allemagne – le parti de consacrer le principe général de l'opportunité, tout en y apportant des limites pour se prémunir contre l'arbitraire qui pouvait en résulter.²⁰⁶⁹

380. Le CIC, silencieux sur la question, déclencha une controverse à ce propos.²⁰⁷⁰ Certains s'appuyant sur l'art. 47 CIC (« ... le procureur... instruit qu'il a été commis... un crime ou un délit... sera tenu de requérir le juge d'instruction... ») affirmèrent que le principe légaliste avait été maintenu.²⁰⁷¹ Mais ce fut le point de vue inverse qui s'imposa dans l'opinion

²⁰⁶⁴ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 627-629, n° 666 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 789-790, n° 1140 ; considérant l'introduction d'un système légaliste en France comme condition *sine-qua-non* de la suppression du juge d'instruction : LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », *JCP G*, 7-2010, *art. cit.*, p. 322-324.

²⁰⁶⁵ V. p. ex. art. 4 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV : « Tout délit donne essentiellement lieu à une action publique ». Sur ce point se rapporter e. a. à : PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 628-629, n° 667 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 66-69.

²⁰⁶⁶ Le Conseil de l'Europe préconisait en ce sens en 1987 le recours à l'opportunité des poursuites dans un souci d'accélération des procédures, v. COMITÉ DES MINISTRES AUX ÉTATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, « Recommandation concernant la simplification de la justice pénale », R (87) 18, Montreaux, Conseil de l'Europe, 17 septembre 1987, en ligne : <<https://rm.coe.int/16804e3ccf>>, consultée dernièrement le 30.09.2017 ; se rapporter égal. à PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 627, n° 666, spéc. n. 1 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 789, n° 1140.

²⁰⁶⁷ V. concernant l'application allemande « très souple » de cette règle dans la pratique, n° 370, p. 346 et s. de cette thèse.

²⁰⁶⁸ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 627-628, n° 666 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 789, n° 1140.

²⁰⁶⁹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 627-628, n° 666 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 790-792, n° 1141-1142.

²⁰⁷⁰ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 628-629, n° 667 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 70.

²⁰⁷¹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 628-629, n° 667 ; RASSAT, Michèle-Laure, *Le ministère public entre son passé et son avenir, op. cit.*, p. 226-227, n° 303 et ses nombreuses références.

majoritaire²⁰⁷² et chez les praticiens,²⁰⁷³ ce texte consacrant, selon ces derniers, uniquement l'interdiction faite au ministère public d'instruire personnellement dès lors qu'il s'était décidé à poursuivre.²⁰⁷⁴ Finalement, la chambre criminelle vint clarifier la situation et jugea que « *le législateur n'a[vait] pu vouloir astreindre les officiers du ministère public à diriger des poursuites d'office, et sans l'intervention des parties civiles, sur toutes les plaintes même les plus légères et les plus insignifiantes ; sur les plaintes qui n'intéressent point directement l'ordre public, et qui souvent n'ont d'autre but que de satisfaire des passions ou des haines particulières, des intérêts de vanité ou espèce d'utilité pour l'ordre social, la réparation de quelques torts légers, éprouvés par des particuliers* ». ²⁰⁷⁵ Cette règle d'origine coutumière²⁰⁷⁶ fut ensuite formulée dans une circulaire du 19 juin 1828 : « *Il appartient au Ministère public d'examiner librement s'il y a lieu ou non de donner suite aux dénonciations qui lui sont portées. Le ministère public, qui est chargé au maintien de l'ordre public et d'assurer la paix de la société, décide seul si cet ordre ou cette paix ont été troublés et si, par conséquent, il est nécessaire ou convenable d'intenter une action publique* ». ²⁰⁷⁷ C'est également cette règle que reprit tacitement le législateur du Code de procédure pénale de 1959.

381. Avant que la loi du 9 mars 2004 ne le vise expressément à l'art. 40-1 du CPP, le droit revenant au procureur d'apprécier l'opportunité des poursuites était tiré de l'art. 40 du CPP qui énonce que « *le procureur de la République reçoit les plaintes et dénonciations et **apprécie la suite à leur donner*** » sans mentionner le terme « *opportunité* » pour autant. ²⁰⁷⁸ L'art. 40-1 du CPP est finalement venu mettre fin à la longue incertitude des textes en édictant que « ... *le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est **opportun** :*
- *soit d'engager les poursuites ;*

²⁰⁷² V. p. ex. HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle, vol. 1, op. cit.*, p. 611-615, n° 514-515 ; pour d'autres références se rapporter not. à RASSAT, Michèle-Laure, *Le ministère public entre son passé et son avenir, op. cit.*, p. 227, n° 303, spéc. n. 616.

²⁰⁷³ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 08.12.1826, publiée au *bull.* n° 250.

²⁰⁷⁴ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 628-629, n° 667 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 70-75 ; RASSAT, Michèle-Laure, *Le ministère public entre son passé et son avenir, op. cit.*, p. 226-231, n° 303-309.

²⁰⁷⁵ Cass. crim., déc. du 08.12.1826, publiée au *bull.* n° 250.

²⁰⁷⁶ RASSAT, Michèle-Laure, *Le ministère public entre son passé et son avenir, op. cit.*, p. 231, n° 309 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 69 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 240, n° 381.

²⁰⁷⁷ Telle que citée par RASSAT, Michèle-Laure, *Le ministère public entre son passé et son avenir, op. cit.*, p. 230, n° 307.

²⁰⁷⁸ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 75-76 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 240, n° 380.

- soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1, 41-1-2 ou 41-2 ;

- soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient ».

382. On constate à ce propos que l'appréciation portée sur l'opportunité des poursuites trouve un **prolongement** dans celle portée sur les modalités de ces poursuites ou plus exactement de cette réponse pénale.²⁰⁷⁹ Dans l'optique d'apporter une réponse judiciaire rapide, visible et adaptée à tout acte de délinquance, sans pour autant submerger les juridictions pénales, notamment le tribunal correctionnel, et corrélativement mieux assurer la poursuite de faits où elle est socialement indispensable du fait de la gravité de l'atteinte portée à la collectivité, certains ministères publics développèrent de nouvelles pratiques administratives.²⁰⁸⁰ D'abord généralisées par voie de circulaire du ministre de la Justice, le législateur vint finalement consacrer ces pratiques dans les articles 41-1 et 41-2 du CPP et n'a depuis lors cessé d'élargir l'éventail des choix ouverts au parquet.²⁰⁸¹ Particulièrement éloquentes à ce sujet sont les choix qui s'offrent à lui s'il décide d'engager les poursuites ou de mettre en œuvre une alternative à celle-ci, chacune de ces voies se déclinant en de multiples options.²⁰⁸² Ainsi, si le ministère public juge une alternative aux poursuites opportune, pourrait-il choisir de recourir soit à l'une des sept mesures énoncées à l'art. 41-1 du CPP, soit à la convention judiciaire d'intérêt pénale réglementée par l'art. 41-1-2 du CPP, ou encore à la composition pénale prévue par l'art. 41-2 du CPP, dans le cadre de laquelle pas moins de 19 mesures pourront être proposées.²⁰⁸³

383. Cette « troisième » voie procédurale a connu un succès sans pareil dans la pratique comme le démontre la part des alternatives aux poursuites, le taux de réponse pénale (qui

²⁰⁷⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 793, n° 1145 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal, op. cit.*, p. 33-34, n° 24 et p. 73-74, n° 93-94.

²⁰⁸⁰ SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

²⁰⁸¹ GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 2 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 793, n° 1145 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal, op. cit.*, p. 33-34, n° 24 et p. 73-74, n° 93-94 ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

²⁰⁸² DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 793, n° 1145.

²⁰⁸³ V. pour plus de détails à ce sujet n° 446 et s., p. 415 et s.

comprend la poursuite et l'alternative aux poursuites par opposition au classement sec) étant devenu le nouvel indicateur de la performance de la justice²⁰⁸⁴.²⁰⁸⁵ Celui-ci est passé de 74,8 % en 2004²⁰⁸⁶ contre 85,4 % en 2008²⁰⁸⁷ et s'élevait en 2017 à 87,6 %.²⁰⁸⁸ La part des classements secs en opportunité était quant à elle de 12,4 %, ²⁰⁸⁹ ce qui reste bien inférieure à l'année de référence 2004 où elle était encore de 25,2%.²⁰⁹⁰ À l'exception de la comparution sur reconnaissance préalable de responsabilité, dans laquelle il revient au procureur au côté du juge un rôle décisif, le processus de jugement est en diminution constante au profit de la part attribuée aux procédures dites alternatives aux poursuites, dans lesquelles le procureur est en principe souverain.²⁰⁹¹ En définitive, on constate que dans près de la moitié des cas poursuivables sur l'année 2017, soit 49,1 %, le procureur décidait **seul** de l'issue de la procédure au moyen des procédures alternatives (36,7 %, à noter que la composition pénale n'est ici pas comptabilisée dans les procédures alternatives en raison de ses spécificités sur lesquelles il sera revenu ultérieurement)²⁰⁹² et des classements sans suite en opportunité (12,4 %).²⁰⁹³ Si l'on ajoute à cela la part des procédures de poursuites de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (7,1 %) et de l'ordonnance pénale (12,3 %), de même que celle de la composition pénale – la poursuite n'est ici certes pas engagée, mais l'aval d'un juge du siège est requis –²⁰⁹⁴ (4,9 %), dans lesquelles il revient au procureur des compétences quasi-juridictionnelles à côté du juge,²⁰⁹⁵ on constate que le ministère public a une influence déterminante sur l'issue de 73,4 % des affaires poursuivables, tandis que le juge n'interviendra que dans 50,9 % des affaires (ce chiffre comprenant l'ensemble des affaires poursuivies de

²⁰⁸⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 792, n° 1143.

²⁰⁸⁵ GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 3.

²⁰⁸⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2005 », 2005, p. 16, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles05.pdf>, consultés dernièrement le 27.08.18.

²⁰⁸⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2009 », 2009, p. 14, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_chiffrescles09_20091116.pdf>, consultés dernièrement le 27.08.18.

²⁰⁸⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.14.

²⁰⁸⁹ *Ibid.*

²⁰⁹⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2005 », *rap. préc.*, p. 16.

²⁰⁹¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.14-15.

²⁰⁹² V. dév. aux n° 449, p. 418 et s. de cette thèse.

²⁰⁹³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.14.

²⁰⁹⁴ V. dév. aux n°449, p.418et s. de cette thèse.

²⁰⁹⁵ V. concernant les ressemblances quant au rôle quasi juridictionnel du procureur dans l'ensemble de ces procédures not. VALOTEAU, Aude, « Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité - Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, n° 5, 2006, not. n° 4 et 8.

même que la composition pénale).²⁰⁹⁶ Et, il ne reviendra au magistrat du siège la responsabilité décisionnelle classique que lui attribuait originellement le Code de procédure pénale dans le cadre d'un jugement ou d'une instruction que dans 26,5 % des cas poursuivables !²⁰⁹⁷ Ces chiffres permettent bien de prendre toute la mesure du phénomène de montée en puissance du parquet, du fait du développement de l'opportunité non plus uniquement des poursuites mais de la réponse pénale.

384. En ce sens, le ministère public peut être comparé à une véritable « *gare de triage* »²⁰⁹⁸ des affaires pénales, à un « *pivot* »²⁰⁹⁹ de la procédure. Il occupe une place de premier plan dans l'avant-procès en ce qu'il décidera seul, ou sous un contrôle sommaire du juge, en se fondant sur l'opportunité du sort de la très grande majorité de la masse délictuelle.

b. Les limites du principe d'opportunité

385. Certes, si le parquetier français jouit d'une très large marge d'interprétation personnelle dans l'orientation des affaires, son choix entre les différentes modalités de réponses pénales n'est pas sans limites et demeure encadré par la loi de même que par la politique pénale qu'entend suivre le procureur de la République.²¹⁰⁰ Cette dernière s'oriente elle-même aux instructions générales émanant du ministre de la Justice et du procureur général ainsi qu'à des facteurs locaux particuliers, tels la nature et la gravité de la délinquance, l'organisation du parquet ou encore l'état d'encombrement du tribunal correctionnel.²¹⁰¹

386. En outre, le principe d'opportunité coexiste, comme précédemment indiqué, avec celui de la légalité des poursuites.²¹⁰² Cela est d'autant plus important en cas de plainte avec constitution de partie civile, puisqu'il sera alors impossible au ministère public de faire obstacle à l'action de la partie privée pour des raisons d'opportunité (art. 86 al. 4 CPP).²¹⁰³ Cette règle se combine avec le principe fondamental de la légalité des délits et des peines,

²⁰⁹⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.14.

²⁰⁹⁷ *Ibid.*, p. 14.

²⁰⁹⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 793, n° 1145.

²⁰⁹⁹ SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal, op. cit.*, p. 33, n° 24.

²¹⁰⁰ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 241 et s., n° 382 et s. ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 629 et s., n° 668 et s. et spéc. p. 636-637, n° 678 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 795 et s., n° 1149 et s. et spéc. p. 794, n° 1148.

²¹⁰¹ V. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 636-637, n° 678 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 794, n° 1148.

²¹⁰² V. à ce sujet not. les dév. préc. n° 359 et s., p. 338 et s. de cette thèse.

²¹⁰³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 791, n° 1142.

l'appréciation portée en opportunité concernant ainsi seulement l'engagement des poursuites et non le caractère pénalement répréhensible de l'acte en question.²¹⁰⁴

387. À cela s'ajoute que la chambre de l'instruction pourra, saisie lors d'une information, ordonner l'extension des poursuites à des faits résultant du dossier ou à des personnes non mises en examen (art. 202 et 204 CPP).²¹⁰⁵

388. Dans certains cas, les poursuites sont par ailleurs subordonnées à une plainte de la victime (lorsque celle-ci se justifie par des motifs de pur intérêt privé comme cela est le cas pour les délits d'injure ou de diffamation), à un avis de l'administration dans les hypothèses par exemple de certains délits fiscaux ou au jugement d'une autre juridiction sur une question préjudicielle à l'action (art. 6-1 CPP), ce qui empêchera le procureur le cas échéant de porter une appréciation autonome sur l'opportunité.²¹⁰⁶

389. Celui-ci ne dispose plus non plus, comme évoqué plus haut, de pouvoirs discrétionnaires lorsqu'il décide de classer l'affaire (art. 40-2 CPP). Il sera ainsi tenu non seulement de notifier sa décision de classement (art. 40-2 al. 1 CPP) mais aussi d'en préciser les raisons juridiques ou d'opportunité (art. 40-2 al. 2 CPP) afin de permettre à toute personne qui lui a dénoncé les faits de former un recours devant le procureur général près la cour d'appel (art.40-3 CPP).²¹⁰⁷

390. Enfin, si le classement n'est pas une voie irrévocable et ne fait donc pas obstacle à l'engagement ultérieur de poursuites concernant les mêmes faits, l'inverse n'est pas vrai.²¹⁰⁸ De fait, en raison du principe de l'indisponibilité de l'action publique, une fois les poursuites engagées, le parquet ne disposera, en théorie, alors plus du droit d'y mettre fin.²¹⁰⁹ Il pourra tout au plus adopter des réquisitions de non-lieu en fin d'instruction ou demander une relaxe ou un acquittement devant la juridiction de jugement, sachant que ces réquisitions ne

²¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 791-792, n° 1142. En ce sens, d'un point de vue dogmatique, le système français sépare mieux que le système allemand les questions d'ordre matériel de celles relevant de l'individualisation de la répression, v. à ce sujet n° 370, p. 346 et s. de cette thèse.

²¹⁰⁵ V. à ce propos p. ex. PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 635-636, n° 677.

²¹⁰⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 795-796, n° 1149 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 629 et s., n° 668 et s. ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 654 et s., n° 751 et s.

²¹⁰⁷ V. ici égal. les développements au n° 307, p. 298 et s.

²¹⁰⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 797, n° 1151 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 652-653, n° 749.

²¹⁰⁹ V. not. Cass. crim., déc. du 05.05.1933, publiée au *bull.* n° 98. Se rapporter égal. aux réf. en n. 2108.

pourront alors être fondées sur des raisons d'opportunité.²¹¹⁰ Dès lors que l'action publique est engagée, le procès doit aller à son terme, sous peine de laisser place, dans le cas contraire, à un arbitraire incompatible avec l'exigence d'équité du procès.²¹¹¹ À titre d'exemple, lorsqu'il saisit le tribunal correctionnel selon la procédure de comparution immédiate, le procureur ne pourra plus requérir d'office l'ouverture d'une information sur les mêmes faits.²¹¹² Le législateur a néanmoins apporté quelques tempéraments à cette règle (v. p. ex. art. 495-15 ou 495-15-1 CPP).²¹¹³

391. Mais justement ce dernier principe restrictif des pouvoirs du procureur ne s'applique pas aux alternatives aux poursuites, puisque la poursuite n'est par définition pas déclenchée. Comme il sera détaillé dans la suite des développements, la décision du procureur est ici bien plus dotée d'un effet juridictionnel conditionnel.²¹¹⁴ Indirectement, le procureur se voit donc reconnaître le droit de disposer de l'action publique.²¹¹⁵ Dans cette hypothèse, il n'est alors plus seulement la partie principale et publique mais bien un quasi-juge...²¹¹⁶ Les limites à la règle de l'opportunité des poursuites n'ont en conséquence pas la même portée concernant l'opportunité de la réponse pénale en général.

392. Le législateur français par souci de pragmatisme a donc bien privilégié le principe d'opportunité sur celui de la légalité, ce qui ne l'a pas empêché d'adopter des dispositifs tenant à limiter en l'espèce les pouvoirs du procureur notamment concernant les classements secs en opportunité. Ces limites n'ont cependant pas freiné le développement exponentiel des pouvoirs décisionnels quasi-juridictionnels du procureur résultant de la multiplication des choix s'offrant à lui pour apporter une réponse pénale, prolongements directs du principe de l'opportunité des poursuites.

²¹¹⁰ V. réf. en n. 2108.

²¹¹¹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 797, n° 1151.

²¹¹² V. p. ex. Cass. crim., déc. du 20.03.2007, n° 06-89.229, publiée au *bull.* 2007 n° 52 p. 293.

²¹¹³ V. pour plus de détails à ce propos : DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 794-795, n° 1148.

²¹¹⁴ V. not. SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

²¹¹⁵ VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, n° 10 ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

²¹¹⁶ V. not. SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

2) D'un principe de légalité des poursuites théorique à une exception pratique de légalité au profit d'un système largement opportuniste

393. L'Allemagne a, quant à elle, connu un mouvement inverse mais débouchant sur des conséquences similaires : partie d'un système de tradition légaliste (a), la consécration relativement récente de l'exception d'opportunité a connu un véritable engouement dans la pratique qui remet en cause l'équilibre au départ souhaité par le législateur, le ministère public ayant connu une augmentation spectaculaire de ses compétences décisionnelles le rapprochant du juge (b). En ce sens la formule d'Hans Engelhard qui parle d'un système régi par un « *principe d'opportunité réglementé* »²¹¹⁷ correspondrait davantage si non aux textes, du moins à la pratique actuelle.

a. L'Allemagne, un système en principe légaliste

394. Toujours aujourd'hui, la légalité des poursuites reste la règle ancrée aux §§ 152 al. 2 et 170 al. 1 du StPO. Ainsi le § 152 StPO dispose-t-il notamment : « *Le ministère public déclenche les poursuites pénales. Il doit, à moins que la loi n'en dispose autrement, mettre l'action publique en mouvement à l'encontre de tous les actes délictueux susceptibles de poursuites chaque fois que les faits sont suffisamment établis* ». ²¹¹⁸ L'histoire allemande n'est ici pas étrangère à ce choix, puisque lors de la seule période pendant laquelle l'Allemagne s'est éloignée résolument de ce principe, soit sous la domination nazie,²¹¹⁹ elle fit elle-même la douloureuse expérience des effets les plus néfastes auxquels pouvaient mener un système légaliste dénaturé qui finit par adopter une forme douteuse du principe de l'opportunité des poursuites.²¹²⁰ Comme évoqué lors de l'introduction historique,²¹²¹ le RStPO avait érigé dès son entrée en vigueur le principe de légalité pour répondre à deux exigences, la première étant assurément celle qui dominait : « *il protège la société contre l'abandon injustifié des*

²¹¹⁷ ENGELHARD, Hans Arnold, « Ist eine große Strafprozessreform notwendig? », dans *FS-Rebmann*, 1989, art. cit., p. 45.

²¹¹⁸ Traduit de l'intitulé original : „Zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen. Sie ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen“.

²¹¹⁹ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 52.

²¹²⁰ HOHENDORF, Andreas, « § 153a Absatz I StPO als Radikalmittel zur Bewältigung der "Massen-Bagatellkriminalität"? », *NJW*, n° 20, 1987, p. 1179 ; WILLMS, Günther, « Offenkundigkeit und Legalitätsprinzip », *JZ*, vol. 12, n° 15, 1957, p. 465, à noter toutefois que le catégorisme de cet auteur apparaît quelque peu exacerbé et n'est pas ici partagé, puisque cela reviendrait à assimiler sans distinctions les pays gouvernés par le principe d'opportunité comme la France à des pays totalitaires.

²¹²¹ Se rapporter aux dév. aux n° 37, p. 53 et s.

poursuites, mais garantit également aux pouvoirs publics l'application des règles qu'ils ont édictées »²¹²². À l'arrivée d'Adolf Hitler au pouvoir le 30 janvier 1933, cette règle était devenue une épine dans le pied des nazis dans leur construction d'un état policier.²¹²³ Certes, ils avaient identifié sans le moindre mal le profit qu'ils pouvaient tirer du ministère public, institution soumise au pouvoir exécutif et donc beaucoup plus facile à instrumentaliser que les juges, qui étaient indépendants, pour mener à bien leur sombre dessein.²¹²⁴ Mais il s'agissait ici de réaménager quelque peu les règles procédurales en vigueur, dont notamment le principe de légalité, qui éloignait, selon le pouvoir en place, un peu trop le procureur de sa tutelle de l'exécutif afin que cette institution devienne l'instrument du seul gouvernement.²¹²⁵ À cette fin, la formule précédemment citée est d'abord conservée mais l'ordre en est inversé : il s'agit alors moins d'éviter les classements sans suite arbitraires que d'imposer tout bonnement aux procureurs le respect inconditionnel des décrets du gouvernement, lequel dispose du pouvoir exécutif et législatif, depuis que le Parlement a voté les pleins pouvoirs au Chancelier le 23 mars 1933.²¹²⁶ L'objectif de protection contre l'arbitraire, pourtant raison d'être du principe de la légalité, s'efface progressivement avant de disparaître tout bonnement.²¹²⁷ La dénaturation est telle que même les nombreux théoriciens de l'époque favorables au maintien de la légalité des poursuites en distordent le sens et l'absurdité atteint son paroxysme.²¹²⁸ Ainsi, loin de mettre en avant les risques inhérents au pouvoir éventuel du

²¹²² SCHINNERER, Erich, *Wirkungskreis und Organisation der Staatsanwaltschaften*, Berlin, Junker u. Dünnhaupt, 1938, p. 88.

²¹²³ V. en ce sens e. a. HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 92-93 ; SCHUMACHER, Ulrich, *Kontinuität und Diskontinuität im Strafverfahrensrecht*, Köln, Pahl-Rugenstein, 1987, p. 28 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 53-55 ; SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., p. 440-442, n° 354.

²¹²⁴ SCHUMACHER, Ulrich, *Staatsanwaltschaft und Gericht im Dritten Reich: zur Veränderung der Kompetenzverteilung im Strafverfahren unter Berücksichtigung der Entwicklung in der Weimarer Republik und in der Bundesrepublik*, Köln, Pahl-Rugenstein, 1985, p. 56.

²¹²⁵ SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., p. 440-442, n° 354.

²¹²⁶ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 53 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 92. Les juristes de l'époque nazie n'avaient d'ailleurs aucun problème à déclarer eux-mêmes que « le lien [à la loi] que nous nous représentons n'a en vérité que le nom de commun avec l'ancien principe de légalité », traduit de la formule originale « Die uns vorschwebende Bindung hat in Wahrheit mit dem früheren Legalitätsprinzip nur den Namen gemein », v. DAHM, Georg, « Bemerkungen zur Reform des Strafverfahrens », *ZStW*, vol. 54, n° 1, 1935, p. 406.

²¹²⁷ V. à ce propos not. MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 56 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 92-93. Cette évolution contradictoire est d'ailleurs déjà soulignée par certains juristes à cette époque dont p. ex. SCHINNERER, Erich, *Wirkungskreis und Organisation der Staatsanwaltschaften*, op. cit., p. 87 et s.

²¹²⁸ V. réf. en n. préc. 2127.

ministère public de renoncer, pour des motifs d'opportunité, à la poursuite d'infractions pourtant légalement constituée, Georg Dahm, nazi fervent défenseur du légalisme, préférerait-il par exemple s'appuyer sur un argument pour le moins étrange : le Führer incarnant le pouvoir législatif depuis 1933, l'introduction du principe d'opportunité permettrait à un procureur de contredire... la volonté du peuple allemand telle qu'exprimée par Hitler !²¹²⁹ La terminologie du principe de légalité vidée de son sens perdure certes encore un temps dans les textes avant d'être définitivement abrogée dans les derniers mois du régime par le décret du 13 décembre 1944.²¹³⁰ Point n'est besoin ici de s'attarder sur les conséquences dramatiques de cet instrumentalisation du droit tant les exemples d'arbitraire du nazisme sont encore tristement présents dans les esprits.²¹³¹ Mais cet épisode démontra de manière cruelle que les dangers de l'application du principe d'opportunité des poursuites lié au risque corrélatif d'une instrumentalisation du ministère public par le pouvoir exécutif, n'étaient pas que vagues conjectures doctrinales, mais pouvaient bien plus se réaliser sous leur pire forme. Cela n'étonne donc pas qu' « *après onze ans d'usurpation et quelques mois de suspension* »²¹³² aux retombées catastrophiques, le législateur d'après-guerre n'ait pas envisagé une seconde de substituer le principe d'opportunité à celui de la légalité des poursuites en dépit des nombreuses exceptions pratiques déjà existantes à l'époque, mais réaffirmera bien plus avec force son attachement au principe de légalité au nom de l'égalité de chacun des justiciables devant la loi.²¹³³ La Cour fédérale constitutionnelle est venue elle-même renforcer la portée

²¹²⁹ L'absurdité de son argumentation est p. ex. visible dans l'art. DAHM, Georg, « Bemerkungen z. Reform des Strafverfahrens », *ZStW*, 1-1935 *art. cit.*, p. 401 et s. Pointant à cet époque la déformation et la distortion du principe de légalité par Georg Dahm not. SCHINNERER, Erich, *Wirkungskreis und Organisation der Staatsanwaltschaften*, *op. cit.*, p. 87.

²¹³⁰ GÄRTNER, Reinhard, *Die Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren*, Saarbrücken, Scharlotte Schön, 1964, p. 16 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 92-93 ; MATHIAS, Éric, « Le ministère public en Allemagne au XIX^e s. », dans J.-M. CARBASSE (éd.), *Histoire du parquet*, *art. cit.*, p. 53.

²¹³¹ V. pour une analyses critique du rôle de la justice sous le nazisme et les conséquences dramatiques en ayant résulté not. MÜLLER, Ingo, *Furchtbare Juristen*, Berlin, TIAMAT, 2014, p. 37 et s.

²¹³² MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, *op. cit.*, p. 55.

²¹³³ Plusieurs juristes d'après-guerre exhortent en effet à garder présent à l'esprit les terribles dérives arbitraires auxquelles ont conduit les développements de l'opportunité. M. Klaas exhortait en ce sens lors du V^e Congrès « *Tout en reconnaissant l'importance, pour ne pas dire la nécessité de semblables mesures, en raison de l'augmentation considérable de la criminalité* » à ne pas « *oublier les expériences de l'Allemagne, en 1942 et 1944, qui, en développant les tendances du principe d'opportunité, ont abouti à effacer l'idée du droit de la procédure pénale* », V^e Congrès international du droit pénal, actes du congrès, Syrey, Paris, 1952, p. 161. Un autre auteur, dont le catégorisme apparaît toutefois quelque peu exacerbé et n'est pas ici partagé, puisque cela reviendrait à assimiler les pays gouvernés par le principe d'opportunité comme la France sans distinction à des pays totalitaires, soulignait : « *Le principe de légalité fait partie des règles fondamentales de notre procès pénal* » et « *constitue un des révélateurs permettant de tracer la frontière entre un ordre libéral et un régime totalitaire* », WILLMS, Günther,

de cette règle en confirmant son caractère de véritable principe directeur du procès pénal allemand :²¹³⁴ « *l'État de droit ne peut* », selon cette dernière, « *s'épanouir que si chacune des personnes enfreignant la loi pénale est jugée et sanctionnée justement* ». En effet, « *le devoir constitutionnel incombant à la puissance publique de garantir une bonne administration de la justice comprend également l'obligation d'assurer le correct déroulement des procès déclenchés, de même que l'exécution de la peine prononcée* ». Et, à cet égard, « *l'État ne saurait renoncer régulièrement ou dans le cas d'espèce à la poursuite pénale selon son bon vouloir* ». Il a bien plus « *le devoir de protéger la sécurité de ses citoyens ainsi que leur confiance en un bon fonctionnement des autorités publiques et, le droit d'un suspect à une égalité de traitement dans le cadre d'une procédure pénale, nécessite **en principe** que l'État fasse usage de son pouvoir de sanction [de manière homogène et équitable]* ».²¹³⁵ Le principe de légalité implique donc une obligation de poursuite envers chaque personne soupçonnée de la commission d'une infraction afin de préserver le citoyen d'une action arbitraire de l'exécutif, tout en garantissant l'égalité de chacun devant la loi.²¹³⁶

395. Mais l'usage de la formule « *en principe* » (« *grundsätzlich* ») laisse déjà deviner que la Cour fédérale constitutionnelle admet des tempéraments à cette règle générale (au nom du principe de proportionnalité) tels les §§ 153 StPO, auxquels elle fait d'ailleurs explicitement référence dans le passage suivant de son arrêt du 20 octobre 1977.²¹³⁷

« *Offenkundigkeit u. Legalitätsprinzip* », *JZ*, 1957, *art. cit.*, p. 465 ; encore plus récemment un autre venait rappeler l'actualité de cet argument « *Quiconque plaide en faveur d'une extension de l'opportunité des poursuites [...] ne devrait pas oublier quand et comment le principe de légalité subit ses premières atteintes* », HOHENDORF, Andreas, « § 153a I StPO als Radikalmittel z. Bewältigung der "Massen-Bagatelldelinquenz" ? », *NJW*, 1987, *art. cit.*, p. 1179.

²¹³⁴ V. e. a. BVerfG, déc. du 20.10.1977 - 2 BvR 631/77 (*BVerfGE* 46, 214, 222 et s.), reproduite dans *NJW*, 1977, p. 2355-2356 (spec. p. 2356) ; BVerfG, déc. du 23.07.1982 - 2 BvR 8/82, reproduite dans *NStZ*, 1982, p. 430.

²¹³⁵ Il s'agit ici d'une traduction libre du passage suivant „*Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn sichergestellt ist, daß Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden. Die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten, umfaßt danach seine Pflicht, die Durchführung eingeleiteter Strafverfahren und die Vollstreckung rechtskräftig erkannter (Freiheits-)Strafen sicherzustellen. Der Staat kann und darf hierauf - abgesehen vom Fall der Amnestie - nicht nach seinem Belieben generell oder im Einzelfall verzichten; das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, die Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen, und der Anspruch aller in Strafverfahren Beschuldigten auf Gleichbehandlung erfordern vielmehr **grundsätzlich**, daß der Strafanspruch durchgesetzt, also auch eingeleitete Verfahren fortgesetzt und rechtskräftig verhängte Strafen vollstreckt werden*“, v. BVerfG, *NJW*, 1977, p. 2356 (v. réf. exactes en n. 2134).

²¹³⁶ V. not. BVerfG, *NStZ*, 1982, p. 430 (v. réf. exactes en n. 2134).

²¹³⁷ BVerfG, *NJW*, 1977, p. 2356 (v. concernant les références exactes n. 2134).

b. De « l'exception d'opportunité »²¹³⁸ théorique à sa généralisation dans la pratique

396. Et, force est de constater que le principe de légalité des poursuites a été progressivement et dans de larges proportions vidé de sa substance par l'application de plus en plus extensive du principe d'opportunité renversant le rapport théorique censé prévaloir entre ces deux maximes.²¹³⁹ En dehors de l'appréciation large dans la pratique du principe de légalité concernant la pratique des classements secs déjà évoquée plus haut,²¹⁴⁰ le législateur, s'engouffrant dans la brèche laissée par le § 152 al. 2 StPO (« à moins que la loi n'en dispose autrement »),²¹⁴¹ n'a lui-même cessé d'étendre les exceptions aux principes.²¹⁴² Face aux débordements des tribunaux par la petite et moyenne délinquance et le manque de moyens de l'État allemand après la première guerre mondiale, le législateur porte une première atteinte au principe de légalité avec l'ordonnance Emminger (§§ 23 et 24), pierre d'édifice des actuels §§ 153 et s. StPO.²¹⁴³ Il ne cessera alors d'élargir le catalogue des exceptions en opportunité.²¹⁴⁴ À noter ici néanmoins que, la décision de poursuite du procureur allemand n'étant pas à elle seule en mesure d'ouvrir le procès,²¹⁴⁵ les exceptions intervenant en amont de la décision du déclenchement de l'action publique ne peuvent en principe avoir lieu qu'avec l'autorisation du juge compétent pour décider de l'ouverture du procès. Par ailleurs, la plupart des classements sans suite en opportunité reste possible après ouverture du procès ; les rôles seront néanmoins inversés puisque ce sera le juge qui y procédera avec l'assentiment des parties.

²¹³⁸ La formule est reprise à MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 108.

²¹³⁹ V. en ce sens e. a. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 2, § 14, n°5 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 211, n° 308 ; WEIGEND, Thomas, *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden-Baden, Nomos, 1978, p. 30, qui parle ici de l'évincement (« Verdrängung ») du principe de légalité. V. aussi DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 37-41.

²¹⁴⁰ Se reporter au n° 369, p. 346 et s. de cette thèse.

²¹⁴¹ V. pour l'intitulé complet du § 152 StPO n° 394, p. 358 de même que la n. correspondante 2118 de cette thèse.

²¹⁴² V. e. a. MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 109 et s. ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 37 et s.

²¹⁴³ MARQUARDT, Hanno, *Die Entwicklung des Legalitätsprinzips*, Mannheim, 1982, p. 83 et s., sur la réforme Emminger spéc. p. 89 et s. ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 38 ; WEIGEND, Thomas, *Anklagepflicht und Ermessen*, op. cit., p. 30-31 ; HERTZ, Adolf, *Die Geschichte des Legalitätsprinzips*, Borna-Leipzig, Noske, 1935 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 117.

²¹⁴⁴ JANS, Sigrid, *Die Aushöhlung des Klageerzwingungsverfahrens*, Frankfurt am Main [e.a.], Lang, 1990, p. 8 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 37-41.

²¹⁴⁵ Le procès ne sera ouvert qu'après une procédure intermédiaire vérifiant la plausibilité de l'accusation, v. à ce propos n° 678 et s., p. 607 et s.

397. Le développement de l'exception de l'opportunité se poursuit à un rythme effréné après la Seconde guerre mondiale. À titre d'exemple,²¹⁴⁶ le § 153b StPO (classement sans suite et dispense de peine) est adopté en 1951,²¹⁴⁷ en 1957, l'actuel § 153e StPO (classement sans suite et infractions mettant en cause la protection de l'État en cas de repentance active) est rajouté.²¹⁴⁸ Le § 154d StPO (classement sans suite et question préjudicielle) est quant à lui créé par la réforme du Code de procédure pénale et de la loi d'organisation judiciaire (« StPÄG ») de 1964.²¹⁴⁹ Un tournant majeur est en particulier pris avec le projet de réforme du Code pénal (« EGStGB ») du 02.03.1974. Celui-ci introduit d'abord le § 154e (sursis à poursuivre et dénonciations calomnieuses ou diffamations) dans le StPO mais aussi le très controversé § 153a StPO (classement sous conditions).²¹⁵⁰ D'abord considéré avec méfiance par les procureurs, ce mécanisme est aujourd'hui considéré comme indispensable dans la pratique et fait partie intégrante de la procédure pénale allemande.²¹⁵¹ Par ailleurs, l'intervention du juge dans les décisions du procureur en opportunité n'a cessé de

²¹⁴⁶ Les exemples indiqués ici n'ont pas vocation à l'exhaustivité mais sont énumérés seulement à titre illustratif. Pour un exposé plus détaillé, se rapporter par exemple aux ouvrages : HERTZ, Adolf, *Die Geschichte des Legalitätsprinzips*, op. cit. ; MARQUARDT, Hanno, *Die Entwicklung des Legalitätsprinzips*, op. cit., p. 83 et s. ou encore WEIGEND, Thomas, *Anklagepflicht und Ermessen*, op. cit., p. 25-39.

²¹⁴⁷ La loi réformatrice du droit pénal (« StRÄndG ») du 30.08.1951 introduisait cette disposition d'abord en tant que § 153a StPO (v. BGBl. I, p. 746, en ligne :

https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl151s0739.pdf%27%5D__1491416091869, consulté dernièrement le 05.04.2017). Elle fut ensuite modifiée par l'art. 21, n° 45 du projet de loi réformant le code pénal et devint le § 153b StPO, v. BT « 1. StVRG, 1^e projet de l. sur la réforme de la proc. pén.) », *BT-Drs. 7/551, doc. préc.*, p. 70.

²¹⁴⁸ *BGBl.* 1957, partie I, 600, en ligne :

https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl157s0597.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl157s0597.pdf%27%5D__1491418664132, consulté dernièrement le 05.04.2017).

²¹⁴⁹ *BGBl.* 1964, partie I, p. 1075, en ligne :

https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=/*%5B@attr_id=%27bgbl164s1067.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl164s1067.pdf%27%5D__1491419741957, consulté dernièrement le 05.04.2017.

²¹⁵⁰ *BGBl.* 1974, partie I, p. 508-509, en ligne :

https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=/*%5B@attr_id=%27bgbl174s0469.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl174s0469.pdf%27%5D__1491420413654, consulté dernièrement le 05.04.2017). V. pour un bref exposé des critiques concernant le § 153a StPO p. ex. WEIGEND, Thomas, « Strafzumessung durch den Staatsanwalt? Lösbare und unlösbare Probleme bei der Verfahrenseinstellung unter Auflagen (§ 153a StPO) », *KJ*, vol. 84, n° 1, 1984, p. 8-9.

²¹⁵¹ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 38-39 ; WEIGEND, Thomas, « Strafzumessung durch den StA? », *KJ*, 1-1984, art. cit., p. 9 ; v. sur le développement et l'importance des §§ 153, 153 a StPO e. a. not. HERRMANN, Joachim, « Diversion und Schlichtung in der Bundesrepublik Deutschland », *ZStW*, vol. 96, n° 2, 1984, p. 467 et s. ; RIEB, Peter, « Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153a StPO », *ZRP*, vol. 16, n° 4, 1983, p. 93-99.

s'amoindrir.²¹⁵² En effet, si cela faisait maintenant déjà longtemps qu'il était permis au ministère public de faire jouer la règle d'opportunité des poursuites pour les délits mineurs, le tribunal devait jusqu'en 1975 donner son accord.²¹⁵³ Mais la loi de réforme de la procédure pénale du 2 mars 1974 vint renforcer encore considérablement la position du ministère public en supprimant la nécessité de cet accord judiciaire pour les actes de petite délinquance contre les biens (§ 153 al. 1, 2^e phrase StPO [1975]).²¹⁵⁴ La loi du 11 janvier 1993, destinée à décharger l'administration de la justice, élargit encore cette possibilité en supprimant tout bonnement la condition qui requérait que le délit soit orienté contre les biens (v. actuel § 153 al. 1, 2^e phrase StPO).²¹⁵⁵ Cette même réforme étendit par ailleurs considérablement le champ d'application du litigieux mais très usité § 153a StPO.²¹⁵⁶ Initialement réservé à la petite criminalité, cette disposition exigeant une faible culpabilité de l'auteur, le législateur modifia cette condition pour requérir simplement que le poids de la culpabilité ne contrevienne pas à l'application de cette règle, étendant son champ d'application au domaine de la moyenne criminalité.²¹⁵⁷ De fait, le procureur est devenu, tant concernant la petite que la moyenne délinquance, l'instance centrale de sélection et de sanction, à même d'administrer de manière indépendante (souvent à sa seule discrétion) et définitive une grande partie de la masse délictuelle.²¹⁵⁸

398. Par ailleurs, si le choix dont bénéficie le procureur quant au type de la procédure de jugement (par exemple entre un jugement à l'issue d'une audience publique et contradictoire ou un jugement par ordonnance pénale, §§ 407 et s. StPO) n'a pas été conçu comme une exception d'opportunité à proprement parler par le législateur, il nous semble qu'il s'agit ici,

²¹⁵² V. e.a. not. : LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 256 ; SATZGER, Helmut, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens*, München, Beck, 2004, p. C75 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 39 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 226-227.

²¹⁵³ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 226.

²¹⁵⁴ V. *BGBL.* 1974, partie I, p. 508 (en ligne, v. n. 2150).

²¹⁵⁵ V. *BGBL.* 1993, partie I, p. 51 (en ligne,

https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//%5B@attr_id=%27bgbl193s0050.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl193s0050.pdf%27%5D__1491483447471, consulté dernièrement le 05.04.2017).

²¹⁵⁶ *Ibid.*

²¹⁵⁷ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 39 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 153a StPO », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 1.

²¹⁵⁸ V. p. ex. : WEIGEND, Thomas, « The prosecution service (Germany) », dans P.J.P. TAK (éd.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, art. cit., p. 215 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 226-227 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 39.

à l'image de ce qu'il a été dit pour le système français, du prolongement de l'opportunité dans le choix de la forme de la poursuite pénale. Et la marge d'appréciation dont dispose le procureur dans ce cadre ne fait qu'agrandir encore un peu plus les pouvoirs de cet acteur.

399. Ce constat théorique est largement confirmé par les données empiriques. À noter concernant les données statistiques que l'Allemagne ne s'oriente pas au taux de réponse pénale concernant les affaires poursuivables comme la France. Le point de référence est ici bien plus toujours l'ensemble des affaires criminelles dont le parquet a eu à traiter au cours d'une année qui inclut également les affaires non poursuivables selon le principe de légalité. De plus, il faut également garder présent à l'esprit que ce que les Français désignent comme alternatives aux poursuites, est, du côté germanique, assimilé à des classements en opportunité, ce qui complique quelque peu une stricte comparaison. On n'en relève pas moins des tendances similaires à celles constatées en France : Pour l'année 2017, dans plus de la moitié des cas, le ministère public classait l'affaire (57,2 %) ²¹⁵⁹ et le nombre d'affaires classées pour les raisons d'opportunité prévues aux §§ 153 et s. StPO, dans lequel le procureur dispose d'un large pouvoir d'appréciation (29,5 %), ²¹⁶⁰ dépassait légèrement celui des cas classés faute de charges suffisantes ou pour cause d'irresponsabilité de l'auteur (27,7 %). ²¹⁶¹ 10,9 % des affaires étaient réglées par voie d'ordonnance pénale à l'initiative du procureur et dans seuls 8,7 % des cas, l'affaire était renvoyée devant le tribunal. ²¹⁶² Cette tendance n'est pas nouvelle ²¹⁶³ et la décision du procureur de classer l'affaire prend toujours plus d'importance dépassant dans l'absolu clairement le nombre des renvois devant le tribunal et des règlements par voie d'ordonnance pénale. ²¹⁶⁴ Ainsi, alors que le ministère public était dans le RStPO conçu

²¹⁵⁹ STATISTISCHES BUNDESAMT, *Staatsanwaltschaften, Fachserie 10 Reihe 2-6 - 2017*, Destatis, Wiesbaden, 2018, p. 30, tableau 2.2.1.2., v. spéc. les n° 15, 26, 39 et 40, en ligne : https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00040935/2100260177004.pdf, consulté dernièrement le 26.10.2018.

²¹⁶⁰ *Ibid.*, spéc. n° 15 et 26.

²¹⁶¹ *Ibid.*, spéc. n° 39 et 40.

²¹⁶² *Ibid.*, spéc. n° 12 et 2.

²¹⁶³ V. p. ex. JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 227 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 72 et s. ; SATZGER, Helmut, *Chancen u. Risiken einer Reform des strafrechtlichen EV*, op. cit., p. C 34 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 17 et s.

²¹⁶⁴ En ce sens aussi not. JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 224 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 75 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 19.

comme « l'autorité porteuse de l'accusation » (« Anklagebehörde »)²¹⁶⁵ et qu'il est aujourd'hui toujours désigné comme tel,²¹⁶⁶ cette qualification semble-t-elle trompeuse, au vu des données empiriques.²¹⁶⁷ Le titre « d'autorité de classement » (« Einstellungsbehörde ») apparaîtrait ici bien plus approprié.²¹⁶⁸

400. En résumé, l'histoire du principe de légalité des poursuites en Allemagne est celle de sa déconstruction progressive²¹⁶⁹ accompagnée corrélativement d'une montée en puissance du procureur dont les compétences et l'influence n'ont cessé d'augmenter.²¹⁷⁰ Alors que la légalité des poursuites était originellement conçue comme un principe directeur presque incontesté, l'utilisation constante et conséquente de la clause légale du § 152 al. 2 StPO a conduit à ce qu'il soit relégué au rang d'exception par le principe d'opportunité devenu *de facto* la règle juridique dominante, le tout confirmant l'influence déterminante du procureur dans l'avant-procès, désormais figure de premier plan, du moins en matière délictuelle dans laquelle les §§ 153 et s. StPO peuvent trouver application.²¹⁷¹

²¹⁶⁵ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 206 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 19 ; JAHN, Mathias, « Das heutige strafprozessuale EV aus Sicht v. Wissenschaft u. Justiz », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, *art. cit.*, p. 39-40.

²¹⁶⁶ V. p. ex. BGH, déc. du 23.09.1960 - 3 StR 28/60 (BGHSt, 15, 159, 160), reproduite dans NJW, 1960, p. 2346-2348 (spéc. p. 2347) ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 19 ; JAHN, Mathias, « Das heutige strafprozessuale EV aus Sicht v. Wissenschaft u. Justiz », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, *art. cit.*, p. 39-40 ; BOTTKÉ, Wilfried, « Zur Anklagepflicht der Staatsanwaltschaft », GA, 1980, p. 299-300 et 302.

²¹⁶⁷ JAHN, Mathias, « Das heutige strafprozessuale EV aus Sicht v. Wissenschaft u. Justiz », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, *art. cit.*, p. 39-42 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 19.

²¹⁶⁸ KÜRZINGER, Josef, *Kriminologie*, *op. cit.*, p. 142, n° 189 ; JAHN, Mathias, « Das heutige strafprozessuale EV aus Sicht v. Wissenschaft u. Justiz », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, *art. cit.*, p. 40-41 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 19 ; HEINZ, Wolfgang, « StA, Sanktionsinstanz mit zunehmend ausgebauter, aber regional extrem gehandhabter u. nicht hinreichend kontrollierter Sanktionsmacht », dans FS-Kühne, 2013, *art. cit.*, p. 231.

²¹⁶⁹ V. concernant la déconstruction progressive du principe par le législateur lui-même not. RIEß, Peter, « Die Zukunft des Legalitätsprinzips », NStZ, n° 1, 1981, p. 3.

²¹⁷⁰ En ce sens e.a. KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?*, *op. cit.*, p. 236 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 41 ; HEINZ, Wolfgang, « Abschlußentscheidung des StA aus rechtstats. Sicht », dans C. GEISLER (éd.), *Ermittlungsverhalten der Polizei u. Einstellungspraxis der StAen*, 1999, *art. cit.*, p. 150-153.

²¹⁷¹ V. e. a. HEINZ, Wolfgang, « Die Staatsanwaltschaft, Selektions- und Sanktionsinstanz im statistischen Graufeld », dans H.-J. ALBRECHT (éd.), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 123-124 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 41 ; BARTON, Stephan et al., « Einführung in den Band », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, *op. cit.*, p. 14-15 ; dans le même ouvrage JAHN, Mathias, « Das heutige strafprozessuale EV aus Sicht v. Wissenschaft u. Justiz », p. 44.

B – Les différentes formes d’expression de l’opportunité de la réponse pénale et les compétences quasi-juridictionnelles corrélatives en découlant pour le procureur

401. La montée du principe de l’opportunité des poursuites – qui trouve son prolongement dans la diversification des réponses pénales – dans les deux systèmes à l’étude prouvée, il convient désormais de s’attacher plus précisément aux conséquences de ce phénomène sur les compétences propres du procureur. Force est ici de constater qu’il résulte de la large place réservée à la règle de l’opportunité un véritable embarras du choix dans la réponse pénale pour le procureur. Or, la suite accordée à une procédure – à savoir si elle fera l’objet d’un renvoi au tribunal (le cas échéant dans le système français selon un mode dit « rapide » de déclenchement des poursuites) sera traitée par voie d’ordonnance pénale ou encore classée sous ou sans condition(s) – est décisive pour le prévenu puisqu’elle définira l’ampleur des conséquences judiciaires qui le menacent.²¹⁷² Par son choix, le procureur décide avant tout de savoir s’il pourra y avoir une sanction, ainsi que, le cas échéant, de la « *forme de la peine* » applicable et anticipe par là la sévérité de la réponse pénale.²¹⁷³ L’ouverture d’un procès stigmatisera ainsi fortement l’accusé et le plongera dans une situation très éprouvante, tandis qu’un règlement par voie d’ordonnance pénale ou un classement selon les §§ 153 et s. du StPO (le cas échéant sous conditions) ou selon les art. 41-1 ou 41-2 du CPP seront clairement moins préjudiciables pour le mis en cause, notamment en raison de la protection de son anonymité (contrairement aux audiences, en principe publiques, d’un procès pénal).²¹⁷⁴ Les

²¹⁷² DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 21 ; v. concernant p. ex. l’effet sur la peine du choix de saisir la juridiction de jugement par comparution immédiate dans le système français REDON, Michel, « La gestion pragmatique de la comparution immédiate par les magistrats », *AJP*, n° 1, 2011, p. 18 ; MUCCHIELLI, Julien, « Les députés invités à assister aux audiences de comparution immédiate », *Dal. act.*, 19 février 2018.

²¹⁷³ BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, *op. cit.*, p. 114-115; 245-246 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 21 ; v. à ce sujet p. ex. l’effet du choix de saisir la juridiction de jugement par comparution immédiate REDON, Michel, « La gestion pragmatique de la comparution immédiate », *AJP*, 1-2011, *art. cit.*, p. 18.; MUCCHIELLI, Julien, « Les députés invités à assister aux audiences de comparution immédiate », *Dal. act.*, 19.02.2018, *art. cit.*

²¹⁷⁴ Concernant spécifiquement le caractère moins stigmatisant du fait de l’anonymité du règlement par voie d’ordonnance pénale : BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, *op. cit.*, p. 117 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 23. V. du côté fr. p. ex. l’effet très stigmatisant d’une saisine de la juridiction de jugement par comparution immédiate REDON, Michel, « La gestion pragmatique de la comparution immédiate », *AJP*, 1-2011, *art. cit.*, p. 17-18.

alternatives au procès, du fait de leur courte durée, présentent de surcroît des avantages temporels et financiers certains pour toutes les parties.²¹⁷⁵

402. On réalise alors bien l'ampleur de l'influence quasi-juridictionnelle du procureur qui résulte dans un premier temps du choix même de la modalité d'engagement spécifique des poursuites des deux côtés de la frontière (1) et qui se voit dans un second temps décuplée en raison du développement des alternatives aux poursuites en France auxquelles correspondent dans une large mesure les exceptions d'opportunités créées par le législateur allemand aux §§ 153 et s. du StPO à mesure que le rôle du juge s'érode (2).

1) Les pouvoirs quasi-juridictionnels résultant du choix du procureur quant à la modalité spécifique d'engagement des poursuites

403. La palette de choix ouverts au procureur français s'est dernièrement considérablement élargie du fait de l'introduction relativement récente de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou encore de l'extension du dispositif de l'ordonnance pénale. À côté des modalités d'engagement des poursuites traditionnelles déjà plus importantes du fait de l'existence de l'instruction, le parquetier français disposera donc d'un pouvoir décisionnel quant à la forme du procès à venir très étendu. À cela s'ajoute son large éventail de possibilités quant à la manière de saisir une juridiction aux fins de jugement contradictoire, inexistant outre-Rhin. Il bénéficiera donc du fait de cette véritable pluralité des modalités d'engagement des poursuites d'une influence plus importante sur l'issue de la procédure (a) que son homologue allemand dont le choix n'est ici que binaire (jugement à la suite de débats contradictoires et public ou procédure simplifiée de l'ordonnance pénale) (b).

a. La multitude des choix ouverts au procureur français quant aux modalités d'engagement des poursuites et les pouvoirs en résultant

404. Si le procureur n'ouvre pas d'information (1), il pourra alors décider soit d'une saisine aux fins de jugement à l'issue d'une audience publique et contradictoire par le biais de la citation directe, d'une convocation par officier de police judiciaire ou par procès-verbal ou encore de la comparution immédiate (2), soit recourir à l'un des deux modes de poursuite,

²¹⁷⁵ V. not. BVerfG, déc. du 21.01.1969 – 2 BvR 724/67 (BVerfGE 25, 158-167), reproduite dans NJW, 1969, p. 1103-1104 (ici spéc. 1104 sous C. 1.). Dans ce sens e.a. égal. : LANGER, Wolfgang, *Staatsanwälte und Richter*, Stuttgart, Enke, 1994, p. 387 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 24 ; PRADEL, Jean, « Le prix à payer pour une procédure pénale efficace », *Rec. Dal.*, n° 34, octobre 2017, p. 1986-1992, n° 20.

dits « simplifiés », que constituent à des degrés divers, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (3) ou encore la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale (4).²¹⁷⁶

(1) Le réquisitoire introductif

405. En premier lieu, il reviendra au ministère public d'apprécier de l'opportunité d'ouvrir une instruction par un réquisitoire introductif. À cet égard, si l'ouverture d'une information en matière criminelle est obligatoire, l'art. 79 CPP se contente d'ajouter qu'elle est facultative concernant les délits sans en préciser les conditions. Il convient de préciser que les définitions des notions de crime et de délit ne sont pas identiques des deux côtés de la frontière. En effet, si le caractère criminel d'une infraction est retenu en Allemagne selon la définition légale du § 12 al. 1 StGB, dès lors que le seuil minimum de la peine encourue est égal ou supérieur à une peine de prison d'un an, le droit français ne qualifiera une infraction de criminelle qu'à partir du moment où la peine encourue atteindra 15 ans de réclusion ou détention criminelle (v. art. 132-1, 4° CPP). On le voit, le champ d'application de l'obligation d'ouverture d'une instruction sera donc relativement restreint. Concernant les délits, le procureur recourra en pratique certes le plus souvent à l'instruction si l'affaire se révèle complexe.²¹⁷⁷ Toutefois aucun critère légal n'encadre ici son choix.²¹⁷⁸ Ce dernier dispose en conséquence du pouvoir de ne pas saisir le magistrat instructeur quand il estime que cela n'est pas indispensable.²¹⁷⁹ Sa décision est ici discrétionnaire : elle peut donc reposer effectivement sur le fait qu'une enquête suffira à mettre l'affaire en état d'être jugée.²¹⁸⁰ Mais elle pourra tout autant, le cas échéant, servir uniquement à conserver une pleine maîtrise du dossier aussi longtemps que le procureur le jugera souhaitable, ce qui pourra alors conduire à des mois, voire des années de lourdes investigations.²¹⁸¹ Il n'est donc point surprenant que cette question suscite la

²¹⁷⁶ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 868 et s., n° 1498 et s. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 793, n° 1146.

²¹⁷⁷ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 887, n° 1574 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 793, n° 1146.

²¹⁷⁸ Se rapporter dans la jurispr. not. à Cass. crim., déc. du 22.11.2017, n° 16-84.154, inédite ; Cass. crim., déc. du 5.06.2013, n° 12-80.387, inédite. À ce propos dans la doctr., v. e. a. MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 818-819 ; LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 16.

²¹⁷⁹ V. l'ens. des réf. préc. en n. 2178.

²¹⁸⁰ V. l'ens. des réf. préc. en n. 2178.

²¹⁸¹ L'enquête préliminaire dont eut à juger le tribunal correctionnel de Nanterre dans une décision du 14.11.2012 s'étendit à titre d'exemple sur 4 ans ! V. à ce sujet not. QUENTIN, Bruno, « Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable, doctr. 323 », *JCP G*, 11-12/2013, *art. cit.*, p. 577 ; MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 818.

controverse dans la doctrine, alors que ce choix peut avoir un impact très défavorable au niveau des droits de la défense dont pourront disposer les personnes concernées par l'enquête.²¹⁸² En ce sens, un auteur se félicitait à juste titre de la décision du tribunal correctionnel de Nanterre du 12 novembre 2012 dans laquelle la juridiction annula toute la procédure d'enquête, après avoir constaté *in concreto* que le ministère public n'avait pas veillé à assurer de manière effective la protection des droits des personnes soupçonnées à avoir un procès équitable dans la phase de jugement.²¹⁸³ Il s'agissait ici d'une affaire dans laquelle avait été menée pendant 4 ans une enquête dans le cadre de laquelle de lourdes mesures d'investigation avaient été prises, sans que les personnes visées aient eu, faute d'ouverture d'une instruction, de véritable accès au dossier ou aient pu s'expliquer contradictoirement face à une accusation qui n'était d'ailleurs pas encore expressément formulée.²¹⁸⁴ Le ministère public décida finalement de citer les mis en cause directement devant la juridiction de jugement sans recourir à une information.²¹⁸⁵ Le tribunal correctionnel jugea alors en l'espèce que le parquet avait par là contourné indûment les droits de la défense ce qui justifiait l'annulation de la procédure.²¹⁸⁶ Ce n'est néanmoins pas l'interprétation que retint plus tard la Cour de cassation dans des affaires similaires.²¹⁸⁷ La haute juridiction adopta bien plus une position contraire en refusant catégoriquement de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel portant sur les droits de la défense lors de l'enquête préliminaire.²¹⁸⁸ Il s'agissait en l'espèce de savoir si l'application des art. 40 al. 1, art.

²¹⁸² Il s'agit ici en particulier des droits d'accès au dossier ou du droit de demander des mesures d'investigation beaucoup plus développés au cours de l'instruction (v. not. art. 82-1, 114 al. 4, 175 CPP) qu'au stade de l'enquête préliminaire (v. à ce sujet aussi réf. en n. 2181) et ce malgré l'insertion des art. 77-2 et 77-3 par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, ces droits étant soumis dans le cadre d'une enquête préliminaire à de multiples conditions qui en réduisent l'effectivité, v. en ce sens not. BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341 ; PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, not. n° 12-16 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 564. L'étendue des droits dont dispose le mis en cause sera développée plus en détails, concernant l'enquête, aux n° 473 et s., p. 436 et s., et, s'agissant de l'instruction, aux n° 885 et s., p. 787 et s. de cette thèse auxquels il est ici renvoyé.

²¹⁸³ V. Trib. corr. de Nanterre, déc. du 14.11.2012 telle que rapportée par QUENTIN, Bruno, « Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable, doct. 323 », *JCP G*, 11-12/2013, *art. cit.*, p. 577.

²¹⁸⁴ *Ibid.*

²¹⁸⁵ *Ibid.*

²¹⁸⁶ *Ibid.*

²¹⁸⁷ V. not. Cass. crim., déc. du 22.11.2017, n° 16-84.154, inédite ; Cass. crim., déc. du 05.06.2013, n° 12-80.387, inédite. À ce propos dans la doct., v. e.a. MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 818-819 ; LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 16.

²¹⁸⁸ Cass. crim., déc. du 06.03.2013, n° 12-90.078, inédite ; Cass. crim., déc. du 22.11.2017, n° 16-84.154, inédite.

40-1, 75 al. 1, 79 et 80 al. 1 CPP, qui donnent au procureur le pouvoir discrétionnaire de décider en matière correctionnelle de l'ouverture d'une instruction ou de la saisine directe d'une juridiction de jugement précédée d'une seule enquête préliminaire, n'avait pas des conséquences importantes pour les droits de la défense au vue des prérogatives plus étendues accordées dans le cadre d'une l'instruction.²¹⁸⁹ Or, la haute juridiction estime ici que les articles précités « *ne modifient pas le déroulement du procès pénal, et ne privent pas la personne d'un procès juste et équitable, celle-ci, quant au respect des droits de la défense, ayant, devant la juridiction, des garanties équivalentes à celles dont elle aurait bénéficié si l'affaire avait fait l'objet d'une information* ». ²¹⁹⁰ Considérant néanmoins que l'enquête dure aussi longtemps que nécessaire et peut s'étendre sur plusieurs années, cet argument apparaît particulièrement pernicieux dès lors qu'il signifie que, puisque la personne mise en cause disposera tôt ou tard du droit de se défendre devant une juridiction, point n'est besoin de lui accorder aucun droit avant cette échéance.²¹⁹¹

406. Il en résulte donc ici un premier pouvoir décisionnel discrétionnaire important du procureur à la fin de l'enquête en matière de délit qui influera directement sur l'étendue des droits proposés à la défense pendant la phase d'investigation.

(2) Le large choix du procureur dans les modes de déclenchement de la poursuite aux fins de jugement à l'issue d'une audience publique et contradictoire

407. Jusqu'à peu,²¹⁹² tous les délits poursuivis étaient nécessairement jugés en audience publique au cours d'un débat contradictoire, considérée comme véritable pierre angulaire de la procédure pénale, le mode traditionnel de saisine en étant la citation directe.²¹⁹³ Mais

²¹⁸⁹ Cass. crim., déc. du 06.03.2013, n° 12-90.078, inédite.

²¹⁹⁰ *Ibid.*

²¹⁹¹ MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 819.

²¹⁹² La situation a véritablement changé avec l'extension de la procédure d'ordonnance pénale en matière correctionnelle en 2002 puis l'introduction en 2004 de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. V. not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 654, n° 695, p. 658, n° 700. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 830, n° 1202, p. 842-843, n° 1224 et 850, n° 1236.

²¹⁹³ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 654, n° 695 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 830, n° 1202.

rapidement, le traitement de masse de la criminalité requiert des solutions accélérées.²¹⁹⁴ Le législateur français commença alors, d'abord sans revenir sur la finalité de la saisine (une audience publique et contradictoire) par créer d'autres modalités de saisine plus rapides de la juridiction de jugement qui eurent corrélativement déjà un accroissement important de l'influence du procureur auquel revient de déterminer le mode de saisine.²¹⁹⁵

408. Malgré la désaffection dont elle fait l'objet, la citation directe reste le mode de saisine ordinaire en matière délictuelle puisqu'il est possible au procureur, à la différence des autres modalités de poursuite dont le champ d'application est limité, d'y recourir quelle que soit la peine encourue.²¹⁹⁶ Selon les derniers chiffres-clés de la Justice, seul 4,9 % des saisines du tribunal correctionnel étaient effectuées par la voie de la citation directe en 2017.²¹⁹⁷ Cette modalité de saisine (art. 550 et s. CPP) correspond à l'assignation de la personne poursuivie par exploit d'huissier délivrée à la requête du ministère public directement devant la juridiction de jugement (tribunal correctionnel ou de police²¹⁹⁸).²¹⁹⁹ Très formaliste, elle doit répondre à diverses exigences de forme (v. art. 550 à 560 CPP)²²⁰⁰ à défaut desquelles la sanction de la nullité peut-être encourue (notamment en cas de vice fondamental relatif à la nature ou à l'objet de l'exploit d'huissier ou s'il y a atteinte aux intérêts de la personne du destinataire, soit aux droits de la défense, art. 565 CPP)²²⁰¹. La loi du 27 mai 2014 a en l'espèce élargi les prérogatives de la défense en consacrant le droit pour l'avocat et le prévenu de consulter le dossier au greffe du tribunal et de s'en faire délivrer copie dans le mois suivant la demande (v. actuel art. 388-4 CPP) ainsi qu' en leur accordant le droit, par conclusions écrites, de demander l'accomplissement d'un acte nécessaire à la manifestation de la vérité, le président pouvant l'ordonner selon les règles prévues pour l'enquête préliminaire ou, en cas

²¹⁹⁴ Les premières initiatives législatives de créer des voies rapides sans en supprimer l'audience pour autant remontent à une loi du 20.05.1863 concernant la procédure en matière de flagrant délit, v. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 654 et 658-659, n° 695 et 699-701.

²¹⁹⁵ *Ibid.*, p.598, n° 627.

²¹⁹⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 830, n° 1204.

²¹⁹⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.15.

²¹⁹⁸ La Cour d'assises ne pourra en revanche être saisie par cette voie, puisqu'en matière de crime, l'ouverture d'une instruction est obligatoire, v. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 676, n° 785.

²¹⁹⁹ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 387-388, n° 610 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 655, n° 696.

²²⁰⁰ V. pour un exposé concis de ces conditions not. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 387-388, n° 610 ; pour une analyse plus détaillée e. a. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 655-657, n° 696.

²²⁰¹ V. pour un exposé concis de ces conditions not. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 388, n° 611 ; et pour une analyse plus détaillée e. a. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 657-658, n° 698.

de refus, par le tribunal qui désigne l'un de ses membres ou un juge d'instruction (v. actuel art. 388-5 CPP). Face aux inconvénients de ce mode de poursuite lent et relativement lourd en raison du formalisme de l'exploit d'huissier, favorisant l'absence du prévenu, de même que se révélant peu adapté au traitement en temps réel des infractions, de nouvelles formes de saisines dites « *rapides ou accélérées* »²²⁰² ont vu le jour, à savoir la convocation par officier de police judiciaire, la convocation par procès-verbal et la comparution immédiate.²²⁰³

409. Prévues à l'article 390-1 du CPP, la convocation par officier ou agent de police judiciaire s'est développée dans la pratique, afin de passer outre l'intervention fastidieuse de l'huissier de justice, avant d'être consacrée par la loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985.²²⁰⁴ Elle est aujourd'hui le mode de poursuite le plus utilisé.²²⁰⁵ Selon les derniers chiffres-clés de la Justice, 33 % des saisines du tribunal correctionnel étaient effectuées selon cette modalité accélérée au cours de l'année 2017.²²⁰⁶ Il s'agit ici d'une convocation en justice sur instruction du procureur mais contenue dans le procès-verbal établi au moment de la constatation de l'infraction et signée par l'agent qui procède à la notification et par le prévenu qui en reçoit copie.²²⁰⁷ Elle est régulièrement utilisée dans le cadre du traitement en temps réel pour poursuivre, à l'issue de leur garde à vue, les auteurs de vols simples, de violences volontaires ou de délits de conduite d'un véhicule sous l'emprise de l'état d'ivresse.²²⁰⁸ Outre sa relative facilité de mise en œuvre, le grand intérêt de ce mode de saisine est de rendre le jugement contradictoire car elle « *vaut citation* » (art. 390-1 CPP²²⁰⁹).²²¹⁰ Elle présentera ainsi le même délai avant l'audience (art. 390-1 al. 1 CPP), les mêmes indications du fait poursuivi, du lieu, de la date et de l'heure de l'audience (art. 390-1 al. 2 CPP), la même information au prévenu de son droit de prendre un avocat, les mêmes droits pour l'avocat de consulter le dossier au greffe du tribunal avec droit de délivrance de copies pour lui-même et le prévenu (art. 388-4 CPP), de solliciter par conclusions écrites, un acte d'investigation nécessaire à la manifestation

²²⁰² V. p. ex. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 654, n° 695.

²²⁰³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 830, n° 1202.

²²⁰⁴ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 658, n° 699.

²²⁰⁵ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 831, n° 1206.

²²⁰⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.15.

²²⁰⁷ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 389-390, n° 614.

²²⁰⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 831, n° 1206.

²²⁰⁹ La haute juridiction réaffirme également ce principe dans sa jurisprudence, v. p. ex. Cass. crim., déc. du 06.03.1990, n° 89-86.339, publiée au *bull.* n° 107, p. 280.

²²¹⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 832, n° 1208.

de la vérité (art. 388-5 CPP) ou encore de solliciter un renvoi à au moins 2 mois à compter de la notification de la convocation si, à l'audience fixée à moins de 2 mois, la défense n'a pas pu obtenir copie du dossier (art. 390-2 CPP). Toutefois le recours à ce dispositif est à la baisse depuis le développement des procédures simplifiées de l'ordonnance pénale ou la comparution sur reconnaissance préalable de responsabilité.²²¹¹

410. La procédure de convocation par procès-verbal du procureur est prévue à l'art. 394 du Code de procédure pénale. Elle est issue de la loi du 6 août 1975 qui instaura la procédure de rendez-vous judiciaire, elle-même inspirée des techniques développées dans le cadre de la flagrance.²²¹² Ainsi une loi du 20 mai 1863 organisait-elle pour répondre aux besoins de la pratique, qui se plaignait de la lenteur et la lourdeur de la citation directe encourageant les risques de fuite, un dispositif original permettant au procureur de placer l'intéressé sous mandat de dépôt et de le présenter aussitôt après devant le tribunal correctionnel.²²¹³ Au vu de leurs résultats positifs, ces règles furent reprises par le Code de procédure pénale (ancien art. 71 et 393 à 397 CPP).²²¹⁴ La loi du 6 août 1975 vint ensuite créer une nouvelle variante permettant au ministère public de ne pas placer l'intéressé sous mandat de dépôt et de le citer à comparaître à une date fixée par lui : c'est le rendez-vous judiciaire, ancêtre de la convocation par procès-verbal du procureur.²²¹⁵ Dans un souci d'accélération de la procédure, la loi du 2 février 1981, dite Sécurité et liberté, étend la procédure rapide à des infractions non flagrantes mais déjà élucidées, retire le pouvoir de décerner le mandat de dépôt au procureur pour le confier au juge et renomme la mesure « saisine directe ».²²¹⁶ Cette loi déclencha de vives controverses, notamment en ce qu'elle étendait un dispositif accéléré à des infractions non flagrantes, alors que les atteintes aux libertés individuelles de la personne concernée étaient sérieuses.²²¹⁷ C'est alors la loi du 10 juin 1983 qui vint organiser un système à mi-chemin du flagrant délit et de la saisine directe : coexistent désormais la convocation sur

²²¹¹ Ainsi la part des saisines du tribunal correctionnel par convocations sur procès-verbal de l'officier ou l'agent de PJ est-elle passée de 50,5 % en 2004 à 33 % en 2017, v. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2005 », *rap. préc.*, p. 17 ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p. 15.

²²¹² PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 659, n° 701 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 680, n° 790.

²²¹³ V. l'ens. des réf. préc. en n. 2212.

²²¹⁴ *Ibid.*

²²¹⁵ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 659, n° 701 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 841, n° 1220.

²²¹⁶ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 659, n° 701.

²²¹⁷ *Ibid.*

procès-verbal du procureur, dérivée du « rendez-vous judiciaire » et la comparution immédiate, sorte de « saisine directe » d'un nouveau genre.²²¹⁸

411. Avant de prendre la décision de recourir à la convocation par procès-verbal selon l'art. 394 du Code de procédure pénale, le parquetier ordonne que la personne soit déférée devant lui, le plus souvent, à l'issue de sa garde à vue, et lui notifie les charges retenues contre elle, de même que son droit à l'assistance d'un avocat de son choix ou commis d'office (art. 393 al. 1 et 2 CPP). L'avocat, ou le prévenu lui-même s'il n'est pas assisté par un avocat, peut consulter le dossier immédiatement, l'avocat est également libre de communiquer avec son mandant (art. préc. al. 3). Le procureur avise ensuite la personne déférée de son droit de faire des déclarations, de répondre aux questions posées ou de se taire (art. préc. al. 4). Il peut interroger la personne et recueillir ses observations et le cas échéant celles de son avocat sur le dossier (art. préc.). Au vu de ces éléments il pourra inviter la personne mise en cause à comparaître devant le tribunal, requérir une information ou encore prendre une autre décision sur l'action publique par application de l'art. 40-1 du CPP (art. préc.). S'il ordonne la poursuite et qu'il est nécessaire d'entendre à nouveau la personne, celle-ci aura le droit de se faire assister durant l'audition par son avocat en application de l'art. 63-4-3 du CPP (art. préc.). Le procureur établit un procès-verbal mentionnant ces diverses formalités à peine de nullité (art. préc. al. 5). Dans l'hypothèse d'une convocation à l'audience, le tribunal pourra inviter la personne déférée à comparaître devant le tribunal en qualité de prévenu libre dans un délai qui ne peut être inférieur à 10 jours (sauf renonciation expresse de l'intéressé en présence de son avocat) ni supérieur à 2 mois (art. 394 al. 1 CPP). Il devra alors notifier à la personne déférée les charges retenues à son encontre, le lieu, la date et l'heure de l'audience (art. préc.). Le procureur dispose en outre de la possibilité de placer la personne sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique (mais non en détention provisoire, art. 394, al. 3 CPP). À cette fin, il traduit sans délai le prévenu devant le juge des libertés et de la détention, qui statue en chambre du conseil avec son greffier, après avoir entendu le prévenu (art. préc.). Le tribunal peut aussi ordonner un supplément d'information ou renvoyer dans une affaire complexe le dossier au procureur pour ouverture d'une

²²¹⁸ *Ibid.*

instruction (art. préc. al. 4). Cette procédure est en réalité peu utilisée²²¹⁹ puisque le défèrement de la personne mise en cause qu'elle implique la rend considérablement plus compliquée que la convocation par officier de police judiciaire.²²²⁰ Elle n'en présente pas moins l'avantage de permettre le placement du prévenu sous contrôle judiciaire avant le jugement sur décision du juge des libertés et de la détention.²²²¹ En outre son champ d'application est plus large que celui, par exemple, de la comparution immédiate puisqu'elle peut s'appliquer en principe à tous les délits quels que soient la nature et le quantum de la peine encourue, même lorsqu'elle consiste en une amende, à l'exception toutefois des infractions commises par des mineurs, des délits de presse, des délits politiques ou les infractions dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale (v. 397-6 CPP).²²²²

412. Si le procureur estime une mesure de détention provisoire nécessaire jusqu'à la comparution du prévenu devant le tribunal, il s'orientera vers la procédure de comparution immédiate instituée en 1983 et modifiée à de nombreuses reprises, prévue aux art. 395 et s. du Code de procédure pénale (v. concernant la détention provisoire ici spéc. art. 396 al. 3 CPP).²²²³ Elle consiste à faire comparaître immédiatement devant un tribunal correctionnel une personne à laquelle le ministère public vient de notifier les faits qui lui sont reprochés lors d'un défèrement.²²²⁴ Le champ d'application de la comparution immédiate est, en raison de ses lourdes conséquences pour le prévenu, plus strictement limité. En dehors du recours à ce dispositif exclu pour les infractions visées à l'art. 397-6 du Code de procédure pénale, le procureur ne peut choisir ce mode de saisine en principe que dans deux situations :

- d'une part en présence d'un délit flagrant à condition que la peine encourue soit au moins de six mois d'emprisonnement (v. art. 395 al. 2 CPP)
- ou d'autre part dans l'hypothèse d'un délit non flagrant lorsque la peine maximum encourue est au moins égale à deux ans d'emprisonnement (v. art. 395 al. 1 CPP).

²²¹⁹ Selon les derniers chiffres-clés de la Justice pour l'année 2017 seules 3,9 % des saisines du tribunal correctionnel étaient effectuées selon cette modalité, v. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.15.

²²²⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 841, n° 1220.

²²²¹ *Ibid.*

²²²² LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 389, n° 613 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 841, n° 1221.

²²²³ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 390-391, n° 615 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 662-663, n° 705.

²²²⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 832, n° 1209.

Pour établir cette dernière condition, seule devra être considérée la peine édictée par les dispositions réprimant le délit, objet de la poursuite à l'exclusion de l'éventuel état de récidive de la personne poursuivie.²²²⁵ La haute juridiction admet toutefois que même en l'absence de flagrant délit, la procédure de comparution immédiate est applicable aux infractions punies d'un emprisonnement inférieur à 2 ans si elles sont poursuivies concurremment avec des infractions punies d'un emprisonnement au moins égal à 2 ans.²²²⁶

413. La procédure de comparution débute par le défèrement devant le procureur de la personne mise en cause à l'issue de sa garde à vue (393 CPP) qui intervient selon les mêmes principes évoqués pour la convocation par procès-verbal du procureur le jour même de la notification de la fin de cette mesure (art. 803-2 CPP) et au plus tard le jour suivant dans un délai de vingt heures à compter de l'heure à laquelle la garde à vue a été levée (art. 803-3 al. 1 CPP). Lorsque la garde à vue a été prolongée mais que cette prolongation n'a pas été ordonnée par le juge des libertés et de la détention ou par un juge d'instruction, la personne retenue doit être effectivement présentée à la juridiction saisie ou, à défaut, au juge des libertés et de la détention avant expiration du délai de 20 heures (803-3 al. 3 CPP). À noter que la Cour de cassation juge que l'inobservation de cette dernière condition temporelle entraîne en cas de comparution immédiate la nullité de la saisine du tribunal correctionnel car elle a en ce sens pour support nécessaire la rétention du prévenu entachée d'illégalité.²²²⁷ En revanche elle estime que cette solution n'est pas transposable en cas d'annulation de la garde à vue, celle-ci n'étant pas le support nécessaire de la saisine du tribunal correctionnel.²²²⁸ Si le procureur choisi de poursuivre devant le tribunal en comparution immédiate, cette procédure peut prendre 2 formes :²²²⁹

- si le tribunal tient audience le jour où le prévenu est présenté au parquet, le prévenu lui est déféré sans délai sur ordre du procureur (art. 395 al. 1 CPP). Il est immédiatement jugé s'il donne son accord exprès (art. 397 CPP). Faute de consentement ou si l'affaire ne paraît pas en l'état d'être jugée, le tribunal renverra à une audience ultérieure, dans un délai compris entre 2 et 4 mois (art. 397-1 al. 1 CPP).

²²²⁵ En ce sens not. Cass. crim., déc. du 19.02.2002, n° 01-84.903, publiée au *bull.* n° 33 p. 96.

²²²⁶ En ce sens not. Cass. crim., déc. du 26.04.1994, n° 93-84.880, publiée au *bull.*, n° 149 p. 331.

²²²⁷ V. not. Cass. crim., déc. du 06.12.2005, n° 05-82.450, publiée au *bull.* n° 321, p. 1110.

²²²⁸ V. not. Cass. crim., déc. du 26.03.2008, n° 07-83.814, publiée au *bull.* n° 76.

²²²⁹ V. à ce propos not. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 390-391, n° 615 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 662-663, n° 705.

Quand il y a renvoi, le prévenu ou son avocat peut demander au tribunal tout acte d'information jugé nécessaire à la manifestation de la vérité, relatif aux faits ou à la personnalité de l'intéressé (art. préc. al. 3). En cas de refus le tribunal doit rendre un jugement motivé (art. préc.).

- si le tribunal ne peut se réunir le jour même et qu'il faut une mesure de détention provisoire, le procureur traduit le prévenu devant le juge des libertés et de la détention, qui statue en chambre du conseil, assisté d'un greffier (art. 396 al. 1 CPP). Ce magistrat procédera à une enquête rapide selon ce qui est prévu à l'art. 41 al. 7 du Code de procédure pénale. S'il considère que la détention provisoire n'est pas nécessaire, le juge peut soumettre le prévenu à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou le placer sous assignation à résidence avec surveillance électronique (art. 396 al. 4 CPP). S'il estime que la détention est justifiée, il rendra une ordonnance spécialement motivée selon les éléments d'espèce par référence aux hypothèses énumérées par l'art. 144 du Code de procédure pénale qu'il notifiera verbalement à l'intéressé auquel il remettra également une copie (art. 396 al. 3 CPP). C'est cette ordonnance, insusceptible de recours dans un souci de rapidité, qui saisit alors le tribunal et obligera le parquet à faire comparaître le prévenu devant le tribunal le 3^e jour ouvrable suivant à peine de remise en liberté.²²³⁰

414. On notera ici en matière de jugement des délits l'ajout dernièrement d'un nouveau dispositif : la comparution à délai différé par la loi de programmation 2018-2022 avec le nouvel article 397-1-1 du Code de procédure pénale.²²³¹ Celle-ci permet de poursuivre le mis en cause devant le tribunal correctionnel, le procureur présentant alors ce dernier au juge des libertés et de la détention afin de le placer sous contrôle judiciaire, en assignation à résidence sous surveillance électronique ou encore en détention provisoire (v. art. 397-1-1 CPP). Le prévenu devra alors comparaître dans un délai de deux mois, faute de quoi il sera mis un terme d'office à la mesure (art. préc.).

415. En 2017, 9,1 % des affaires audiencées devant le tribunal correctionnel l'étaient selon cette procédure et son usage est en augmentation constante (31 693 jugements en 2011

²²³⁰ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 391, n° 615 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 662, n° 705.

²²³¹ V. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet not. : FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

contre 50.938 en 2017)²²³².²²³³ Son utilisation diffère toutefois selon la taille des tribunaux et est plus fréquente dans les grandes juridictions.²²³⁴ Si l'on ajoute à ce chiffre les 3,8 %²²³⁵ concernant la part des convocations par procès-verbal du procureur, qui procède d'un même mode dérogatoire de saisine dans le sens où ils font intervenir des mesures de contrainte, ce qui interpelle ici, c'est que ces modes dérogatoires et donc par définition, en principe « exceptionnels », sont utilisés à l'initiative du procureur plus de deux fois plus que la voie traditionnelle de la citation directe.²²³⁶ De manière générale, le procureur s'orientant à une logique de politique pénale répressive, choisira ce mode de poursuite qui lui permet un placement immédiat de la personne poursuivie, lorsqu'il trouvera opportun qu'une réponse pénale ferme et immédiate soit apportée à des faits de nature délictuelle.²²³⁷ En pratique cette procédure concerne donc principalement les personnes ayant des antécédents judiciaires qui ont commis des faits facilement élucidés.²²³⁸ Dans près de 13 % des cas, le procureur au nom de sa libre appréciation découlant de l'opportunité de la réponse pénale décidera donc, tel un « *chef d'orchestre* » – à noter qu'il reste ici souvent lui-même très influencé par les services d'enquête qui n'hésitent pas à lui demander si la comparution ne serait pas une bonne chose dans le cas d'espèce – ²²³⁹ de modes de saisines fortement attentatoires aux libertés, alors même qu'il ne devrait en principe être doté de tels pouvoirs coercitifs qu'en cas exceptionnel de flagrance.²²⁴⁰ En effet, comme évoqué plus haut, il y a bien longtemps que le champ d'application des mécanismes de comparution immédiate et de convocation par procès-verbal du procureur ne se réduit plus aux seuls flagrants délits.²²⁴¹ Certes, le procureur est contrôlé par le juge des libertés et de la détention, mais

²²³² MUCCHIELLI, Julien, « Les députés invités à assister aux audiences de comparution immédiate », *Dal. act.*, 19.02.2018, *art. cit.*

²²³³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.15.

²²³⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 832, n° 1209 ; REDON, Michel, « La gestion pragmatique de la comparution immédiate », *AJP*, 1-2011, *art. cit.*, p. 17-18 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 663, n° 705.

²²³⁵ Se rapporter aux chiffres évoqués à la n. 2219.

²²³⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.15.

²²³⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 832, n° 1209 ; MUCCHIELLI, Julien, « Les députés invités à assister aux audiences de comparution immédiate », *Dal. act.*, 19.02.2018, *art. cit.*

²²³⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 832, n° 1209 ; REDON, Michel, « La gestion pragmatique de la comparution immédiate », *AJP*, 1-2011, *art. cit.*, p. 17.

²²³⁹ REDON, Michel, « La gestion pragmatique de la comparution immédiate », *AJP*, 1-2011, *art. cit.*, p. 16.

²²⁴⁰ V. not. dév. aux n° 309 et s., p. 300 et s. de cette thèse.

²²⁴¹ Se rapporter aux dév. aux n° 410, p. 374 et n° 412, p.376 de cette thèse.

indépendamment de l'effectivité de ce contrôle sur lequel il sera revenu ultérieurement,²²⁴² le procureur influence de manière déterminante la suite de la procédure grâce à son pouvoir d'initiative. À cet égard, les études de la pratique montrent notamment que l'immédiateté de la réponse pénale, que seul le procureur peut déclencher, se traduit généralement par une aggravation de la sanction, d'autant plus qu'elle vient déranger les temps d'audience correctionnelle réguliers.²²⁴³ Julien Mucchielli relevait à cet égard en février dernier que la comparution immédiate était 8 fois plus pourvoyeuse de prison que les audiences classiques !²²⁴⁴ Le procureur jouera ainsi, tel un « *premier juge* »,²²⁴⁵ un rôle décisif dans l'attribution de la sanction finale. Il est vrai, la comparution immédiate présente l'intérêt certain de la rapidité de même que de la fermeté de la réponse pénale qui peut être de nature à éviter la récidive et se révéler dissuasive dans le quartier où l'infraction a été commise.²²⁴⁶ L'inconvénient réel réside néanmoins dans la faiblesse de la défense dont bénéficient les prévenus poursuivis, qui ne voient en général leur avocat avant l'audience qu'une vingtaine de minutes.²²⁴⁷ Les conditions qui s'appliquent aux personnes mises en cause faisant l'objet d'une comparution immédiate sont particulièrement difficiles : ils arrivent menottés après 48h de garde à vue sans douche, sans rasage avec des vêtements sales de trois jours.²²⁴⁸ On comprend que dans ces circonstances, lorsque le tribunal conformément à l'art. 397 du Code de procédure pénale pose la question au prévenu quant à son accord pour être jugé, très peu demandent un renvoi pour préparer leur défense, afin d'éviter tout risque d'attendre en détention provisoire la date de renvoi.²²⁴⁹ Ainsi quelle que soit la conscience professionnelle des magistrats et avocats, la procédure de comparution immédiate présente-t-elle des

²²⁴² Se rapporter aux dév. n° 469 et s., p. 433 et s. de cette thèse.

²²⁴³ REDON, Michel, « La gestion pragmatique de la comparution immédiate », *AJP*, 1-2011, *art. cit.*, p. 18

²²⁴⁴ MUCCHIELLI, Julien, « Les députés invités à assister aux audiences de comparution immédiate », *Dal. act.*, 19.02.2018, *art. cit.*

²²⁴⁵ Formule empruntée à SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, qui l'utilise néanmoins non concernant le choix du mode de déclenchement des poursuites mais s'agissant des alternatives aux poursuites. Il nous semble toutefois que le problème se présente dans ces deux hypothèses sous la même forme.

²²⁴⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 833, n° 1209 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 663, n° 705, qui y voit même - contrairement à l'auteur de cette thèse - un avantage dépassant les réserves que ce mode de poursuite pourrait susciter.

²²⁴⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 833, n° 1209.

²²⁴⁸ REDON, Michel, « La gestion pragmatique de la comparution immédiate », *AJP*, 1-2011, *art. cit.*, p. 17.

²²⁴⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 833, n° 1209 ; REDON, Michel, « La gestion pragmatique de la comparution immédiate », *AJP*, 1-2011, *art. cit.*, p. 17.

inconvenients sérieux.²²⁵⁰ Des recherches universitaires et des observations citoyennes menées notamment dans les tribunaux de Marseille et de Nice viennent confirmer ces tendances préoccupantes : chaque procès dure en moyenne 29 minutes et 70 % des peines prononcées dans le cadre de ce dispositif sont des peines de prison ferme.²²⁵¹ Prise sous cet angle, elle donne plutôt le sentiment d'une « justice d'abattage » destinée à sanctionner rapidement les personnes déjà connues des services de police par des peines de prison ferme.²²⁵² C'est aussi ce que laissait dernièrement entendre les remarques de Laurence Blisson, membre du syndicat de la magistrature, alors qu'elle indiquait « *Personne dans l'institution ne va dire que la justice en comparution immédiate est une bonne justice* » après avoir déploré que ce dispositif « *complètement dérogatoire sert aussi comme un mode de gestion de flux* ». ²²⁵³

416. On le voit, les seuls modes de « saisine rapide » laissés à la libre appréciation du procureur ont élargi considérablement et de manière préoccupante pour les libertés individuelles la sphère d'influence du procureur sur la suite de la procédure, alors même que les caractéristiques du procès qui s'ensuivent restent en principe traditionnelles, c'est-à-dire contradictoires et publiques. Ce constat aurait dû amener le législateur à une certaine retenue. Mais point ne fut, ce dernier décidant même d'aller plus loin en développant ainsi qu'en créant de (nouvelles) formes de saisine tels l'ordonnance pénale et le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité, ne facilitant plus seulement l'accès au tribunal mais venant dangereusement simplifier les caractères classiques de l'audience en résultant, brouillant un peu plus les rôles respectifs des acteurs intervenants.

(3) Les pouvoirs quasi-juridictionnels du procureur dans le cadre des saisines aux fins d'une procédure de jugement simplifiée

417. Si les modes de déclenchement des poursuites présentés jusque-là ont accentué l'influence du parquet auquel en est réservé l'initiative sur la suite de la procédure, ils n'en privent pas pour autant la juridiction de jugement de ses compétences originelles, puisqu'elle

²²⁵⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 833, n° 1209.

²²⁵¹ MUCCHIELLI, Julien, « Les députés invités à assister aux audiences de comparution immédiate », *Dal. act.*, 19.02.2018, *art. cit.*

²²⁵² DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 833, n° 1209.

²²⁵³ Propos recueillis par MUCCHIELLI, Julien, « Les députés invités à assister aux audiences de comparution immédiate », *Dal. act.*, 19.02.2018, *art. cit.*

statue dans ces hypothèses, encore seule et pleinement, à l'issue du procès sur la culpabilité et sur la peine.²²⁵⁴ En ce sens, dans ces hypothèses, c'est bien conformément aux rôles traditionnels, toujours « *le parquet qui propose et le juge qui dispose* ». ²²⁵⁵ Les deux dispositifs que sont la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et l'ordonnance pénale vont en revanche bien plus loin en ce qu'ils modifient, sous prétexte de simplification, la répartition classique des fonctions au net avantage du procureur.²²⁵⁶

418. Concernant l'ordonnance pénale, il s'agit d'une procédure d'origine germanique²²⁵⁷ consacrée en France par la loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 pour désengorger les tribunaux de police d'abord dans le seul domaine contraventionnel, avant d'être étendue par la loi du 9 septembre 2002 en matière correctionnelle.²²⁵⁸ Ancrée aux art. 495 à 495-6 du Code de procédure pénale, elle permet au président du tribunal correctionnel de juger des délits et de prononcer des peines autres que l'emprisonnement ou peine d'amende supérieure à la moitié de l'amende encourue sans pouvoir excéder 5000 €, sans débat contradictoire et public préalable (v. art. 495-1, al. 2 CPP), sur réquisitions écrites du procureur, lorsqu'il résulte de l'enquête de police que les faits reprochés au prévenu sont simples et établis, que les renseignements concernant sa personnalité et notamment ses charges et ses ressources sont suffisants pour permettre la détermination d'une peine mineure compte tenu de la faible gravité des faits et que le recours à cette procédure ne porte pas atteinte aux droits de la victime (art. 495 I CPP). Depuis la loi du 13 décembre 2011, le juge pourra statuer, dans les mêmes conditions, sur les demandes de dommages et intérêts formés par les victimes au cours de l'enquête (art. 495-2-1 CPP). Face au vif succès rencontré par cette procédure qui, en 2017 représentait pas moins de 28 % des saisines du tribunal correctionnel,²²⁵⁹ le législateur en a considérablement étendu le champ d'application qui reste néanmoins pour l'heure,²²⁶⁰ malgré la préconisation de la commission Guinchard pour sa généralisation à tous

²²⁵⁴ VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, n° 7.

²²⁵⁵ Formule empruntée hors de son contexte d'origine à *ibid.*, n° 6.

²²⁵⁶ En ce sens *ibid.*, n° 8.

²²⁵⁷ V. not. VOLFF, Jean, « Évolutions de la procédure pénale en Europe après 1945 - ét. 19 », *Dr. pén.*, 9-2007, *art. cit.*, n° 21 ; DELMAS-MARTY, Mireille, *Procédures pénales d'Europe*, *op. cit.*, p. 92 et 93.

²²⁵⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 842, n° 1224 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 669, n° 710.

²²⁵⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.15.

²²⁶⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 843, n° 1224 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 669, n° 710.

les délits,²²⁶¹ encore limitée par l'art. 495, II et III du CPP. Il convient toutefois dorénavant et déjà d'indiquer que la loi de programmation 2018-2022 prévoit ici d'étendre encore son domaine à compter du 1^{er} septembre 2019 (v. art. 495 CPP à venir).²²⁶² Si le Conseil constitutionnel a jugé que la procédure d'ordonnance pénale était conforme à la Constitution,²²⁶³ cette modalité de poursuite ne manque pas de faire naître de sérieuses interrogations quant aux rôles respectifs qu'elle attribue au juge et au procureur. En effet, il revient ici des pouvoirs nouveaux au procureur qu'il ne saurait en principe avoir dans le cadre d'une audience orale et contradictoire.²²⁶⁴ En ce sens, le président du tribunal statuera sans débat contradictoire, à partir des seuls éléments du dossier que lui communique le ministère public (art. 495-1 CPP). Ensuite et surtout, le choix initial du parquetier oriente le choix de la peine : la peine que le juge pourra prononcer en matière délictuelle est strictement limitée par l'art. 495-1 al. 2 et 3 du Code de procédure pénale et exclut une peine de prison qui aurait pu être en principe prononcée dans le cadre d'une audience contradictoire.²²⁶⁵ La liberté de choix du magistrat du siège se trouve donc en partie amputée et directement reportée sur le procureur qui dispose de fait d'un certain pouvoir de renoncement à la sanction relevant normalement du juge.²²⁶⁶

419. Mais ce phénomène est encore plus accentué dans la nouvelle procédure de jugement sur reconnaissance préalable de responsabilité largement inspirée d'expériences étrangères du plaider-coupable – notamment anglo-saxonne et italienne – que la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a institué aux art. 495-7 à 495-16 du CPP,²²⁶⁷ dernièrement modifiés par la loi de programmation 2018-2022²²⁶⁸. Le procureur est ici véritablement placé au cœur du jugement

²²⁶¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », Paris, juillet 2008, p. 26, ici spéc. n° 61, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392.pdf>>, consulté dernièrement le 29.08.18.

²²⁶² V. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet not. : FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

²²⁶³ V. not. CC, déc. du 29.08.2002, n° 2002-461 DC - Loi d'orientation et de programmation pour la justice, *JO* du 10.09.2002, p. 14953, ici spéc. considérant n° 81 ; CC, déc. n° 2009-590 DC du 22.10.2009 - Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, *JO* du 29.10.2009, p. 18292, texte n° 3.

²²⁶⁴ En ce sens not. VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, n° 7 et 8.

²²⁶⁵ *Ibid.*, n° 8

²²⁶⁶ *Ibid.*, n° 8.

²²⁶⁷ V. e. a. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 664-665, n° 706 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 392, n° 616.

²²⁶⁸ V. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet not. : FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

s'accaparant à ce titre d'importants pouvoirs quasi-juridictionnels dévolus en principe exclusivement au juge.²²⁶⁹ Dès lors qu'une personne majeure reconnaît sa culpabilité dans les affaires n'excédant pas une certaine gravité et qu'il n'y a donc pas lieu sur ce point à discussion, ce procédé permet de faire l'économie de débats devant le tribunal correctionnel (art. 495-7, 495-9 et 495-16 CPP). Le procureur peut alors proposer à la personne une ou plusieurs des peines principales ou complémentaires encourues pour le délit considéré dont le seuil a été relevé par la dernière loi de programmation 2018-2022 à 3 ans²²⁷⁰ (art. 495-8 CPP). Si la personne manifeste son consentement aux peines proposées, le procureur saisit le président du tribunal d'une requête en homologation (art. 495-9 al. 1 CPP). Ce dernier peut soit homologuer l'accord qui lui est soumis (art. 495-9 al. 2 CPP), soit refuser de le faire (art. 495-12 al. 1 CPP). En revanche, il ne lui sera pas possible de modifier les termes de l'accord (argument *a contrario* de l'art. 495-9 al. 2 CPP). En cas d'homologation, le juge peut, par la même décision, statuer sur la demande de dommages et intérêts formée par la victime (art. 495-13 al. 1 CPP). Une fois l'homologation prononcée, la peine est exécutoire comme en cas de jugement (art. 495-11 al. 2 CPP). À sa création, cette procédure concernait uniquement les délits punis d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à 5 ans (v. ancien art. 495-7 CPP dans sa version tirée de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004).²²⁷¹ Mais face au succès que connut ce mécanisme (18,5 % des saisines du tribunal correctionnel l'étaient par ce mécanisme en 2017),²²⁷² le législateur en a étendu considérablement le champ d'application. Ainsi depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité peut-elle être mise en œuvre, non seulement à l'issue d'une enquête préliminaire ou de flagrance, mais aussi après une information judiciaire (art. 180-1 CPP). Tous les délits peuvent faire l'objet de cette procédure, à l'exception de ceux mentionnés à l'art. 495-16 du Code de procédure pénale et des délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles prévus aux articles 222-9 à 222-31 du Code pénal,

²²⁶⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 850, n° 1236 ; VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, spéc. n° 8, 10, et 13-15 ; CHARVET, Dominique, « Réflexions autour du plaider-coupable », *Rec. Dal.*, n° 35, octobre 2004, p. 2517.

²²⁷⁰ V. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet not. : FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

²²⁷¹ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 392, n° 617.

²²⁷² MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.14.

lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à 5 ans (art. 495-7 CPP). Le Conseil des sages a validé tant la procédure dans sa forme originelle issue de la loi du 9 mars 2004²²⁷³ que ses extensions par les lois du 13 décembre 2011²²⁷⁴ et du du 23 mars 2019²²⁷⁵. La CEDH précisait quant à elle que l'art. 6 CESDH n'empêchait en rien un tel mécanisme où les accusés renoncent à certains droits procéduraux dès lors que la renonciation est non équivoque, assortie de garanties minimales et ne méconnaît aucun intérêt public important,²²⁷⁶ ce qui est le cas quand un contrôle juridictionnel comme en France est prévu²²⁷⁷. Pourtant, il va sans dire que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est sans commune mesure avec une audience orale et contradictoire, alors que le juge se borne ici à homologuer une sanction qui résulte d'un accord de la personne poursuivie à la proposition que lui a fait le ministère public après un aveu de culpabilité.²²⁷⁸ De fait, à l'instar de l'ordonnance pénale, le président du tribunal statue sans débat contradictoire sur le seul fondement des éléments fournis par le procureur (art. 525 CPP). La contradiction est pareillement absente de l'audience d'homologation puisque le ministère public, n'y est en principe pas représenté (art. 495-9, al. 9 in fine CPP). De même, tout comme l'ordonnance pénale, le juge ne dispose pas de ses compétences habituelles pour décider de la peine (art. 498-8, 495-9 et 495-11 CPP). Néanmoins, la liberté décisionnelle du juge est encore plus restreinte dans le cas de la comparution sur reconnaissance préalable de responsabilité.²²⁷⁹ En effet, alors qu'il garde son pouvoir décisionnel originaire quant à la détermination de la culpabilité et de la peine (sous la seule réserve de l'exclusion d'un emprisonnement en matière délictuelle) dans le cadre de l'ordonnance pénale, il perd la plénitude de ses prérogatives lors d'une comparution sur reconnaissance préalable de

²²⁷³ CC, déc. n° 2005-520 DC du 22.07.2005 - Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, *JO* du 27.07.2005, p. 12241, texte n° 16.

²²⁷⁴ CC, déc. n° 2011-641 DC – 08.12.2011 - Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JO* du 14.12.2011, p. 21121, texte n° 2.

²²⁷⁵ CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice.

²²⁷⁶ CEDH, déc. du 29.04.2014, n° 9043/05, Natsvlshvili et Togonidze c. Georgie, spéc. n° 90 et 91.

²²⁷⁷ V. pour un comm. de la déc. de la CEDH préc. en n. 2276 et la situation particulière du droit français au vu de cette jurispr. not. MILANO, Laure, « Droit à un procès équitable - La conventionnalité de principe de la procédure de « plaider coupable » - Zoom, act. 627 », *JCP G*, n° 21-22, mai 2014, p. 1067.

²²⁷⁸ V. not. en ce sens VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, art. cit., not. n° 6 ; CHARVET, Dominique, « Réflexions autour du plaider-coupable », *Rec. Dal.*, 35-2004, art. cit., p. 2517.

²²⁷⁹ VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, art. cit., not. n° 8 et 13.

responsabilité en faveur du ministère public qui agit comme un « *premier juge* »²²⁸⁰ ou « *quasi-juge* »²²⁸¹.²²⁸² En effet, s'agissant dans un premier temps de la culpabilité, il revient au procureur de la recueillir et donc de l'établir (art. 495-8 al. 4 CPP). Elle ne fait par la suite l'objet d'aucun débat et le président du tribunal ou son délégué se borne à la constater (art. 495-11, al. 1 CPP), après s'être assuré de la réalité du consentement et de sa sincérité. Le procureur ne se contente donc plus, comme il le ferait lors d'une audience contradictoire, de présenter un aveu en tant que preuve dont le juge aura à apprécier la crédibilité pour décider de la culpabilité, il décidera bien plus sur le fondement de cet aveu qu'il a lui-même recueilli de l'imputation de l'infraction à la personne concernée devenant en ce sens le premier juge de la culpabilité.²²⁸³ À cela s'ajoute que le magistrat du siège n'est plus libre de fixer la peine dans une fourchette donnée, comme cela était le cas dans le cadre de l'ordonnance pénale, mais la peine est bien plus prédéterminée par un accord préalable entre les parties à l'initiative du procureur avant d'être simplement homologuée par le juge du siège.²²⁸⁴ On aurait pu penser que, la culpabilité étant acquise, le centre de gravité devenant la sanction,²²⁸⁵ il reviendrait au juge du siège de déterminer cette dernière.²²⁸⁶ Mais le processus d'homologation, tel que prévu par l'art. 495-11 du CPP, s'oppose à une telle interprétation, le juge ne « *prononce* » plus la peine, il est bien plus cantonné à s'interroger sur « *la justification* » de celle-ci, prédéterminée par le ministère public ; en l'absence de débat contradictoire et généralement du procureur, toute discussion sur la peine est *de facto* exclue.²²⁸⁷ L'homologation se réduit en ce sens à conférer force exécutoire (art. 495-11 al. 2 CPP) à l'accord intervenu entre le

²²⁸⁰ CHARVET, Dominique, « Réflexions autour du plaider-coupable », *Rec. Dal.*, 35-2004, *art. cit.*, p. 2517.

²²⁸¹ *Ibid.*, p. 2519.

²²⁸² VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, not. n° 8 et 13.

²²⁸³ SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 15, n° 5 ; VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, not. n° 8 et 13.

²²⁸⁴ DELAGE, Pierre-Jérôme, « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : quand la pratique ramène à la théorie », *Rec. Dal.*, n° 29, 2005, p. 1970 et s. ; VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, n° 13.

²²⁸⁵ DELAGE, Pierre-Jérôme, « CRPC : quand la pratique ramène à la théorie », *Rec. Dal.*, 29-2005, *art. cit.*, p. 1970 et s. ; VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, n° 13 ; CHARVET, Dominique, « Réflexions autour du plaider-coupable », *Rec. Dal.*, 35-2004, *art. cit.*, p. 2519.

²²⁸⁶ V. en ce sens not. DELAGE, Pierre-Jérôme, « CRPC : quand la pratique ramène à la théorie », *Rec. Dal.*, 29-2005, *art. cit.*, p. 1970 et s. ; VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, n° 13.

²²⁸⁷ V. ens. des réf. préc. en n. 2286.

parquet et le prévenu. Le procureur devient donc en quelque sorte un « *quasi-juge* »²²⁸⁸ de la culpabilité et acquiert de droit des pouvoirs spectaculaires de sanction tandis que le magistrat du siège est corrélativement dépossédé de l'essentiel de ses compétences traditionnelles et dégradé au rôle de simple organe de contrôle, prisonnier d'une alternative : accepter le choix du procureur ou le refuser.²²⁸⁹ Il ne pourra ni substituer d'autres peines à celles proposées par le procureur, ni prononcer de relaxe.²²⁹⁰ C'est bien plus au ministère public qu'il reviendra, en cas de refus, de recourir à une autre procédure ou de saisir un juge d'instruction (495-12 CPP). En définitive, « *l'audience se vide du débat sur la culpabilité et sur la peine, l'une et l'autre se déterminant en amont devant le procureur : l'office du juge en sort transformé, cantonné à la vérification de l'existence d'une qualification, au constat d'un accord et d'un rapport de proportionnalité entre le comportement et la peine acceptée* ». ²²⁹¹

420. En résumé, le développement de ces très nombreuses modalités de poursuites a étendu de manière considérable le champ d'application du principe d'opportunité, ce qui a profité directement au procureur, seul à décider de l'opportunité d'un mode de saisine dans le cas d'espèce. Il en est ressorti un accroissement corrélatif spectaculaire de ses pouvoirs allant jusque ceux typiquement juridictionnels de décision sur la culpabilité d'une personne et de sanction.

b. Le choix binaire du procureur allemand quant à la forme de la procédure : procès principal ou règlement par voie d'ordonnance ?

421. Du côté allemand, le choix quant aux modalités des poursuites s'offrant au procureur en l'espèce est clairement plus limité sans en être inexistant pour autant.

422. En effet, à la différence du système français, à la fin de l'enquête, s'il estime qu'il existe un soupçon suffisant quant à la commission d'une infraction, le procureur n'aura que deux possibilités : demander l'ouverture d'une audience principale dans le cadre d'une procédure

²²⁸⁸ CHARVET, Dominique, « Réflexions autour du plaider-coupable », *Rec. Dal.*, 35-2004, *art. cit.*, p. 2519.

²²⁸⁹ DELAGE, Pierre-Jérôme, « CRPC : quand la pratique ramène à la théorie », *Rec. Dal.*, 29-2005, *art. cit.*, p. 1970 et s. ; VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, n° 13 et 14 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 850, n° 1236 ; GIUDICELLI, André, « Repenser le plaider coupable », *Rev. sc. crim.*, n° 3, septembre 2005, p. 592 et s.

²²⁹⁰ VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, n° 14.

²²⁹¹ GIUDICELLI, André, « Repenser le plaider coupable », *Rev. sc. crim.*, 3-2005, *art. cit.*, p. 592 et s.

intermédiaire (§ 170 al. 1 en combinaison avec les §§ 199 et s. StPO)²²⁹² ou requérir un règlement simplifié par voie d'ordonnance pénale (§§ 407 et s. StPO).

423. Il existe certes une procédure de plaider coupable prévue par le § 257c StPO (« *Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten* » que l'on pourrait traduire en les termes d' « entente judiciaire » sur proposition unilatérale du tribunal) que l'on pourrait rapprocher de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité française. Elle n'est cependant pas réellement comparable en ce que le juge, et non le parquetier, est ici l'acteur « clef » dans les négociations, après que le procureur ait demandé l'ouverture d'un procès contradictoire.²²⁹³ Il revient certes au ministère public un rôle important en ce qu'il devra donner son accord au compromis et qu'il pourra, tout comme le prévenu, proposer lors de l'audience de s'entendre (v. § 257 c al. 3, 4^e phrase StPO).²²⁹⁴ Mais il ne peut, dès le départ à l'image de son collègue français, changer les caractéristiques même du procès qui s'appliqueront par sa saisine de la juridiction intermédiaire. C'est ici bien plus au juge que revient l'initiative de principe et la pleine responsabilité décisionnelle quant aux termes exacts du compromis (v. § 257c al. 1 et 3 StPO). Si ce rôle du magistrat du siège peut soulever également de nombreuses questions,²²⁹⁵ notamment quant à son impartialité,²²⁹⁶ ce procédé ne transmet pas comme en France de nouveaux pouvoirs décisionnels quant à la culpabilité et la sanction au procureur,²²⁹⁷ raison pour laquelle on ne s'étendra pas plus amplement sur ce mécanisme.

424. Quant aux modes « *de saisine rapide* », il n'existe pas dans les mêmes termes du côté germanique puisque le procureur ne saisit pas directement la juridiction de jugement. L'acte d'accusation du ministère public est bien plus transmis au tribunal pour la procédure intermédiaire dans le cadre de laquelle il sera décidé de l'ouverture d'un procès.²²⁹⁸ La souveraineté sur la procédure passe donc dans les mains du juge auquel il reviendra la

²²⁹² Se rapporter pour plus de détails à ce sujet aux n° 678 et s., p. 607 et s. de cette thèse.

²²⁹³ V. sur ce sujet not. ARBEITSKREIS DEUTSCHER, ÖSTERREICHISCHER UND SCHWEIZERISCHER STRAFRECHTSLEHRER (AE), « Alternativentwurf, Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat », GA, n° 1, 2019, p. 6, 11 et 49 et s. ; CARDUCK, Vanessa, « Quo Vadis, German Criminal Justice System? The Future of Plea Bargaining in Germany », ID 2316828, Rochester, NY, Social Science Research Network, 27 août 2013, p. 19.

²²⁹⁴ V. en ce sens not. MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 257c StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 5.

²²⁹⁵ V. p. ex. ARBEITSKREIS AE, « AE-AstR », GA, art. cit., 1-2019, spéc. p. 6 et p. 49 et s.

²²⁹⁶ Dans ce sens également mais partant pour sa comparaison du système allemand TAUBALD, Claudia, *Konsensuale Erledigung von Strafverfahren in Deutschland und Frankreich*, Tübingen, Eberhard-Karls-Universität Tübingen, 2009, p. 157.

²²⁹⁷ V. sur cette question CARDUCK, Vanessa, « Quo Vadis, German Criminal Justice System? », *op. cit.*, p. 19 et s.

²²⁹⁸ Se rapporter pour plus de détails à ce sujet aux n° 678 et s., p. 607 et s. de cette thèse.

responsabilité de convoquer le prévenu conformément aux §§ 214 et s. du StPO. Certes, le législateur a prévu une procédure accélérée (« Beschleunigtes Verfahren ») dans laquelle le procureur peut demander directement au tribunal oralement ou par écrit d'organiser une audience immédiatement ou du moins dans un court laps de temps, dès lors que l'affaire ne présente pas de difficultés de droit ou de preuves particulières et que la peine envisagée ne prévoit ni de mesure de sûreté, ni de peine d'emprisonnement supérieure à un an (§§ 417, 418 al. 1, 419 StPO). Dans cette hypothèse, il sera alors passé outre la procédure intermédiaire et le tribunal décidera dans un avenir proche d'une date pour l'audience (§ 418 al. 1 StPO). À la différence du système français, le juge garde néanmoins ici la possibilité de fixer lui-même la date des débats dans un délai qu'il estime bref selon les contraintes d'organisation de son tribunal²²⁹⁹ et cette procédure n'implique pas de détention provisoire de la personne mise en cause ou de contrôle judiciaire comme c'est le cas en France. À noter cependant que le ministère public et les agents de police judiciaires sont autorisés à procéder à l'arrestation provisoire d'une personne prise en flagrant délit ou poursuivie dès lors qu'un jugement selon une procédure accélérée est probable, § 127b al. 1, n° 1, StPO. Ce mécanisme n'est donc pas véritablement comparable aux modes simplifiés de saisine français où le procureur a une place beaucoup plus importante. Par ailleurs, elle est très peu utilisée en pratique²³⁰⁰ et ne joue qu'un rôle résiduel.²³⁰¹

425. Outre la possibilité d'ouverture de la procédure intermédiaire pour renvoyer en jugement, le procureur allemand n'aura donc que la possibilité supplémentaire de recourir à un règlement simplifié de l'affaire par voie d'ordonnance pénale et de faire une demande en

²²⁹⁹ Certes, le juge prendra au sérieux la nécessité de fixer une audience rapidement. Mais il ne s'agit pas ici d'une comparution immédiate dont le moment opportun est décidé par le procureur et s'impose aux juges comme cela est le cas en France. V. concernant les exigences de rapidité pour l'attribution de la date de l'audience not. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 407, n° 624.

²³⁰⁰ En 2017, sur 654.537 procédures traitées par les tribunaux pénaux allemands, seules 14.362 avaient ainsi fait l'objet d'une demande de traitement en tant que procédure accélérée selon les §§ 417 et s. du StPO, soit 2, 2%, sachant que le tribunal a refusé d'accorder cette requête dans 643 cas v. STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafgerichte, Fachserie 10 Reihe 2.3 - 2017*, Destatis, Wiesbaden, 2018, p. 24, tableau 2.1, sous n° 9 et tableau 2.2, sous n° 23 p. 28, en ligne :

<https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00039699/21002301770_04_korr14112018.pdf>, consulté dernièrement le 16.12.2018.

²³⁰¹ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 409, n° 630. V. pour une étude récente sur le sujet de la procédure accélérée allemande not. ARBEITSKREIS AE, « AE-AstR », *GA, art. cit.*, 1-2019, spéc. p. 12-13 et p. 106-108. Pour une étude comparée de la procédure pénale accélérée allemande avec les mécanismes français de la comparution immédiate et de la convocation par procès verbal, v. not. l'ouvrage KOHLER, Eva, *Beschleunigte Strafverfahren im deutschen und französischen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.

ce sens au juge si l'infraction concernée n'est qu'un délit et donc, selon la définition légale du § 12 al. 2 StGB, n'encourt qu'une peine d'amende ou de prison strictement inférieure à un an d'emprisonnement (§ 407 al. 1, 1^e phrase StPO). Comme son équivalent français, qu'elle a d'ailleurs inspiré, il s'agit ici d'une procédure sommaire qui se déroule en principe purement par écrit et se substitue à l'audience contradictoire et orale.²³⁰² le ministère public demande ici une peine précise selon le § 407 StPO, en principe, le juge l'entérine s'il n'émet pas de réserves (§ 408 al. 3, 1^e phrase StPO) et si l'auteur ne fait pas opposition dans le délai prévu, l'ordonnance acquiert l'autorité de la chose jugée (§ 410 al. 3 StPO). À noter ici que le pouvoir du juge allemand est plus restreint que son homologue français et s'apparente ici plus à celui qui reviendrait au magistrat du siège français dans le cadre de l'homologation de la peine requise par le procureur lors d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, dans le sens où, s'il n'a pas de réserve de fond, il est lié à la sanction décidée par le procureur (v. § 407 al. 3, 2^e phrase StPO). S'il souhaite s'éloigner de la requête du procureur, il devra refuser de rendre l'ordonnance pénale et ouvrir un procès (v. § préc.). Les conséquences juridiques qui menacent le prévenu concerné par cette procédure simplifiée sont ici également clairement limitées en vertu du § 407 al. 2 StPO, ce qui ne serait pas possible en cas d'ouverture d'un procès.²³⁰³ Si le procureur décide de recourir à ce mécanisme, il décide donc dans une certaine mesure de la sanction en raison d'une procédure sommaire.²³⁰⁴ Certes, selon les textes le juge sur requête du procureur ne rend l'ordonnance pénale que s'il estime que l'affaire ne nécessite pas l'ouverture d'un procès (§§ 408 al. 3, 410, 411 al. 1 StPO). Néanmoins, la pratique montre que presque toutes les demandes concernant le règlement d'une affaire par voie d'ordonnance pénale du ministère public sont signées par le juge.²³⁰⁵ Le

²³⁰² V. not. VOLFF, Jean, « Évolutions de la procédure pénale en Europe après 1945 - ét. 19 », *Dr. pén.*, 9-2007, *art. cit.*, n° 21. À noter qu'à la différence du modèle française, il est aussi possible au procureur selon le § 408a al. 1 StPO de recourir à cette procédure après ouverture du procès et lors de l'audience en raison par exemple de l'absence du prévenu. Dans ce cas, le procureur pourra alors transmettre sa requête en ce sens directement et oralement au juge lors de l'audience (v. § 408a al. 1, 2^e phrase StPO).

²³⁰³ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 22.

²³⁰⁴ *Ibid.*

²³⁰⁵ BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, *op. cit.*, p. 316 ; KUNZ, Karl-Ludwig, « Die Verdrängung des Richters durch den StA », *KJ*, 1-1984, *art. cit.*, p. 40 qui parle ici d'une avalisation par le juge presque sans exception des demandes du procureur en ce sens et se réfère lui-même à : SESSAR, Klaus, « Ein bürokratischer Faktor im Prozeß der Verbrechenskotrolle: der Staatsanwalt », *MschKrim*, vol. 62, n° 3, 1979, p. 131 ; Dans ce sens, v. aussi du même auteur, « Die Staatsanwaltschaft im Prozeß sozialer Kontrolle », *Mitteilungen aus der Marx-Planck-Gesellschaft*, n° 2, 1974, p. 94-95. Dernièrement faisant le même constat not. ARBEITSKREIS AE, « AE-AstR », *GA*, *art. cit.*, 1-2019, spéc. 4-6 et 84 et s.

RStPO lui-même partait de ce principe.²³⁰⁶ En pratique, le magistrat du siège ouvrait certes au cours de l'année 2017 une audience contradictoire malgré l'avis contraire du parquet dans 26,1 % des cas mais l'initiative en revient ici moins au juge, qui ne recourut à la possibilité d'ouvrir une audience contradictoire selon le § 408 al. 3 StPO que dans 1,1 % des cas, qu'au prévenu qui a formé un recours contre la requête de règlement par voie d'ordonnance pénale du procureur ou de l'autorité financière compétente dans 25 % des cas.²³⁰⁷ Le mécanisme de contrôle du juge prévu en l'espèce se voit de la sorte dégradé à une simple « *procédure de contreseing* » (« *Gegenzeichnungsprozedur* »), c'est-à-dire à l'instar du juge français dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, d'avalisation de la décision prise dans les faits par le procureur.²³⁰⁸ À ce sujet, certains juges rapportent même qu'il est courant (selon Hausel dans 80 % des cas) que le juge signe l'ordonnance pénale « *plus ou moins sans contrôle* », allant jusqu'à adresser celle-ci au destinataire comme une « *proposition du procureur* ». ²³⁰⁹ Au final, malgré la participation du juge prévu par la loi, c'est ici bien au procureur qu'il revient de décider en pratique de l'ordre de grandeur de la peine encourue.²³¹⁰ Ce dernier dispose donc d'un pouvoir très important allant dans le sens d'une « *compétence de sanction positive* »²³¹¹ assimilable dans les faits à une « *fonction quasi-juridictionnelle* »^{2312, 2313}

²³⁰⁶ V. à ce propos le commentaire d'un membre de la commission consultative d'Amsberg qui indiquait qu'en règle générale le procureur poserait en parallèle un grand nombre de requêtes concernant un règlement d'une affaire par voie d'ordonnance pénale. Dans la plupart des cas, celles-ci seront acceptées par le juge d'instance, C. HAHN (éd.), *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, op. cit., p. 1119.

²³⁰⁷ V. not. STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafgerichte, Fachserie 10 Reihe 2.3 - 2017*, Destatis, 2018, rap. préc., p. 14-15, tableau 1.1. sous le chiffre 13 et p. 24, tableau 2.1. sous les chiffres 11-13. KIRCH, Hermann Josef, *Das Strafbefehlsverfahren nach dem Strafverfahrensänderungsgesetz 1987*, 1987, p. 90, faisait déjà en 1987 un constat similaire en s'appuyant sur les données statistiques du document parlementaire BT Drs. 10/1313, p. 14, en ligne : <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/10/013/1001313.pdf>, consulté dernièrement le 04.04.2017.

²³⁰⁸ HEINZ, Wolfgang, « Abschlußentscheidung des StA aus rechtstats. Sicht », dans C. GEISLER (éd.), *Ermittlungsverhalten der Polizei u. Einstellungspraxis der StAen*, 1999, art. cit., p. 154, qui reprend ici les constatations de SESSAR, Klaus dans « StA im Prozeß sozialer Kontrolle », *Mit. MPG*, 2-1974, art. cit., p. 94-95.

²³⁰⁹ HAUSEL, Uwe, « Ungenutztes Beschleunigungspotential des Straf(-befehls-)verfahrens? », *ZRP*, vol. 27, n° 3, 1994, p. 96, à noter que l'auteur était alors lui-même juge dans un tribunal d'instance.

²³¹⁰ KUNZ, Karl-Ludwig, « Die Verdrängung des Richters durch den StA », *KJ*, 1-1984, art. cit., p. 40 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 23 ; SESSAR, Klaus, « Empirische Untersuchungen zu Funktion u. Tätigkeit der StA », *ZStW*, 4-1975, art. cit., p. 1035 ; KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?*, op. cit., p. 235.

²³¹¹ Termes traduits librement de la formule allemande « *positive Sanktionskompetenz* », v. HEINZ, Wolfgang, « Abschlußentscheidung des StA aus rechtstats. Sicht », dans C. GEISLER (éd.), *Ermittlungsverhalten der Polizei u. Einstellungspraxis der StAen*, 1999, art. cit., p. 154.

²³¹² Dans ce sens e. a. également : KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?*, op. cit., p. 235 ; BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, op. cit., p. 7.

²³¹³ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 25.

426. Les choix du procureur allemand, quant aux modalités des poursuites, sont donc assurément plus limités que ceux s’offrant à son homologue français. Il n’en retire pas moins des compétences quasi-juridictionnelles importantes, notamment celles de sanction, qui sont en outre plus étendues que celles de son collègue français dans le cadre comparable de la procédure simplifiée qu’est l’ordonnance pénale, puisque c’est lui qui déterminera l’ampleur de la sanction à laquelle le juge sera lié en cas d’acceptation de la requête correspondante.

2) Les pouvoirs quasi-juridictionnels du procureur résultant du développement des alternatives aux poursuites

427. Ces prérogatives sont encore clairement renforcées par les pouvoirs quasi-juridictionnels qu’acquiert le procureur en décidant des classements en opportunité ou des alternatives aux poursuites. Les divers mécanismes développés dans le cadre du principe d’opportunité peuvent être divisés en Allemagne comme en France en deux catégories : les classements sans suite dits « secs » en opportunité (a) et les classements sous conditions en droit allemand auxquels correspondent dans une certaine mesure ce que les Français appellent alternatives aux poursuites (b).²³¹⁴

a. Le pouvoir de renoncement à la sanction du procureur grâce aux classements sans suite

428. Certes qu’il s’agisse des classements sans suite inconditionnels outre-Rhin ou des classements secs en opportunité français, ils interviennent pour des causes sensiblement similaires et confèrent tous deux au procureur un important pouvoir de renoncement à la sanction. On relève néanmoins une différence de taille : tandis que le classement sans suite du côté germanique est très encadré par la loi et prévoit régulièrement l’intervention du juge (1), son équivalent en France n’est pas guidé par des principes ancrés dans la loi mais relève d’une pratique souple des seuls procureurs (2).

²³¹⁴ WEIGEND, Thomas, « The prosecution service (Germany) », dans P.J.P. TAK (éd.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, art. cit., p. 215 et s. ; V. p. ex. DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 27 et s.

(1) Le pouvoir de renoncement à la sanction du procureur allemand résultant des classements sans suite inconditionnels (« ohne Auflage »), un pouvoir encadré par la loi

429. La première catégorie des classements en opportunité en Allemagne est celle des classements sans suite inconditionnels, c'est-à-dire, sans obligation légale corrélative, assimilables en ce sens à un renoncement à la sanction par le procureur comme celui qui intervient sur le fondement de la légalité lors d'un classement faute d'éléments suffisants à charge selon le § 170 al. 2 StPO.²³¹⁵ Il convient ici cependant de préciser qu'à la différence du classement sans suite en vertu du § 170 al. 2 StPO, pour lequel il utilise la formule « *Einstellung des Verfahrens* » (soit en français littéralement « *arrêt* » des poursuites), le législateur allemand emploie en principe en tant que titre des paragraphes concernés par ce que nous qualifions ici de classement sans suite en opportunité la notion de « *renoncement aux poursuites* » (« *Absehen von der Strafverfolgung* »), qui souligne le caractère délibéré de la décision de classement. Nous irons ici encore plus loin en parlant de « *renoncement à la sanction* » puisque le classement restera, faute d'obligation corrélative pour le prévenu, sans conséquence judiciaire.²³¹⁶ Quant à savoir à qui revient ici la responsabilité du dit classement, la question est plus épineuse puisque certaines de ces décisions ne relèvent pas, en Allemagne, de l'unique volonté du ministère public, mais sont bien plus subordonnées à l'autorisation préalable du juge.²³¹⁷

430. Concernant les décisions de classement de l'affaire sans intervention du juge telles celles prévues par les §§ 153 al. 1, 2^e phrase (classement sans suite en raison du caractère insignifiant du délit²³¹⁸ dès lors que le seuil minimal de la peine originelle encourue n'est pas augmenté en raison de circonstances aggravantes légales),²³¹⁹ 153c (renoncement à la

²³¹⁵ En ce sens not. FELTES, Thomas, « Erledigung v. EV durch die StA », *KJ*, 1-1984, *art. cit.*, p. 61 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 27 ; HEINZ, Wolfgang, « Abschlußentscheidung des StA aus rechtstats. Sicht », dans C. GEISLER (éd.), *Ermittlungsverhalten der Polizei u. Einstellungspraxis der StAen*, 1999, *art. cit.*, p. 153. V. concernant les classements intervenant en Allemagne sur le fondement du principe de la légalité not. n° 367 et s. p. 345 et s.

²³¹⁶ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 28 ; FELTES, Thomas, « Erledigung v. EV durch die StA », *KJ*, 1-1984, *art. cit.*, p. 53-54.

²³¹⁷ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 28.

²³¹⁸ C'est-à-dire, selon la définition légale du § 12 al. 2 StGB, pour les délits encourant une peine minimale d'amende ou de prison inférieure à un an.

²³¹⁹ En cas de circonstances aggravantes augmentant la peine minimale encourue sans que celle-ci en modifie pour autant le caractère délictuel de l'infraction décrit en n. préc. 2329 (p. ex. un cambriolage selon le § 244 du StGB demeure un délit au sens du § 12 al. 2 StGB, la peine minimale encourue étant inférieure à un an de prison mais il augmente le seuil de la peine de référence pour délit de vol simple prévu au § 242 StGB, en prévoyant

poursuite en cas d'infractions commises à l'étranger),²³²⁰ 153d (renoncement à la poursuite en cas d'infraction portant atteinte à la sûreté de l'État pour des raisons d'intérêt public supérieur),²³²¹ 154 al. 1 (classement sans suite partiel en cas de pluralité d'actes délictueux processuels tant que la poursuite n'est pas déclenchée),²³²² 154a al. 1 (limitation des poursuites dans l'hypothèse d'un seul acte délictueux menant à un concours d'infractions tant que les poursuites ne sont pas déclenchées),²³²³ 154b al. 1-3 (renoncement aux poursuites en cas d'extradition et d'expulsion tant que les poursuites ne sont pas déclenchées),²³²⁴ 154c (classement sans suite en cas de chantage),²³²⁵ 154d (classement sans suite en cas de question

une peine minimale de prison de 6 mois), le procureur pourra certes également recourir à cette modalité de classement. Sa décision sera néanmoins subordonnée à l'autorisation du juge, § 153 al. 1, 1 phrase du StPO. À noter qu'une fois l'action publique déclenchée, un classement sans suite selon les modalités de ce paragraphe reste possible. Mais c'est alors le juge, après accords du procureur et du mis en cause qui y procédera, v. § 153 al. 2 StPO.

²³²⁰ Selon l'al. 4 de cette disposition, le procureur pourra dans les hypothèses des al. 1, n° 1 et 2 et al. 3 classer l'affaire, sans autorisation du juge même après avoir déclenché les poursuites !

²³²¹ V. pour plus de détails à ce propos not. MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 149-150. À noter que selon l'al. 2 de cette disposition, le procureur pourra dans les hypothèses de l'al. 1 classer l'affaire sans autorisation du juge même après avoir déclenché les poursuites !

²³²² À noter qu'une fois l'action publique déclenchée, un classement sans suite selon les modalités de ce paragraphe reste possible. Mais c'est ici le juge, sur requête du procureur, qui y procédera, v. § 154 al. 2 StPO.

²³²³ Le même principe qu'évoqué à la n. préc. 2322 s'applique en vertu du § 154a al. 2 StPO. Il s'agit ici d'un classement sans suite dans le cas d'un concours d'infractions reposant sur des faits incriminés distinct (ou actes délictueux processuels, il s'agit ici du dit « *prozessuale Tat* » utilisé pour délimiter les faits dans une saisie *in rem*, v. à ce sujet n° 373, p. 349 de cette thèse). Le ministère public peut se dispenser, dans l'hypothèse d'un concours de faits incriminés, de poursuivre un acte délictueux si la peine susceptible d'en résulter apparaît négligeable en comparaison avec celle définitivement prononcée ou attendue à l'encontre de l'intéressé pour l'autre acte délictueux concourant. À la différence du système français, où le concours matériel d'infraction s'entend de la coexistence de plusieurs infractions distinctes qui ne sont pas séparées les unes des autres par une condamnation définitive, la faculté de classer sans suite en opportunité est ici ouverte au procureur allemand non seulement quand « *l'infraction de référence* » non encore jugée expose le délinquant à une peine importante, mais également quand elle a déjà fait l'objet d'une sanction pénale définitive. En revanche, dans cette dernière hypothèse, le procureur ne peut classer en opportunité l'autre infraction qu'autant qu'elle a été commise à un moment où la première condamnation n'était pas encore totalement exécutée. Ce type de classement concerne toutes les infractions y compris les crimes. Toutefois, le classement d'un crime dont la sanction serait jugée négligeable en comparaison à celle d'un délit semble relever d'une hypothèse d'école, v. sur ce point not. MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 145. Il est émis ici toutefois une réserve quant à la traduction des termes « *nicht beträchtlich ins Gewicht fallen* » que l'auteur a traduit par « *sans rapport* », ce qui à notre sens prête à confusion. Nous préférons ici parler de « *peine négligeable* » dans le sens de « *qui a de peu de poids en comparaison avec la peine de référence* ».

²³²⁴ Le même principe qu'évoqué à la n. préc. 2322 s'applique ici en vertu du § 154b al. 4 StPO. À la différence du § 154 StPO, il s'agit ici pour le ministère public de circonscrire les poursuites pénales lorsque certaines portions dissociables d'une même action ou que l'un ou plusieurs des actes délictueux s'étant déroulé(s) dans le cadre d'une même action, délimitant la saisie *in rem* de la juridiction, n'ont pas d'incidence majeure sur la peine ou la mesure de sûreté attendue ou déjà attribuée à l'intéressé à un autre titre infractionnel, v. not. MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 145-146.

²³²⁵ Depuis la loi du 28 juin 1935, il est possible au ministère public allemand de classer sans suite une infraction pénale pourtant légalement constituée lorsque son auteur est victime d'un maître chanteur selon les §§ 240 (contrainte) ou 253 (extorsion) StGB, dès lors que la gravité de l'infraction n'en rend pas indispensable la sanction.

préjudicielle),²³²⁶ 154e al. 1 StPO (sursis à poursuivre en cas de dénonciation calomnieuse ou diffamation),²³²⁷ 31a al. 1 BtmG (classement sans suite pour le caractère insignifiant d'une infraction en matière de stupéfiants)²³²⁸ et 45 al. 1 JGG (classement sans suite pour le caractère insignifiant d'une infraction commise par un mineur),²³²⁹ le pouvoir décisionnel unique du procureur ne fait aucun doute et est entier.²³³⁰ En raison notamment de **l'impossibilité légale** pour la victime de déclencher une procédure d'injonction de mettre en mouvement l'action publique (§ 172 al. 2, 3^e phrase StPO)²³³¹ dans ces hypothèses, les tribunaux n'auront jamais à connaître des faits commis et classés sans suite selon ces normes.²³³² Le législateur élargit de surcroît encore considérablement les possibilités d'action

Ce type de classement sans suite est en pratique très rare (seuls 26 cas en 2017 sur les 1.262.717 affaires faisant l'objet d'un classement sans suite inconditionnel, v. STATISTISCHES BUNDESAMT, *StAen, Fachserie 10 Reihe 2-6 - 2017, Destatis*, 2018, *rap. préc.*, p. 26, tableau n° 2.2.1.1 sous le chiffre 28). La raison tient ici au fait que les victimes de chantage, faute de garantie, s'abstiennent de solliciter le procureur à cet effet, MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 147.

²³²⁶ Dans l'hypothèse d'une question préjudicielle de droit civil ou administratif, le juge pénal allemand n'a pas d'obligation de surseoir à statuer. Il dispose bien plus d'une plénitude de juridiction que certains désireux de bénéficier des avantages probatoires que présente le procès pénal, n'hésitent pas à solliciter, v. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 2, § 14, n° 18 ; MEYER-GÖRNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 154d StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 1 ; GERCKE, Björn, « § 154d StPO », dans *HK, op. cit.*, p. 965, n° 1 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 394, n° 599. Pour éviter de tels abus, de même que dans le souci d'éviter des jurisprudences contradictoires (v. réf. préc.), le législateur a permis au procureur dans ce cas, en matière correctionnelle, de suspendre le déroulement de l'enquête et d'inviter le plaignant à saisir la juridiction civile ou administrative compétente dans un certain délai. À son expiration, le ministère public s'assurera que le plaignant a saisi le juge compétent et obtenu le règlement de la question préjudicielle. Si cela n'est pas le cas, le parquetier pourra apprécier l'affaire en opportunité, c'est-à-dire la classer sans suite en interprétant l'inertie du plaignant comme un indice d'instrumentalisation du droit pénal, v. § 154d StPO et MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 147.

²³²⁷ Cette disposition consacre moins une hypothèse de classement que le devoir, dans la mesure du possible (« *Soll-Vorschrift* »), du procureur de reporter sa décision, MEYER-GÖRNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 154e StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 5. Ainsi est-il ici prévu que les poursuites pénales pour dénonciation calomnieuse ou diffamation soient en principe différées aussi longtemps qu'une procédure pénale ou disciplinaire relative aux faits dénoncés est pendante devant les juridictions judiciaires ou administratives. Cette hypothèse est étrangère au droit français qui ne connaît, en pareille hypothèse, que le *sursis à statuer* du juge et non ce *sursis à poursuivre* du procureur, v. MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 147.

²³²⁸ Le même principe qu'évoqué à la n. préc.2322 s'applique ici en vertu du § 31a al. 2 BtmG.

²³²⁹ Conformément à cette disposition le procureur pourra alors classer l'affaire dans les mêmes conditions que celles prévues aux § 153 StPO. À noter néanmoins qu'à la différence du § 153 al. 1, 1^e phrase StPO, qui prévoit en principe l'intervention du juge, le classement sans suite des délits insignifiants commis par des mineurs n'est jamais soumis à l'exigence formelle de contreseing judiciaire (« *ohne Zustimmung des Richters* », § 45 al. 1 JGG)

²³³⁰ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV, op. cit.*, p. 28.

²³³¹ Certes, cette procédure même quand elle n'est pas exclue légalement, reste très rare. Il n'est cependant même pas théoriquement possible de recourir à ce mécanisme. Le pouvoir du procureur concernant les classements sans suite inconditionnels est donc absolu non plus seulement dans les faits mais aussi selon la loi. V. aussi not. n° 371, p. 348 de cette thèse.

²³³² SCHROEDER, Friedrich-Christian, « Zur Rechtskraft staatsanwaltschaftlicher Einstellungsverfügungen », *NStZ*, n° 7, 1996, p. 319 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 97 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV, op. cit.*, p. 28 ; Peter Riess considère

du ministère public, en lui octroyant une large marge d'appréciation dans l'interprétation des concepts juridiques (en partie, selon certains, même à son entière discrétion).²³³³ À titre d'exemple, la décision de classer l'affaire en raison du caractère mineur de l'infraction sans autorisation du juge (§ 153 al. 1, 2^e phrase StPO), ou, quand le délit concerné apparaît négligeable au regard d'autres faits poursuivis (§ 154 al. 1 StPO) accorde une large place à l'appréciation individuelle de la situation par le procureur.²³³⁴ Revenons ici en particulier à la disposition centrale du § 153 al. 1, 2^e phrase StPO (la plus usitée en matière de classement sans suite en dehors du § 170 al. 2 StPO)²³³⁵ aux termes de laquelle il est permis au ministère public en cas d'infraction mineure de classer, en opportunité et sans autorisation préalable du juge, tout délit dès lors que la faute de l'auteur, majeur mais également mineur conformément au § 45 al. 1 JGG, apparaît faible et que n'existe aucun intérêt public aux poursuites. Le procureur déterminera alors d'abord le caractère insignifiant du délit (§ 153 al. 1, 2^e phrase StPO) qui s'oriente en partie à des éléments objectifs déterminés par la loi, à savoir si le seuil minimum de la peine encourue est en l'espèce augmenté en raison de circonstances aggravantes légales.²³³⁶ Mais il devra, dans un deuxième temps, également déterminer si les conséquences ou les dommages causés par le délit sont mineurs (§ 153 al. 1, 2^e phrase *in fine* StPO), ce qui, on le devine, ouvre une marge d'interprétation beaucoup plus large au parquetier. En effet, si au départ, comme évoqué dans l'évolution historique du principe d'opportunité, cette norme ne s'appliquait qu'aux délits patrimoniaux, pour lesquels il est simple de fixer une limite claire et chiffrée (la doctrine se fondant par exemple à l'heure actuelle sur une valeur approximative de 50 € pour délimiter l'insignifiance du dommage matériel provoqué),²³³⁷ la tâche du procureur est plus difficile concernant les délits touchant

d'ailleurs cet élément comme le point faible principal (« *entscheidende Schwachstelle* ») du mécanisme de contrôle prévu aux §§ 172 StPO et s., v. *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C*, München, Beck, 1984, p. C26-27, n° 8.

²³³³ KUTZER, Klaus, « Zum Ermessens- und Handlungsspielraum der Staatsanwaltschaft », *DRiZ*, n° 4, 1975, p. 110 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 28-29 et spéc. n. 177. BEULKE, Werner, « § 153 StPO », dans *LR²⁶*, *art. cit.*, p. 85-86, n° 38-39.

²³³⁴ KUTZER, Klaus, « Z. Ermessens- u. Handlungsspielraum der StA », *DRiZ*, 1975, *art. cit.*, p. 110 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 28-29 et spéc. n. 177.

²³³⁵ Au cours de l'année 2017 ils représentaient ainsi 41 % de l'ensemble des classements sans suite inconditionnels en opportunité, v. STATISTISCHES BUNDESAMT, *StAen, Fachserie 10 Reihe 2-6 - 2017*, Destatis, 2018, *rap. préc.*, p. 26, tableau n° 2.2.1.1, sous les chiffres 35 et 26). À noter cependant que ce chiffre comprend aussi bien les classements sans suite sur autorisation du juge que ceux relevant de la seule responsabilité du procureur.

²³³⁶ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 153 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 15.

²³³⁷ *Ibid.* n° 17.

à l'intégrité ou aux libertés individuelles de la personne, ou encore sanctionnant des comportements dangereux présentant des risques abstraits pour la collectivité (telle la conduite en état d'ivresse selon le § 316 StGB).²³³⁸ Or, depuis la réforme de 1993, un tel classement est en théorie envisageable pour des délits aussi divers que les coups et blessures involontaires (§ 229 StGB) de même que sa variante volontaire non aggravée (§ 223StPO), la falsification de documents (§ 267 StGB) l'exercice de contrainte envers une personne (§ 240 StGB) ou encore même l'homicide involontaire (§ 222 StPO).²³³⁹ L'estimation du caractère mineur des conséquences de l'acte sera alors nécessairement bien plus subjective. Quant à l'appréciation de la gravité de la faute, elle repose ici sur les mêmes éléments prévus à l'art. 46 al. 2 du StGB dont le magistrat du siège se sert pour juger de la culpabilité du prévenu tels les mobiles (« *Beweggründe* »), les objectifs (« *Ziele* »), l'état d'esprit de la personne mise en cause qui ressort des faits et la volonté qui a conduit à leur accomplissement (« *Gesinnung, die aus der Tat spricht und der bei der Tat angewendete Wille* »), l'ampleur du manquement à ses devoirs (« *Mass der Pflichtwidrigkeit* »), les conditions d'exécution du délit (« *Art der Ausführung* »), le passé du délinquant (« *Vorleben des Täters* »), sa situation personnelle et professionnelle (« *persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse* »), son comportement après les faits – notamment ses efforts en vue de réparer les dommages ou de parvenir à un arrangement (« *Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen* »). Cependant, comme le précise le § 46 al. 1 StGB, le pouvoir d'apprécier de ces aspects est normalement dévolu exclusivement au juge. Quand le procureur prend sa décision de classement sans suite inconditionnel, il s'immisce donc véritablement dans le rôle d'un magistrat du siège.²³⁴⁰ La faible culpabilité établie, il devra ensuite décider de la question de savoir si les poursuites pénales, qui tendent en règle générale à une condamnation, peuvent se révéler du point de vue de la société, avantageuses sous un angle préventif (« *öffentliche Interesse an der Strafverfolgung* », § 153 al. 1, 1^e phrase, *in fine*, StPO). Seront ici considérés d'une part des éléments relevant d'un intérêt de « prévention spéciale » (« *Spezialprävention* ») tels les inscriptions au casier judiciaire, des comportements anti-

²³³⁸ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 142 ; MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 153 StPO », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 16 et 17.

²³³⁹ V. réf. préc. en n. 2338.

²³⁴⁰ Dans un sens similaire MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 141.

sociaux ou des manquements délibérés à l'autorité publique.²³⁴¹ Le procureur pourra d'autre part s'appuyer sur des raisons de « prévention générale » (« *Generalprävention* ») pour refuser le classement sans suite, par exemple lorsqu'il est à craindre que l'absence de poursuite soit de nature à affecter la perception de l'ordre juridique par la personne mise en cause et à affaiblir son légalisme ou que l'impression d'une décriminalisation *de facto* de ce type d'actes menacerait de se répandre dans la société.²³⁴² En bref, le procureur n'apprécie pas seulement à la place du juge de la culpabilité et de la pertinence d'un renoncement à la sanction, il repose également entièrement entre ses mains de décider s'il fera appel au juge grâce à sa large marge d'interprétation quant aux critères qui lui permettent d'agir sous sa propre régie (notamment s'agissant du critère des conséquences mineures de l'acte délictueux).²³⁴³ Si les conditions d'un classement non subordonné à l'autorisation du juge ne sont pas remplies, cela n'aura aucune conséquence processuelle immédiate puisque la décision de classement ne fera, faute de possibilité légale de recours de la victime, jamais l'objet de contrôle judiciaire (v. la clause exclusive du § 172 al. 2, 3^e phrase StPO).²³⁴⁴ Ces possibilités légales de classement sans suite sans intervention du juge²³⁴⁵ à la seule initiative du procureur révèlent donc déjà une marge de manœuvre considérable du ministère public, qui décide ici seul et sans contrôle possible de renoncer à la sanction.²³⁴⁶

431. Concernant le classement sans suite inconditionnel subordonné à l'autorisation du juge prévu par le § 153 al. 1, 1^e phrase (classement sans suite en raison du caractère

²³⁴¹ MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 153 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 7 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, *op. cit.*, p. 141-142.

²³⁴² V. réf. préc. en n. 2341.

²³⁴³ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 97 ; KUTZER, Klaus, « Z. Ermessens- u. Handlungsspielraum der StA », *DRiZ*, 1975, *art. cit.*, p. 110.

²³⁴⁴ SCHROEDER, Friedrich-Christian, « Z. Rechtskraft staatsanwaltschaftlicher Einstellungsverfügungen », *NStZ*, 7-1996, *art. cit.*, p. 119 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 29 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 97.

²³⁴⁵ À l'exception du § 154a StPO concernant la limitation des poursuites dans l'hypothèse d'un seul acte délictueux menant à un concours d'infractions tant que les poursuites ne sont pas déclenchées. En effet, le § 154a al. 3 StPO prévoit ici explicitement que le juge pourra, à tout moment de la procédure, réintégrer un délit écarté par le procureur en application de cette norme, à condition de respecter les règles de forme du § 265 al. 4 StPO. Le juge conserve donc ici toute son influence.

²³⁴⁶ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 29 ; Critique à cet égard e.a. DENCKER, Friedrich, « Die Bagatelldelikte im Entwurf des EGStGB », *JZ*, 1973, p. 147.

insignifiant du délit²³⁴⁷ avant déclenchement de la poursuite après accord du juge)²³⁴⁸ de même que celui prévu au § 153b al. 1 StPO en combinaison avec le § 29 al. 5 BtMG (classement sans suite après accord du juge et dispense de peine),²³⁴⁹ l'influence du procureur devrait, du moins théoriquement, être moindre puisque la décision doit être corroborée par un juge.²³⁵⁰ En ce sens, il pourrait sembler de prime abord plus justifié de parler d'un renoncement à la sanction du fait d'une **action conjointe** du procureur **et du juge**, ce qui correspondrait aussi aux intentions originelles du législateur qui souhaitait soumettre le classement d'une affaire au contrôle de deux institutions distinctes et indépendantes, à savoir le ministère public et le tribunal.²³⁵¹ Mais cette conception initiale est loin de refléter la pratique actuelle.²³⁵² En effet, la valeur effective de l'autorisation du juge est aujourd'hui très contestable.²³⁵³ Les cas dans lesquels le juge refuse de donner son accord à un classement sans suite en obligeant le procureur à renvoyer l'affaire pour un procès sont très rares,²³⁵⁴ dégradant cette exigence à l'insignifiance.²³⁵⁵ Qui plus est, ce processus d'homologation est devenu un acte routinier sans

²³⁴⁷ C'est-à-dire selon la définition légale du § 12 al. 2 StGB pour les délits encourant une peine minimale d'amende ou de prison inférieure à un an.

²³⁴⁸ En vertu de cet article, le ministère public peut, lorsque se trouvent réunies les conditions légales d'une dispense de peine que pourrait prononcer le tribunal, s'abstenir de déclencher les poursuites pénales avec l'assentiment de la juridiction devant laquelle le procès principal aurait dû avoir lieu. À noter qu'une fois l'action publique déclenchée, un classement sans suite selon les modalités de ce paragraphe reste possible. Mais c'est ici le juge, après accords du procureur et du mis en cause qui y procédera, v. § 153 al. 2 StPO.

²³⁴⁹ À noter qu'une fois l'action publique déclenchée, un classement sans suite selon les modalités de ce paragraphe reste possible. Mais c'est ici le juge, après accord du procureur, qui y procédera, v. § 153b al. 2 StPO.

²³⁵⁰ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 29 ; WEIGEND, Thomas, *Anklagepflicht und Ermessen*, op. cit., p. 54.

²³⁵¹ WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 250-253 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 29 ; SCHROEDER, Friedrich-Christian, « Z. Rechtskraft staatsanwaltschaftlicher Einstellungsverfügungen », *NStZ*, 7-1996, art. cit., p. 319 ; DENCKER, Friedrich, « Bagatelldelikte im Entwurf des EGStGB », *JZ*, 1973, art. cit., p. 147.

²³⁵² WEIGEND, Thomas, *Anklagepflicht und Ermessen*, op. cit., p. 54 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 29.

²³⁵³ Dans ce sens e. a. not. GEISLER, Werner, « Stellung und Funktion der StA », *ZStW*, 1981, art. cit., p. 1143-1144 ; BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, op. cit., p. 113 et 245 ; WEIGEND, Thomas, *Anklagepflicht und Ermessen*, op. cit., p. 54 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 30 ; KUNZ, Karl-Ludwig, « Die Verdrängung des Richters durch den StA », *KJ*, 1-1984, art. cit., p. 46.

²³⁵⁴ BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, op. cit., p. 113 ; 245 ; WEIGEND, Thomas, *Anklagepflicht und Ermessen*, op. cit., p. 54 et spéc. n. 202 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 30. Il n'existe toujours pas de chiffres exacts sur cette question mais les praticiens consultés dans le cadre de cette thèse du côté allemand ont affirmé avoir fait des constatations similaires dans leur quotidien.

²³⁵⁵ De l'allemand « *Bedeutungslosigkeit des Zustimmungserfordernisses in der Praxis* », v. WEIGEND, Thomas, *Anklagepflicht und Ermessen*, op. cit., p. 54.

véritable « *fonction de filtre* »²³⁵⁶ comme originellement prévu.²³⁵⁷ Ainsi peut-il être ici finalement retenu que, même dans le cas d'un classement sans suite subordonné à l'autorisation du juge, le point névralgique de la prise de décision reste entre les mains du procureur qui, dans les faits, choisit de renoncer à ce qu'une sanction pénale soit attribuée.²³⁵⁸

432. Enfin, il nous semble que le dispositif de l'action privée (« *Privatklage* ») prévue aux §§ 374 et s. StPO conduit *de facto* à un même phénomène. Les délits susceptibles d'action privée (infractions mineures listées au § 374 StPO tels les délits de violation du domicile, d'insultes, de violation du secret des correspondances, de blessures volontaires ou involontaires, de dommages aux biens etc.) portent par nature plus gravement atteinte aux intérêts particuliers de la victime qu'aux intérêts généraux de la société, raison pour laquelle le législateur a ici prévu un régime dérogatoire.²³⁵⁹ Ces faits ne seront poursuivis par le ministère public que s'ils touchent l'intérêt général (v. § 376 StPO). Dans le cas contraire, la victime ne pourra poursuivre le délit que dans le cadre d'une action privée, sans disposer des prérogatives de puissance publique spécifiques au domaine pénal.²³⁶⁰ S'il ne s'agit pas en l'espèce d'un classement sans suite en opportunité au sens strict du terme, puisque le ministère public en vérité ne « classe » pas l'affaire, mais « poursuit » bien plus en opportunité²³⁶¹ et que la victime dispose en théorie de la possibilité de recourir à l'action privée (v. § 374 al. 1 StPO), il est ici fait volontairement le choix de traiter ce mécanisme comme tel en raison de ses conséquences dans la pratique similaires. En effet, il revient une marge d'appréciation tout aussi importante au procureur, lorsqu'il doit déterminer si le cas d'espèce porte atteinte à l'intérêt général.²³⁶² Le ministère public établira seul s'il fera usage de son droit à punir en demandant devant le juge de la procédure intermédiaire l'ouverture du procès ou s'il estimera l'intérêt général non concerné par cette affaire, auquel cas il renverra la victime à la voie de

²³⁵⁶ De l'allemand « *ohne Filterfunktion* », v. GEISLER, Werner, « Stellung und Funktion der StA », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1143-1144.

²³⁵⁷ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 30.

²³⁵⁸ *Ibid.*

²³⁵⁹ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, *op. cit.*, p. 148.

²³⁶⁰ V. à ce propos p. ex. ENGLÄNDER, Armin, *Examens-Repetitorium Strafprozessrecht*, 8^e éd., Heidelberg [e.a.], C. F. Müller, 2017, n° 11.

²³⁶¹ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, *op. cit.*, p. 148-149.

²³⁶² La large étendue de la marge de manœuvre du procureur concernant l'appréciation de la condition d'intérêt général est visible notamment dans les directives relatives (RiStBV) à la procédure pénale et la procédure d'amende précisant la mise en œuvre de l'action privée (v. §§ 86 et 87 RiStBV). Sur ce point v. aussi DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 32-33 et spéc. n. 208.

l'action privée selon les §§ 374 et s. StPO.²³⁶³ Certes, dans cette dernière hypothèse, le cas n'est pas à proprement parlé classé en raison de la voie ouverte à la victime de l'action privée. Et la volonté législative première était en l'occurrence bien de mettre à disposition de la personne lésée une procédure pénale simplifiée concernant des litiges de la vie quotidienne à caractère hautement personnel, afin de rechercher en premier lieu la réconciliation des individus impliqués, avant d'en arriver, en cas d'échec, à un procès et une éventuelle condamnation.²³⁶⁴ Mais cette voie s'avère, en réalité, loin de l'esprit de simplification originelle et la décision du procureur fixera en pratique l'issue de l'affaire pour la personne lésée, qui aura tendance, en raison des nombreuses difficultés qu'elle ne manquerait pas de rencontrer en menant une action privée, à ne pas recourir à cette voie procédurale.²³⁶⁵ En conséquence, le renvoi de la victime par le ministère public à l'action privée correspond aujourd'hui *de facto* à un classement supplémentaire de l'affaire sans possibilité de contrôle par le juge, le § 172 al. 2, 3^e phrase StPO excluant dans ce cas également explicitement toute procédure d'injonction de mise en mouvement de l'action publique.²³⁶⁶ Le pouvoir de sanction du ministère public se voit donc par là considérablement renforcé puisque le procureur pourra soit renoncer en pratique – la victime ne recourant que très rarement à l'action privée – à une sanction du prévenu, s'il refuse de retenir l'intérêt général, ou appeler le tribunal, en renvoyant l'affaire en jugement après avoir confirmé l'intérêt public, à

²³⁶³ GREBING, Gehardt, « Abschaffung oder Reform der Privatklage ? », GA, 1984, p. 3.

²³⁶⁴ RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C, op. cit.*, p. C22-C24, n° 23-24 ; GREBING, Gehardt, « Abschaffung oder Reform der Privatklage ? », GA, 1984, *art. cit.*, p. 7.

²³⁶⁵ RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C, op. cit.*, p. C 22-C 23, C 24, C 70-C 73, n° 23, 26 et 103, repris également par HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 107. À titre illustratif, alors que le procureur renvoyait en 2017 190.030 plaignants à la voie de l'action privée, les tribunaux étaient effectivement saisis d'un tel recours dans seulement 374 cas, soit dans 0,2 % des affaires dont seules 10 amenaient à un compromis et 37 à une condamnation, v. STATISTISCHES BUNDESAMT, *StAen, Fachserie 10 Reihe 2-6 - 2017*, Destatis, 2018, *rap. préc.*, p. 26, tableau 2.2.1.1., sous le chiffre 45 ; STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafgerichte, Fachserie 10 Reihe 2.3 - 2017*, Destatis, 2018, *rap. préc.*, p. 24, tableau 2.1, sous le chiffre 14 et p. 28, tableau 2.2. sous les chiffres 9 et 27.

²³⁶⁶ Dans ce sens e. a. RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C, op. cit.*, p. C 23, n° 23 ; VELTEN, Petra, « Vor § 374 », dans SK, *op. cit.*, p. 32, n° 10 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 105 ; DENGELER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV, op. cit.*, p. 103 et s. ; WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren, op. cit.*, p. 483-484. V. aussi les développements plus détaillés sur l'action privée aux n° 641 et s., p. 575 et s.

prononcer une peine.²³⁶⁷ Le juge ne pourra alors tout au plus qu'apporter des correctifs en décidant de l'ampleur de la peine, et ce, seulement dans le cas d'un renvoi.²³⁶⁸

433. En résumé, le procureur allemand acquiert le pouvoir considérable de renoncer à la sanction grâce aux larges possibilités de classement sans suite inconditionnel dont il dispose. Certes ces pouvoirs sont encadrés par la loi ce qui permet une certaine transparence de l'action du procureur. Peut-être est-il possible d'y voir un certain prolongement de la tradition légaliste dans la réglementation stricte de l'opportunité, ce qui limite assurément l'arbitraire. À cela s'ajoute que la norme centrale la plus utilisée du § 153 StPO prévoit en principe une procédure d'avalisation du juge afin de permettre un contrôle du procureur. Mais ces mécanismes n'empêchent pas de constater que la décision relève dans la pratique, le plus souvent, du seul procureur, même dans cette dernière hypothèse, en raison de l'automatisme du contrôle du juge du siège et de l'exclusion légale de la possibilité d'action de la victime en vertu du § 172 al. 2, 3^e phrase StPO.

(2) Le pouvoir de renoncer à la sanction du procureur français résultant des classements sans suite en opportunité, une pratique souple non encadrée par la loi

434. Aux classements sans suite inconditionnels allemands, correspondent en France les classements sans suite - ou secs - en opportunité. On aurait pu penser, du fait de la consécration de la règle d'opportunité dans le système français que les pouvoirs du procureur seraient alors décuplés. Toutefois, en dépit du large pouvoir d'appréciation résultant de l'application de la règle de l'opportunité, les différences entre les deux grands systèmes de poursuite s'avèrent en pratique limitées.²³⁶⁹ Paradoxalement, le nombre des classements en opportunité du côté français apparaît, en réalité, même inférieur à celui constaté outre-Rhin. En effet, dans le système de l'opportunité des poursuites, la grande majorité des

²³⁶⁷ En ce sens p. ex. BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, op. cit., p. 2 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, p. 34-35.

²³⁶⁸ V. l'argumentaire du plaignant dans : BVerfG, déc. du 08.05.1979 - 2 BvR 782/78, reproduite dans *NJW*, 1979, p. 1591-1592, v. spéc. 1592 où ce dernier souligne à juste titre (contrairement à l'avis de la Cour constitutionnelle) que la décision de savoir si le prévenu sera sanctionné repose « dans les faits » entièrement entre les mains du procureur, le tribunal ne pouvant tout au plus qu'entreprendre des corrections au niveau de la sanction applicable dans le cas d'espèce. V. en ce sens également DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 35.

²³⁶⁹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 627-628, n° 666 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 790, n° 1141.

classements sans suite (soit près de 70 %)²³⁷⁰ est en fait motivée par l'absence d'élucidation du délit ou un défaut de charge et donc par l'impossibilité de fait d'engager les poursuites, décisions régies par le principe de légalité²³⁷¹.²³⁷² Les classements en opportunité ne représentaient en comparaison que 3,7 % de l'ensemble des affaires traitées ce qui correspond à 12,4 % de l'orientation des affaires poursuivables,²³⁷³ raison pour laquelle la doctrine qualifie le taux des affaires poursuivables demeurant sans aucune suite judiciaire pour des raisons d'opportunité, de relativement bas.²³⁷⁴ À titre comparatif, la part des classements sans suite inconditionnels en opportunité en Allemagne sur le fondement de la norme centrale du § 153 al. 1 StPO représentait à elle seule 10,7 % de l'ensemble des affaires traitées en 2017, ce qui correspond à 14,8 % rapporté aux seules affaires poursuivables, un nombre donc bien au-delà de celui des statistiques françaises.²³⁷⁵ On le voit, les états comme l'Allemagne, ayant opté originellement pour un système légaliste, ont par les larges correctifs apportés à cette règle, considérablement atténué la portée du principe général.²³⁷⁶

435. Mais comment les parquetiers mettent-ils en œuvre concrètement le principe d'opportunité ? Quelles règles trouvent ici application ? Certes, on peut déplorer que, contrairement au système allemand qui encadre les cas d'opportunité strictement dans le Code de procédure pénale (v. §§ 153 et s. StPO),²³⁷⁷ les conditions d'application de cette règle selon des critères objectifs n'aient pas trouvé d'ancrage légal dans le Code de procédure pénale, afin d'assurer une meilleure égalité de traitement entre les justiciables.²³⁷⁸ La pratique

²³⁷⁰ En effet, selon les derniers chiffres pour l'année 2017, sur les 4.241.508 affaires traitées, 2.947.126 étaient classées (soit 69,5 %) car non poursuivables dont 18,8 % pour infractions mal caractérisées ou charges insuffisantes et 81,2 % pour défaut d'élucidation, v. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.15.

²³⁷¹ Se reporter aux n° 359 et s., p. 338 et s. de cette thèse.

²³⁷² PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 638-639, n° 682 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 790, n° 1141.

²³⁷³ V. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.14.

²³⁷⁴ Selon les derniers chiffres, 12,4 % des classements en opportunité parmi les affaires poursuivables, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.14 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 638-639, n° 682 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 790, n° 1141.

²³⁷⁵ STATISTISCHES BUNDESAMT, *StAen, Fachserie 10 Reihe 2-6 - 2017*, Destatis, 2018, *rap. préc.*, p. 30, tableau 2.2.1.2., sous le chiffre 35 et p. 26, tableau 2.2.1.1., sous les chiffres 1, 35, 39 et 40.

²³⁷⁶ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 627-628, n° 666 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 790, n° 1141 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 14 et 107 et s.

²³⁷⁷ V. à ce propos dév. aux n° 394 et s., p. 358 et s. de cette thèse.

²³⁷⁸ V. en ce sens not. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 242, n° 384. Cela vaut aussi pour le choix de la réponse pénale appropriée dont dispose le procureur. Ainsi est-il souvent reproché par exemple l'absence de

n'en paraît que plus nébuleuse et pose des problèmes pratiques lorsqu'il s'agit d'analyser les raisons des classements en opportunités, les parquetiers eux-mêmes faisant preuve d'une certaine réticence à révéler les causes concrètes qui les ont conduits à prendre leur décision.²³⁷⁹ Il faut avouer que ces aspects ne favorisent pas l'impression d'une justice transparente et égalitaire. Les considérations entrant en ligne de compte font pourtant sensiblement penser à celles qu'auront les procureurs outre-Rhin dans le cadre par exemple du § 153 StPO, où ils s'orientent en partie aux critères pour déterminer la culpabilité d'une personne mise en cause du § 46 StGB, à la différence néanmoins qu'elles ne sont pas exhaustives et ne sont jamais placées sous le contrôle du juge. Les principales hypothèses conduisant le parquet à un classement en opportunité (appelé « *classement sec* » par les praticiens) sont les suivantes :

- la première tient au comportement de la victime qui a par exemple retiré sa plainte ou dont l'attitude a contribué à la réalisation de l'infraction.²³⁸⁰ Dans certains cas, les poursuites sont d'ailleurs subordonnées à une plainte de la personne lésée (lorsque celle-ci se justifie par des motifs de pur intérêt privé comme cela est le cas pour les délits d'injure ou de diffamation), à un avis de l'administration dans les hypothèses par exemple de certains délits fiscaux ou au jugement d'une autre juridiction sur une question préjudicielle à l'action (art. 6-1 CPP), ce qui empêchera le procureur le cas échéant de porter une appréciation autonome sur l'opportunité.²³⁸¹ Ces hypothèses sont également celles qui ont poussé le législateur allemand à développer les mécanismes de l'action privée (qui offre néanmoins un plus large pouvoir d'appréciation, puisque le procureur allemand pourra refuser le déclenchement des poursuites malgré la plainte de la partie privée s'il estime l'intérêt public non concerné) et des classements sans suite selon les §§ 154d et 154e StPO.

critère légal pour établir de manière uniforme dans quels cas une instruction devrait être préférée à une simple enquête en matière délictuelle, l'art. 79 CPP se contentant ici d'indiquer que l'ouverture d'une information est facultative pour les délits, v. en ce sens not. MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, art. cit., p. 818-819 et 820 *in fine*.

²³⁷⁹ HAENEL, Hubert, « Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée », *rap. d'information (Sénat)*, 1998, *rap. préc.*, v. sous I, C.

²³⁸⁰ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 637, n° 680.

²³⁸¹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 795-796, n° 1149 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 629, n° 668 et s. ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 654 et s., n° 751 et s.

- La deuxième relève de la sphère du délinquant, ce dernier ayant notamment fait preuve d'un comportement louable à la suite de l'infraction ou agi pour des motifs particulièrement honorables.²³⁸² Cela n'est pas sans rappeler les critères du § 46 al. 2 StGB tels les motifs, l'état d'esprit de l'auteur de l'acte ou son comportement suivant l'infraction.
- La troisième touche au caractère de même qu'au déroulement de l'infraction et entre en ligne de compte lorsque le préjudice porté est de moindre ampleur (vol à l'étalage pour un faible montant et commis par une personne jusque-là jamais réprimée pénalement, usage occasionnel de cannabis etc.).²³⁸³ Là aussi, il s'agit d'aspects comparables aux critères du § 46 al. 2 du StGB (circonstances dans lesquelles se sont déroulées l'infraction et l'ampleur de ses conséquences) ou du § 153 StPO qui requiert comme condition principale le caractère mineur du délit.
- Enfin, la dernière raison a trait à l'organisation même des services publics concernés par l'infraction. De fait, il ne peut-être nié, quand bien même nombreux sont les procureurs qui refusent de l'avouer quand on les interroge, que les préoccupations d'ordre matériel et organisationnel jouent un rôle non négligeable (entre autres le manque de moyens de la justice ou l'engorgement du tribunal en question).²³⁸⁴ Et il ne fait aucun doute que ces préoccupations sont la raison même du développement de « l'exception » d'opportunité outre-Rhin.²³⁸⁵

436. Dès lors que les motifs des classements secs sont connus, pourquoi ne pas les codifier ? Cela permettrait dans une certaine mesure de couper court aux allégations d'agissements arbitraires du ministère public, résultant de la non transparence de son action à cet égard. Sans prôner l'adoption d'un système legaliste, le système procédural français gagnerait tout du moins à encadrer la pratique de l'opportunité plus étroitement dans la loi, tant il est vrai

²³⁸² STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 640-641, n° 734 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 637, n° 680 ; HAENEL, Hubert, « Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée », *rap. d'information (Sénat)*, 1998, *rap. préc.*, v. sous I, B, b.

²³⁸³ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 637, n° 680 ; HAENEL, Hubert, « Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée », *rap. d'information (Sénat)*, 1998, *rap. préc.*, sous I, B, c.

²³⁸⁴ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 640-641, n° 734 ; HAENEL, Hubert, « Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée », *rap. d'information (Sénat)*, 1998, *rap. préc.*, v. spéc. sous I, C, 2.

²³⁸⁵ V. e. a. WEIGEND, Thomas, « Das „Opportunitätsprinzip“ zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz », *ZStW*, vol. 109, n° 1, 1997, p. 105.

que l'intérêt général dans une démocratie « *ne se résume pas au seul pouvoir exécutif* » mais « *résulte d'abord de la loi* ». ²³⁸⁶

437. Toutefois, comme nous l'avons déjà esquissé plus tôt, le principe d'opportunité n'est pas dénué de toute limite. À côté des garanties apportées par le contrôle hiérarchique ou le mécanisme prévu aux articles 202 et 204 du CPP²³⁸⁷, le législateur a ici notamment pris le soin de laisser une plus grande marge d'intervention à la victime et au plaignant,²³⁸⁸ à la différence de l'Allemagne, qui a bien plus sciemment écarté cette option par le biais de la clause d'exclusion du § 172 al. 2, 3^e phrase StPO. Mais précisément ce garde-fou a conduit à rapprocher le procureur du juge. En effet, le choix du procureur d'un classement sans suite en opportunité s'analyse en principe comme une décision administrative et provisoire.²³⁸⁹ Elle ne tranche pas de litige et faute de recours juridictionnel ; elle ne revêt pas de caractère juridictionnel.²³⁹⁰ Elle n'est pas non plus dotée de l'autorité de la chose jugée et le procureur pourra en conséquence, « *jusqu'à l'expiration du délai de prescription, revenir sur son appréciation première et exercer des poursuites sans avoir à s'en expliquer et sans avoir à justifier de la survenance de faits nouveaux* ». ²³⁹¹ La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 est néanmoins venue au bénéfice des victimes conférer une valeur juridique nouvelle au classement sans suite désormais assimilable à une décision quasi-juridictionnelle sur l'innocence.²³⁹² Ainsi le procureur est-il d'abord tenu de motiver sa décision « *en indiquant les*

²³⁸⁶ Propos recueillis par SALLES, Alain, « Le procureur général de Riom dénonce une mutation "arbitraire" », *Le Monde.fr*, 7 juillet 2009, en ligne : <https://www.lemonde.fr/societe/article/2009/07/07/le-procureur-general-de-riom-denonce-sa-mutation-arbitraire_1216067_3224.html>, consulté dernièrement le 03.09.2018. V. en ce sens égal. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », *JCP G*, 7-2010, *art. cit.*, p. 323, qui va néanmoins plus loin en prônant l'adoption d'un système de légalité des poursuites. Toutefois, à notre sens, le problème est ici moins la règle de principe des systèmes respectifs, puisque « l'exception » d'opportunité est devenue *de facto* le principe s'appliquant également outre Rhin, que l'encadrement légal du précepte de l'opportunité (à moins de n'y voir ici que le prolongement du principe de légalité...).

²³⁸⁷ Inspiré du dispositif prévu originellement à l'art. 235 du CIC, ce mécanisme permet à la chambre d'instruction d'ordonner, même d'office, qu'il soit instruit sur tous les chefs résultant du dossier à l'égard des personnes mises en examen (art. 202 CPP) ou ordonné la mise en examen sur les même chefs de personnes non renvoyées devant elle (art. 204 CPP). Ces principes se rapprochent dans une certaine mesure de ceux du classement sans suite inconditionnels et concours d'infraction prévus aux §§ 154, 154a StPO. Cette garantie est toutefois assez restreinte et ne jouera aucun rôle si le procureur a décidé de n'intenter aucune poursuite contre qui que ce soit, v. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 651, n° 747.

²³⁸⁸ Se rapporter ici pour plus de précisions aux dév. n° 385 et s., p. 355 et s. de cette thèse.

²³⁸⁹ SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 3 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 652, n° 748.

²³⁹⁰ V. réf. préc. en n. 2389.

²³⁹¹ Cass. crim., déc. du 05.12.1972, n° 72-92.579, publiée au *bull.* n° 375 p. 945.

²³⁹² SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 3.

raisons juridiques ou d'opportunité qui la justifie » conformément à l'art. 40-2, al. 2 du CPP. Ensuite, l'art. 40-3 du CPP ouvre un recours hiérarchique à l'auteur d'une plainte devant le procureur général. Suivant un autre objectif, à savoir le désengorgement des juridictions d'instruction, la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 reconnaît en outre au classement sans suite la valeur d'un acte juridique préalable en le posant comme condition de recevabilité de la constitution de partie civile (art. 85 al. 2 CPP).²³⁹³ En conséquence, lorsqu'il procède à un classement sans suite en opportunité, le procureur dépasse ses attributions originelles qui lui permettaient en principe seulement de prendre une décision administrative et provisoire : il devient d'un côté quasi-juge de l'innocence quand il motive son choix de renoncer à la poursuite sur le fondement des critères de culpabilité de l'individu (personnalité de l'auteur, gravité des faits, situation de la victime) relevant traditionnellement de l'appréciation d'un juge du siège²³⁹⁴.²³⁹⁵ D'un autre côté, sa décision, telle celle d'un juge, aura dans une certaine mesure un caractère définitif puisqu'elle pourra faire l'objet de voies de recours directe (recours hiérarchique) et indirecte (constitution de partie civile) qui ont pour effet de fixer la décision et de lui faire produire des effets processuels.²³⁹⁶

438. Les classements en opportunité en France s'orientent donc essentiellement aux mêmes préoccupations qu'en Allemagne mais le procureur français est le seul intervenant dans la décision laissée à sa libre appréciation et non encadrée par la loi. Cette pratique est ainsi encore plus souple et elle réserve, par définition, le pouvoir de renoncer à la sanction au seul parquetier, ce qui pousse certains à le qualifier de « *juge de la poursuite* »²³⁹⁷ ou de « *quasi-juge de l'innocence* »²³⁹⁸. À la différence du système allemand, la large place faite à la partie lésée est toutefois prévue, parmi d'autres mécanismes, comme une garantie permettant de s'assurer que le procureur ne prendra en considération que l'intérêt social.²³⁹⁹ Si ces dispositifs protecteurs nous semblent importants et par trop négligés outre-Rhin, le système français aurait à notre sens tout intérêt à encadrer légalement l'exercice de l'opportunité des poursuites à l'image du système allemand pour rendre cette pratique plus

²³⁹³ *Ibid.*

²³⁹⁴ ANGIBAUD, Brigitte, *Le parquet, op. cit.*, p. 55.

²³⁹⁵ En ce sens SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 3.

²³⁹⁶ En ce sens *ibid.*

²³⁹⁷ LEMESLE, Laurent et PANSIER, Frédéric-Jérôme), *Le procureur de la République*, Paris, PUF, 1998.

²³⁹⁸ SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 3.

²³⁹⁹ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 650, n° 747.

transparente, ce qui contribuerait en partie à dissiper la méfiance persistante envers l'institution du ministère public.

439. En dehors de ces distinctions, on constate que des deux côtés de la frontière, les classements sans suite « inconditionnels » en opportunité ont considérablement renforcé les pouvoirs quasi-juridictionnels du procureur qui devient par là *de facto* un premier « *juge de l'innocence* »²⁴⁰⁰ en recourant aux critères de détermination de la culpabilité normalement réservés à l'appréciation du magistrat du siège.

b. Le pouvoir de sanction du procureur découlant des alternatives aux poursuites ou classements sans suite conditionnels

440. À côté de la décision traditionnelle binaire s'offrant au procureur entre la poursuite et le renoncement à la poursuite inconditionnel que permettent les classements « secs », s'est développée récemment des deux côtés du Rhin, à mesure que l'opportunité gagnait du terrain, « *une troisième voie* » plus proche des classements que de la poursuite mais présentant la particularité d'accorder de nouveaux pouvoirs quasi-juridictionnels de sanction au procureur.²⁴⁰¹ Il s'agit des classements sans suite conditionnels du côté allemand (1) et de leur pendant français, les « *alternatives aux poursuites* » (2). À noter ici que si l'Allemagne catégorise ces mesures clairement comme des classements en opportunité comme il en résulte de ses statistiques annuelles, la France ne considère pas les alternatives aux poursuites comme relevant à proprement parler de l'opportunité des poursuites puisqu'il s'agit ici en réalité de l'opportunité des modalités de la réponse pénale,²⁴⁰² raison pour laquelle les chiffres clés de la Justice leur réservent une catégorie particulière, séparée des classements en opportunité. Pourtant, la démarche du parquetier est nous semble-t-il similaire : il lui est proposé un choix qui ne dépendra plus uniquement de la constitution des éléments matériels d'une infraction mais d'éléments individuels et d'appréciation du cas d'espèce. N'est-ce pas d'ailleurs pour cette raison que le législateur français rattache lui-même expressément les

²⁴⁰⁰ SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 3.

²⁴⁰¹ V. en ce sens not. JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 226 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 802-803, n° 1160-1161 ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

²⁴⁰² V. sur cette distinction not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 793 n° 1145 et 1146.

alternatives aux poursuites au principe d'opportunité (v. art. 40-1 du CPP : « *le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun [...] 2° de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites...* ») ? Nous prenons donc ici également sciemment le parti de rattacher les alternatives aux poursuites aux principes d'opportunité dont elles découlent.²⁴⁰³

(1) Les nouveaux pouvoirs notamment de sanction du procureur allemand résultant des classements sans suite conditionnels

441. La deuxième catégorie de classement du côté germanique est celle des classements sans suite « *conditionnels* » (« *Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen* ») – tels notamment les §§ 153a StPO,²⁴⁰⁴ 45 al. 3 JGG (loi concernant les mineurs)²⁴⁰⁵, 37 al. 1 (le cas échéant en relation avec le § 38 al. 2) BtMG (loi relatives aux stupéfiants)²⁴⁰⁶–, requérant que le prévenu accomplisse certaines obligations, ce qui paraît plus correspondre à l'attribution d'une sanction par le procureur qu'à un renoncement à la peine comme cela est le cas pour les classements inconditionnels.²⁴⁰⁷ Conformément à ce qu'il a été dit s'agissant

²⁴⁰³ VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, n° 10 et spéc. n. 14.

²⁴⁰⁴ À noter qu'une fois l'action publique déclenchée, un classement sans suite selon les modalités de ce paragraphe reste possible. Mais c'est ici le juge, sur requête du procureur, qui y procédera, v. § 153a al. 2 StPO.

²⁴⁰⁵ En vertu de l'al. 3 de cette norme, le ministère public peut renoncer à engager les poursuites qu'il juge inappropriées à condition de leur substituer soit un rappel à la loi (« *Ermahnung* »), une ou plusieurs injonctions selon le § 10 al. 1, 3^e phrase n° 4, 7 et 9 JGG (« *Auflagen* », il s'agit ici d'effectuer des travaux d'intérêt public, d'engager une médiation avec la victime et/ou de suivre un cours de conduite) ou obligations judiciaires (« *Auflagen* », le juge peut ici exiger qu'il répare de son mieux les dommages causés par l'infraction, présente ses excuses à la victime, fournisse certaines prestations de travail et/ou verse une somme d'argent à un organisme caritatif, § 15 al. 1 JGG) que l'intéressé devra respecter. Cette modalité suppose que le mineur ait avoué son forfait et qu'il se soit effectivement conformé aux injonctions/et/ou obligations judiciaires. À noter qu'à la différence du §153a StPO, cette disposition concerne l'ensemble des infractions commises par un mineur, y compris les crimes. Par ailleurs, conformément au § 45 al. 2 JGG le ministère public pourra également passer outre le principe de légalité si une mesure éducative a été décidée à l'égard du mineur et que ni le rappel à la loi, ni les injonctions ou obligations légales précédentes ou les poursuites pénales ne lui paraissent indispensables, v. MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, *op. cit.*, p. 143-144.

²⁴⁰⁶ Aux termes de cette disposition, le ministère public peut, sous réserve de 2 conditions et avec l'assentiment du tribunal compétent pour conduire le procès, se dispenser de poursuivre une personne ayant commis sous l'influence d'une substance stupéfiante, un acte délictueux pour lequel il n'y a pas lieu de s'attendre à l'attribution d'une peine privative de liberté supérieure à 2 ans. La personne mise en cause devra alors apporter la preuve qu'elle se soumet, depuis au moins 3 mois, à un traitement en vue de sa réhabilitation (par exemple une cure de désintoxication dans un établissement spécialisé) et que sa resocialisation est en cours, v. à ce propos égal. *Ibid.*, p. 143.

²⁴⁰⁷ En ce sens e. a. WEIGEND, Thomas, « Strafzumessung durch den StA? », *KJ*, 1-1984, *art. cit.*, p. 18 ; HEINZ, Wolfgang, « StA, Selektions- u. Sanktionsinstanz im statistischen Graufeld », dans H.-J. ALBRECHT (éd.), *Internat.*

de l'évolution de « l'exception » d'opportunité en Allemagne, c'est ici la réforme de 1975 qui légalisa cette nouvelle forme de classement sans suite avec l'introduction du § 153a StPO, mécanisme très usité en pratique.²⁴⁰⁸ Il permet au procureur de clore la poursuite à la suite de l'accomplissement de certaines obligations telles la compensation des dommages causés par l'infraction (§ 153a al. 1, 2^e phrase, n° 1 StPO), le paiement d'une somme à une organisation caritative ou à l'État (§ préc. n° 2), la réalisation de divers travaux d'utilité publique (§ préc. n° 3), le versement d'une pension alimentaire d'une certaine ampleur (§ préc. n° 4), le fait de faire des efforts sérieux pour parvenir à une compensation (§ préc. n° 5), la participation à un cours d'intégration sociale (§ préc. n° 6) ou la participation à un séminaire de formation au Code de la route, § préc. n° 7). Cette disposition repose sur l'idée de compenser la « dette publique » contractée par le mis en cause.²⁴⁰⁹ Il faut donc que les conséquences de l'acte puissent être compensées par une prestation positive (pécuniaire ou matérielle) au bénéfice de la collectivité et que le mis en cause exécute effectivement la prestation requise.²⁴¹⁰ Depuis la réforme de 1993, l'exigence d'un constat de « faible culpabilité » (« *bei geringer Schuld* ») a été atténuée et le procureur est aujourd'hui seulement tenu de vérifier que le poids de la culpabilité ne s'oppose pas à un recours au § 153a StPO.²⁴¹¹

442. À y regarder de plus près, cette disposition ne mérite pas son nom, puisqu'il s'agit en réalité d'une décision entre le classement sans suite et la peine comparable au mécanisme français de la composition pénale.²⁴¹² À cet égard la qualification d'alternative aux poursuites,

Perspektiven in Kriminologie u. StR, art. cit., p. 87 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 30.

²⁴⁰⁸ WEIGEND, Thomas, « Strafzumessung durch den StA? », *KJ*, 1-1984, art. cit., p. 8-9 ; KUNZ, Karl-Ludwig, « Die Verdrängung des Richters durch den StA », *KJ*, 1-1984, art. cit., p. 42. S'ils restent clairement en deçà de la part des classements sans suite inconditionnels, leur part représentait tout de même 3,5 % de l'ensemble des affaires traitées, soit 4,8 % des réponses pénales dans le cadre des affaires poursuivables pour l'année 2017, v. STATISTISCHES BUNDESAMT, *StAen, Fachserie 10 Reihe 2-6 - 2017*, Destatis, 2018, rap. préc., p. 30, tableau 2.2.1.2 sous le chiffre 15 et p. 26, tableau 2.2.1.1., sous les chiffres 1, 15, 39, 40.

²⁴⁰⁹ MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 143.

²⁴¹⁰ *Ibid.*

²⁴¹¹ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 39 ; MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 153a StPO », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 1.

²⁴¹² JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 227 ; dans ce sens également HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 45 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 254 ; également très critique sur la nature du § 153a StPO et admettant finalement le caractère de sanction not. : KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?*, op. cit., p. 50 et s. En ce sens récemment not. ARBEITSKREIS AE, « AE-AstR », *GA*, art. cit., 1-2019, spéc. p. 5, qui voit dans le caractère sanctionnateur des obligations du § 153a StPO une atteinte à la présomption d'innocence.

pour laquelle a opté le législateur français concernant des mesures comparables, serait à notre sens plus juste. Certains avancent certes qu'il serait ici erroné de parler de sanction ; il s'agirait bien plus d'un classement sans suite assimilable à un renoncement à la peine du procureur.²⁴¹³ La prononciation d'obligations et leur accomplissement ne seraient en effet que des prestations « volontaires » de la personne concernée²⁴¹⁴ rendant caduc tout intérêt à continuer les poursuites.²⁴¹⁵ Les documents parlementaires relatifs à l'introduction de cette nouvelle mesure prouvent néanmoins clairement que le législateur souhaitait que les conditions contraignantes du § 153a StPO aient un effet proche de la sanction similaire à celui des amendes prévues dans l'OWiG.²⁴¹⁶ Les obligations du § 153a StPO sont également très proches des exigences requises pour pouvoir bénéficier d'un sursis du § 56b al. 1, 1^e phrase StGB qui servent pareillement à compenser l'injustice commise et poursuivent donc, à l'image de la peine judiciaire, l'objectif pénal de répression et de réparation.²⁴¹⁷ Par ailleurs l'argument du « volontarisme » concernant l'exécution des obligations par le prévenu est contestable si on tient compte de la pression à laquelle est soumis ce dernier lorsqu'il doit donner son assentiment.²⁴¹⁸ En effet, il s'agit en l'espèce pour lui de choisir entre un mal (le procès qui risque d'aboutir à une véritable peine judiciaire) et un moindre mal (le classement de l'affaire moyennant l'accomplissement d'une obligation au caractère sanctionnateur).²⁴¹⁹

²⁴¹³ V. e.a. not. MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 153a StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 12 ; SCHÜNEMANN, Bernd, « Wohin treibt der deutsche Strafprozess? », *ZStW*, 1-2002, *art. cit.*, p. 59-60 ; DREHER, Eduard, « Die Behandlung der Bagatelldeliktualität », dans *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin [e. a.], de Gruyter, 1974 (abrégé *FS-Welzel*, 1974), p. 938-939 ; SALIGER, Frank, « Grenzen der Opportunität: § 153a StPO und der Fall Kohl, Zugleich Besprechung vom LG Bonn, Beschluss vom 28. 2. 2001 », *GA*, 2005, p. 168 ; RIEß, Peter, « Zukunft des Legalitätsprinzips », *NStZ*, 1981, *art. cit.*, p. 7.

²⁴¹⁴ 1^{er} rapport de la commission spéciale parlementaire (1. Bericht des Sonderausschusses des Bundestages), BT-Drs. 7/1261, p. 28, en ligne : <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/07/012/0701261.pdf>, consulté dernièrement le 10.04.2017.

²⁴¹⁵ V. p. ex. DREHER, Eduard, « Behandlung der Bagatelldeliktualität », dans *FS-Welzel*, 1974, *art. cit.*, p. 938-939.

²⁴¹⁶ 7. Wahlp. Prot., p. 281 tel que cité par KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?*, *op. cit.*, p. 55. V. sur ce point outre cette dernière réf. égal. DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 31 ; HIRSCH, Hans Joachim, « Zur Behandlung der Bagatelldeliktualität in der Bundesrepublik Deutschland », *ZStW*, vol. 92, n° 1, 1980, p. 224.

²⁴¹⁷ En ce sens not. KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?*, *op. cit.*, p. 53-54 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 31.

²⁴¹⁸ V. p. ex. e. a. HIRSCH, Hans Joachim, « Zur Behandlung der Bagatelldeliktualität in der BRD », *ZStW*, 1-1980, *art. cit.*, p. 224 ; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, « Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß », *JZ*, n° 17, 1973, p. 533 ; DENCKER, Friedrich, « Bagatelldelikte im Entwurf des EGStGB », *JZ*, 1973, *art. cit.*, p. 149 ; KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?*, *op. cit.*, p. 56 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 31.

²⁴¹⁹ V. e. a. not. HIRSCH, Hans Joachim, « Zur Behandlung der Bagatelldeliktualität in der BRD », *ZStW*, 1-1980, *art. cit.*, p. 224 ; KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?*, *op. cit.*, p. 56.

La prétendue liberté de choix se réduit donc à l'acceptation du moindre mal comme sanction inévitable émanant des pouvoirs publics.²⁴²⁰ Ainsi convient-il ici de retenir que le § 153a StPO accorde dans une certaine mesure un pouvoir de sanction très proche de celui réservé au juge.²⁴²¹ Mais quel est l'acteur qui en dispose ici ?

443. La compétence décisionnelle unique du procureur est claire dans les cas où ce dernier peut décider seul du classement comme, par exemple, dans le cadre du § 153a al. 1, 7^e phrase en relation avec le § 153 al. 1, 2^e phrase StPO, à savoir lorsque les conséquences dommageables du délit sont mineures et que le seuil minimal de la peine encourue n'est pas augmenté du fait de circonstances légales aggravantes.²⁴²² Dans les hypothèses où la décision du procureur dépend de l'accord du juge, vaut alors ce qui a été énoncé plus haut, c'est-à-dire, l'avalisation quasi systématique des demandes du ministère public sans véritable contrôle de fond par le juge.²⁴²³ Cette relative ineffectivité du contrôle apparaît de plus renforcée par le fait que le § 153a StPO n'exige à aucun moment que le tribunal motive sa décision d'homologation ou de refus de la requête du procureur.²⁴²⁴ De fait, la décision provisoire de classement sans suite est certes subordonnée à l'accord du tribunal et du prévenu (§ 153a al. 1, 1^e phrase StPO) ; cependant, dans la pratique, le procureur rencontre très peu d'opposition lorsqu'il choisit cette voie.²⁴²⁵ Le tribunal, généralement surchargé, échappe en effet à un surcroît de travail et les mis en cause préfèrent ce mécanisme à l'issue incertaine d'une longue procédure.²⁴²⁶ En conséquence, là encore c'est bien le procureur qui dispose du pouvoir décisionnel essentiel : il déterminera non seulement, tel un juge, si l'infraction en question est imputable à la personne mise en cause et fera de surcroît usage d'un pouvoir de sanction, bien qu'il s'agisse ici de compétences en principe exclusivement réservées aux magistrats du

²⁴²⁰ V. n. 2419.

²⁴²¹ V. en ce sens les auteurs évoqués à titre d'exemple en n. 2418.

²⁴²² DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 32 ; En ce sens not. RUDOLPHI, Hans-Joachim, « Strafprozeß im Umbruch: Eine Bilanz der strafverfahrensrechtlichen Reformen seit Kriegsende », *ZRP*, vol. 9, n° 7, 1976, p. 168.

²⁴²³ V. n° 431, p. 398 et s de même que WOLTER, Jürgen, « Strafverfahrensrecht und Strafprozeßreform », *GA*, 1985, p. 75.

²⁴²⁴ SALIGER, Frank, « Grenzen der Opportunität: § 153a StPO u. der Fall Kohl », *GA*, 2005, art. cit., p. 156, spéc. n. 5 ; BEULKE, Werner et FAHL, Christian, « Anm. z. LG Bonn, 28. 2. 2001 - 27 AR 2/01 - Untreue zum Nachteil der CDU durch Dr. Kohl », *NJW*, n° 23, 2001, p. 426-427, qui en viennent à louer les tribunaux choisissant de motiver leur décision.

²⁴²⁵ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 227 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 256.

²⁴²⁶ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 227.

siège.²⁴²⁷ À cela s'ajoute que, comme dans le cas des classements sans suite inconditionnels évoqués plus haut, le dispositif régulateur de l'injonction de mise en mouvement de l'action publique, réservé à la partie lésée, est, comme dans le cas des classements sans suite inconditionnels, exclu en vertu du § 172 al. 2, 3^e phrase StPO.

444. Ce paragraphe déclencha dès son introduction de virulentes critiques,²⁴²⁸ entre autres parce que le procureur usurpait, selon certains, des pouvoirs strictement juridictionnels,²⁴²⁹ exerçait selon d'autres une pression illégitime sur l'inculpé,²⁴³⁰ ou encore faisait naître une justice à deux vitesses en privilégiant les riches en mesure de payer.²⁴³¹ Particulièrement illustratif de ces problèmes pratiques fut la décision de classement sans suite du ministère public sur le fondement du § 153a StPO contre le versement de 300.000 DM par l'ancien chancelier Helmut Kohl, soupçonné d'abus de confiance dans l'affaire du financement illégal du parti politique conservateur qu'il dirigeait, la CDU, décision avalisée par le tribunal de grande instance de Bonn en 2001.²⁴³² Il est curieux qu'un cas d'une telle importance politique

²⁴²⁷ HEINZ, Wolfgang, « StA, Selektions- u. Sanktionsinstanz im statistischen Graufeld », dans H.-J. ALBRECHT (éd.), *Internat. Perspektiven in Kriminologie u. StR*, art. cit., p. 87 ; du même auteur, « Abschlußentscheidung des StA aus rechtstats. Sicht », dans C. GEISLER (éd.), *Ermittlungsverhalten der Polizei u. Einstellungspraxis der StAen*, 1999, art. cit., p. 202 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 32 ; WEIGEND, Thomas, « Strafzumessung durch den StA? », *KJ*, 1-1984, art. cit., p. 18 et s. Dans un sens similaire WOLTER, Jürgen, « StrafverfahrensR u. Strafprozeßreform », *GA*, 1985, art. cit., p. 81.

²⁴²⁸ DENCKER, Friedrich, « Bagatelldelikte im Entwurf des EGStGB », *JZ*, 1973, art. cit., p. 149 ; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, « Freikaufverfahren mit Strafcharakter », *JZ*, 1973, art. cit., p. 529-536 ; HANACK, Ernst-Walter, « Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsreform », dans K. LACKNER (éd.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin [e.a.], de Gruyter, 1973 (abrégé *FS-Gallas*, 1973), p. 339-364. Si les critiques sont aujourd'hui moins virulentes (plus en signe de résignation que d'acceptation véritable, v. JUNG, Heike et BRITZ, Guido, « Anmerkung zur "Flexibilisierung" des Katalogs von § 153 a Abs. 1 StPO », dans A. ESER (éd.), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis*, München, C.H. Beck, 2001, p. 309), elles n'en restent pas moins perceptibles. V. not. outre la référence dernièrement citée KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 383-384 et 386-388, n° 584-584.1 et 589.1-590 ; VULTEJUS, Ulrich, « Legalitäts- und Opportunitätsprinzip », *ZRP*, vol. 32, n° 4, 1999, p. 135-137 ; et tout récemment encore ARBEITSKREIS AE, « AE-AstR », *GA*, art. cit., 1-2019, spéc. p. 5.

²⁴²⁹ Par ex. SATZGER, Helmut, *Chancen u. Risiken einer Reform des strafrechtlichen EV*, op. cit., p. C 34 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 387, n° 589.2 ; WEIGEND, Thomas, « A Judge by Another Name? », dans E. LUNA et M. WADE (éds.), *The prosecutor in transnational perspective*, art. cit., p. 377-391.

²⁴³⁰ V. p. ex. JUNG, Heike et BRITZ, Guido, « Anm. z. "Flexibilisierung" des Katalogs von § 153 a I StPO », dans A. ESER (éd.), *StrafverfahrensR in Theorie u. Praxis*, art. cit., p. 311 ; HENRION, Hervé et SALDITT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 45-46 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 383-384, n° 584.1 ; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Freikaufverfahren mit Strafcharakter*, *JZ*, 1973, art. cit., p. 533-535.

²⁴³¹ JUNG, Heike et BRITZ, Guido, « Anm. z. "Flexibilisierung" des Katalogs von § 153 a I StPO », dans A. ESER (éd.), *StrafverfahrensR in Theorie u. Praxis*, art. cit., p. 308 ; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Freikaufverfahren mit Strafcharakter*, *JZ*, 1973, art. cit., p. 535 ; HANACK, Ernst-Walter, « Legalitätsprinzip u. Strafrechtsreform », dans *FS-Gallas*, 1973, art. cit., p. 358.

²⁴³² V. la décision d'homologation correspondante du LG Bonn, déc. du 28.02.02001 - 27 AR 2/01, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 375-379.

ait somme toute pu faire l'objet d'un classement en vertu du § 153a StPO.²⁴³³ La doctrine dénonça à notre sens avec raison les nombreuses incohérences de cette décision.²⁴³⁴ Ainsi les éléments de culpabilité ont-ils été ici appréciés de manière unilatérale – une fois n'est pas coutume – presque uniquement à décharge au bénéfice du prévenu, alors que nombreux étaient les aspects (par exemple la longue période durant laquelle l'ancien chancelier s'était adonné à construire et consolider un système occulte de financement) qui allaient dans le sens du poids important de la culpabilité.²⁴³⁵ Le tribunal avait argumenté pour entériner la requête du procureur que la situation de droit était incertaine.²⁴³⁶ Or, le juge connaît le droit, c'est la même le cœur de son métier ; il est en principe et malgré les agissements inverses dans la pratique²⁴³⁷ censé pouvoir résoudre tous les problèmes juridiques auxquels il est confronté, quelle qu'en soit la complexité, raison pour laquelle le magistrat du siège ne peut avancer cet argument pour avaliser une décision de classement sans suite.²⁴³⁸ Par ailleurs, vu l'importance de l'affaire s'agissant d'un homme politique de premier plan, il apparaît douteux de retenir qu'il n'y avait en l'espèce pas d'intérêt public à la poursuite ou même qu'un montant de 300.000 DM était en mesure de compenser les conséquences dommageables de l'acte délictueux de l'ancien chancelier Kohl pour la société.²⁴³⁹ Là nous semble résider un problème fondamental des mécanismes développés sur la base de l'opportunité en Allemagne, une procédure d'action civile ouverte même aux associations défendant un intérêt

²⁴³³ En ce sens égal. SALIGER, Frank, « Grenzen der Opportunität: § 153a StPO u. der Fall Kohl », *GA*, 2005, *art. cit.*, p. 175-176.

²⁴³⁴ V. e. a. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 385, n° 586 ; SALIGER, Frank, « Grenzen der Opportunität: § 153a StPO u. der Fall Kohl », *GA*, 2005, *art. cit.* p. 155-176 ; BEULKE, Werner et FAHL, Christian, « Untreue z. Nachteil der CDU durch Dr. Kohl », *NJW*, 2001, *art. cit.*, p. 426-429 ; HAMM, Rainer, « Wie man in richterlicher Unabhängigkeit vor unklaren Gesetzeslagen kapituliert », *NJW*, n° 23, 2001, p. 1694-1696.

²⁴³⁵ SALIGER, Frank, « Grenzen der Opportunität: § 153a StPO u. der Fall Kohl », *GA*, 2005, *art. cit.*, p. 171, qui souligne ce point tout en admettant que le poids de la culpabilité de l'ancien Chancelier Helmut Kohl n'était pas de nature à empêcher un recours au § 153a StPO.

²⁴³⁶ LG Bonn (v. réf. exactes en n. préc.2432), *NJW* 2001, p. 377 et s.

²⁴³⁷ KUNZ, Karl-Ludwig, *Die Einstellung wegen Geringfügigkeit durch die Staatsanwaltschaft*, Königstein, Athenäum-Verl., 1980, p. 63 ; KAISER, Günther et MEINBERG, Volker, « "Tuschelverfahren" und "Millionärsschutzparagraph"? Empirische Erkenntnisse zur Einstellung nach § 153a Absatz I StPO am Beispiel der Wirtschaftskriminalität », *NStZ*, n° 8, 1984, p. 347.

²⁴³⁸ HAMM, Rainer, « Wie man in richterlicher Unabhängigkeit vor unklaren Gesetzeslagen kapituliert », *NJW*, 2001, *art. cit.*, p. 1694-1696 ; SALIGER, Frank, « Grenzen der Opportunität: § 153a StPO u. der Fall Kohl », *GA*, 2005, *art. cit.*, p. 172-175 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 385, n° 586.

²⁴³⁹ SALIGER, Frank, « Grenzen der Opportunität: § 153a StPO u. der Fall Kohl », *GA*, 2005, *art. cit.*, p. 175-176 ; BEULKE, Werner et FAHL, Christian, « Untreue z. Nachteil der CDU durch Dr. Kohl », *NJW*, 2001, *art. cit.*, p. 429.

collectif, telle qu'elle existe en France,²⁴⁴⁰ est exclue délibérément par le § 172 al. 2, 3^e phrase.²⁴⁴¹ Face à l'inertie du ministère public avalisée par le tribunal, aucune action n'était donc possible pour que l'intérêt collectif soit pris en compte, ce qui viole, à notre sens, l'objectif censé poursuivre le droit pénal de rétablir la paix sociale puisque que l'idée s'insinue dans la société qu'il existe une justice à deux vitesses, une pour les puissants, une pour les simples citoyens.²⁴⁴² Dans de tel cas politiques cela est d'autant plus problématique que, comme nous l'avons vu dans la première partie de cette thèse, le ministère public organe décisionnel principal en l'espèce, est directement soumis en tant que fonctionnaire au pouvoir exécutif. Pourtant, ces vives critiques doctrinales n'ont jusque-là pas suffi à pousser le législateur à reconsidérer la question.

445. En définitive, le développement de cette catégorie de classements sans suite sous condition en Allemagne a considérablement augmenté les pouvoirs du procureur en lui procurant, en dehors de tout contrôle de la partie lésée et dans le cas des délits mineurs même sans contrôle du juge, une compétence aux effets très proches de la sanction.²⁴⁴³

(2) Les nouveaux pouvoirs notamment de sanction du procureur français découlant des procédures récentes d'alternatives aux poursuites

446. Le développement de cette troisième voie est encore plus spectaculaire en France, non seulement par son ampleur mais aussi par sa diversité.²⁴⁴⁴

447. Aux termes l'art. 40-1, 2^o du CPP, il est ouvert au procureur 3 alternatives aux poursuites chacune se déclinant en de multiples variantes : celles prévues à l'art. 41-1 du CPP qui rappellent les classements sous conditions sans intervention du juge en vertu des §§ 153 al. 1, 2^e phrase et 153a al. 1, 7^e phrase StPO, la convention judiciaire d'intérêt publique insérée

²⁴⁴⁰ Ainsi à la suite de la déc. de la Cour de cassation dite des biens mal acquis (Cass. crim., déc. du 09.11.2010, n° 09-88.272, inédite) qui reconnaissait qu'une association pouvait exceptionnellement être amenée en raison de la spécificité de son but et de son objet orientés à des intérêts collectifs à se constituer partie civile, le législateur français a-t-il élargi le domaine de l'action civile aux associations, notamment concernant les affaires de corruption, v. art. 2-23 sous le n° 2 du CP.

²⁴⁴¹ En ce sens égal. SALIGER, Frank, « Grenzen der Opportunität: § 153a StPO u. der Fall Kohl », *GA*, 2005, *art. cit.*, p. 176 ; SCHÖCH, Heinz, « Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren », *NStZ*, n° 9, 1984, p. 389.

²⁴⁴² V. réf. préc.2441.

²⁴⁴³ V. en ce sens récemment not. ARBEITSKREIS AE, « AE-AstR », *GA*, *art. cit.*, 1-2019, spéc. p. 5, qui voit dans le caractère sanctionnateur des obligations du § 153a StPO une atteinte à la présomption d'innocence.

²⁴⁴⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 793, n° 1145 ; GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 1-4.

dernièrement à l'art. 41-1-2 du CPP pour tenir compte des spécificités des délits de corruption dont la responsabilité incombe à une personne morale, et la composition pénale selon l'art. 41-2 du CPP comparable aux classements sous conditions avec assentiment du juge en vertu du § 153a al. 1, 1^e phrase StPO. Quant à la transaction pénale, ancree dernièrement à l'art. 41-1-1 CPP et sans équivalent outre Rhin, elle vient finalement d'être supprimée²⁴⁴⁵ avant même d'être entrée, faute de décret,²⁴⁴⁶ en application, raison pour laquelle nous renonçons ici à y consacrer un développement.²⁴⁴⁷

448. Mais procédons ici chronologiquement. Également confrontés à l'encombrement chronique des juridictions correctionnelles françaises et aux inconvénients importants des classements sans suite en opportunité qui favorisaient un sentiment d'impunité chez l'auteur de l'infraction et, corrélativement, une sensation d'injustice et d'insécurité chez la victime et dans la société en général, les parquetiers développent des solutions pratiques parallèles qui viennent constituer « *une troisième voie* » entre la poursuite et le classement sans suite.²⁴⁴⁸ S'est alors établie officieusement d'abord la pratique des classements sous condition puis celle de la médiation.²⁴⁴⁹ D'abord généralisé par la Chancellerie par voie de circulaires,²⁴⁵⁰ le

²⁴⁴⁵ V. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet not. : FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

²⁴⁴⁶ V. not. PERRIER, Jean-Baptiste, « La procédure pénale mise en chantier », *Rec. Dal.*, n° 19, mai 2018, p. 1027-1032, n° 28.

²⁴⁴⁷ Pour une analyse de cette procédure, v. not. JEANNE, Nicolas, « Réflexion sur la transaction pénale par officier de police judiciaire », *Rev. sc. crim.*, n° 1, mai 2016, p. 1-16. Ce dispositif interpellait particulièrement en la matière alors qu'il octroyait des pouvoirs proches de la sanction non plus seulement au procureur mais directement à l'OPJ. Cela n'étonne donc pas que le Sénat se soit opposé à cette mesure qui n'a pu être adoptée qu'en raison de l'intervention de l'Assemblée nationale (v. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 649-650, n° 689) et que le Conseil d'État en ait finalement annulé le décret d'application faute de garanties suffisantes pour les libertés individuelles, CC, déc. n° 2016-569 QPC du 23.09.2016 - Syndicat de la magistrature et autre [Transaction pénale par OPJ], publiée au *JO* n° 0224 du 25.09.2016, texte n° 29 : Le CC rappelle que la procédure de transaction doit reposer sur l'accord libre et non équivoque de la personne à laquelle la transaction est proposée, avec l'assistance éventuelle de son avocat (cons. n° 8) ; CE, 6^e et 1^e ch. réunies, déc. du 24.05.2017, n° 395321, cons. n° 6 : le CE annule les textes d'application réglementaires relatifs à l'art. 41-1-1 du CPP en raison de l'insuffisante protection des droits de la personne à qui la transaction pénale est proposée, en particulier de son droit à l'information. V. pour un comm. de cette juris. not. : PERRIER, Jean-Baptiste, « La transaction pénale et les apports du Conseil d'État », *Rec. Dal.*, n° 30, septembre 2017, p. 1744-1747. Si l'abandon de cette procédure est une bonne chose, il n'en demeure pas moins inquiétant pour les libertés individuelles que le législateur ait somme toute eu l'idée, de confier des pouvoirs clairement judiciaires à des policiers.

²⁴⁴⁸ GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 1 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 802, n° 1160 ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

²⁴⁴⁹ V. l'ens. des réf. préc. en n. 2448.

²⁴⁵⁰ SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

législateur tient compte de ces nécessités pratiques et consacre dans un premier temps la médiation pénale et la mesure de réparation directe à l'égard de la victime par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 avant d'ancrer légalement l'ensemble des mesures alternatives aux poursuites existantes dans la pratique avec la loi n° 99-515 du 23 juin 1999.²⁴⁵¹ Elles sont désormais prévues à l'art. 41-1 du CPP qui en énonce pas moins de six dont beaucoup font penser à celles prévues au § 153a StPO, à savoir le rappel à la loi, l'orientation vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, la régularisation d'une situation constitutive d'une infraction, la réparation du dommage résultant des faits, la médiation pénale et des mesures tendant à l'éloignement du conjoint auteur de violences conjugales ou de violences sur ses enfants. À ces modalités, que le législateur ne cesse d'étendre²⁴⁵² et dont la plus significative est la médiation pénale,²⁴⁵³ vient s'ajouter le dispositif de réparation directe à l'égard de la victime prévu par l'art. 12-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, ainsi que l'injonction thérapeutique règlementée à l'art. L. 3423-1 du Code de la santé publique. L'ensemble de ces mécanismes alternatifs peut être mis en œuvre à l'image du §§ 153 al. 1, 2^e phrase et 153a al. 1, 7^e phrase StPO par le seul procureur sans intervention du juge, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué du procureur ou d'un médiateur (art. 41-1 al. 1 CPP). Il peut s'appliquer à toutes les infractions commises, que l'auteur soit majeur ou mineur (en vertu de l'art. 12-1 de l'ord. du 2 février 1945) mais le recours à ces mesures alternatives aux poursuites est en règle générale réservé aux faits de faible gravité qui ne justifient ni le recours à une composition pénale, ni l'engagement des poursuites.²⁴⁵⁴ Trois critères non cumulatifs ressortent de l'article 41-1 du CPP selon lequel la mesure doit être « *susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de*

²⁴⁵¹ GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 1 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 802, n° 1160 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 639 et s., n° 683 et s.

²⁴⁵² GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 4 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 793, n° 1145 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 376-377, n° 588.

²⁴⁵³ SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 376 n° 588.

²⁴⁵⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 804, n° 1162 ; Concernant les critères de recours aux mesures alternatives aux poursuites, v. not. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Circ. rél. à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites et de recours aux délégués du procureur, CRIM 2004-03 E5/16-03-04 », *Bull. off. du min. de la Justice*, n° 93, 01.01-31.03.2004, en ligne : <<http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dacg93c-annexes.htm>>, consultée dernièrement le 05.09.18.

l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits », le premier aspect étant prédominant²⁴⁵⁵. On ne peut par ailleurs s'empêcher de relever l'identité de ces exigences avec celles établies pour la dispense de peine (art. 132-59 du CP) et pour l'ajournement du prononcé de la peine (art. 132-60 CPP).²⁴⁵⁶ À l'exception de l'injonction thérapeutique pour laquelle la réussite de l'obligation fait obstacle aux poursuites (v. art. L 3423-1 du Code de la santé publique), l'exécution de la mesure ordonnée par le procureur n'a pas d'effet extinctif sur l'action publique, puisque contrairement par exemple à l'art. 41-2 du CPP, où cet aspect fait l'objet d'une mention explicite, l'article 41-1 du CPP reste silencieux sur la question.²⁴⁵⁷ En conséquence, la haute juridiction confirmait que l'auteur de l'infraction pouvait théoriquement faire l'objet de poursuites postérieurement à la réalisation des obligations ordonnées.²⁴⁵⁸ En pratique, l'exécution de la mesure sera suivie d'un classement sans suite assimilable à un classement en opportunité.²⁴⁵⁹ Toutefois, la Cour de cassation rappelle ici qu'un tel classement n'interdit pas aux victimes de déclencher les poursuites et donc l'action publique.²⁴⁶⁰ Il sera ainsi important pour le procureur de penser à informer les parties lésées de la décision de recourir à l'art. 41-1 du CPP pour leur permettre, le cas échéant, de mettre en mouvement l'action publique si elles le souhaitent.²⁴⁶¹ Ce dispositif connaît un vif succès alors qu'il représentait pas moins de 36,7 % des réponses pénales apportées aux affaires poursuivables en 2017.²⁴⁶²

449. Classée par le législateur parmi les mesures alternatives aux poursuites²⁴⁶³ et inspirée de la réforme avortée concernant l'injonction pénale que le Conseil Constitutionnel avait déclaré contraire à la constitution,²⁴⁶⁴ la composition pénale est créée par la loi n° 99-515 du

²⁴⁵⁵ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 804, n° 1162.

²⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 803-804, n° 1162.

²⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 812, n° 1175.

²⁴⁵⁸ V. not. Cass. crim., déc. du 10.06.2009, n° 09-80.718, inédite ; Cass. crim., déc. du 21.06.2011, n° 11-80.003, publiée au *bull.* n° 141, v. pour un comm. correspondant not. PERRIER, Jean-Baptiste, « Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique », *Rec. Dal.*, n° 34, 2011, p. 2349-2350.

²⁴⁵⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 812, n° 1175.

²⁴⁶⁰ Cass. crim., déc. du 17.01.2012, n° 10-88.226, publiée au *bull.* n° 12.

²⁴⁶¹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 812, n° 1175.

²⁴⁶² MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.14.

²⁴⁶³ Ce rattachement est loin de faire l'unanimité dans la doctrine qui s'adonne à de nombreux débats sur la question de la nature de cette procédure. Nous partageons ici l'analyse de Muriel Giacomelli qui, en raison de leur caractère unitaire, conclut que les mesures prévues à l'art. 41-1 et 41-2 du CPP font bien partie, malgré certaines différences, d'une même troisième voie consensuelle et sanctionnatrice, v. not. GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 47-50.

²⁴⁶⁴ La composition pénale fait suite à la tentative vaine du législateur d'instaurer une procédure d'injonction pénale par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 qui ne prévoyait originellement pas d'intervention du juge du siège.

23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale. Cette nouvelle mesure se distingue des alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 du CPP en ce qu'elle prévoit une intervention du juge et se rapproche en ce sens dans une certaine mesure de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, même si elle intervient à un stade différent, soit, en amont de la décision de poursuite.²⁴⁶⁵ Il s'agit ici d'une forme de transaction²⁴⁶⁶ qui permet au procureur, seul titulaire ici du pouvoir d'initiative mais qui pourra agir par le biais d'un intermédiaire habilité ou d'un officier de police judiciaire (v. art. 41-2, avant 1° CPP), de proposer à une personne physique²⁴⁶⁷ mise en cause majeure – ou mineure selon les modalités de l'art. 7-2 de l'ordonnance pénale du 2 février 1945 (v. art. 41-2 al. 30 CPP) – qui reconnaît avoir commis une contravention ou un délit obéissant à certaines conditions d'effectuer une des 19 mesures énoncées à l'art. 41-2 du CPP telles l'amende de composition (1°), le dessaisissement d'une chose, produit de l'infraction (2°), la remise au greffe du tribunal du permis de chasse (5°) ou de conduire (4°), la remise d'un véhicule aux fins d'immobilisation (3°), le travail au profit de la collectivité (6°), l'interdiction d'émettre des chèques (8°), l'interdiction de paraître dans certains lieux (9°) ou de rencontrer certaines personnes (10° et 11°), l'interdiction de quitter le territoire, l'obligation de suivre un stage ou une formation (7°) etc. On constate d'ores et déjà que les mesures proposées sont, si non identiques (il n'est pas question d'amende mais d'amende de composition, pas de confiscation mais de

C'est ici au nom du principe de la séparation des autorités de poursuite et de jugement que le Conseil Constitutionnel a déclaré la non-conformité de « l'injonction pénale ». Considérant not. que certaines mesures étaient des peines lorsqu'elles sont prononcées par une juridiction, le Conseil des sages en a tiré l'inconstitutionnalité du texte de 1995, requérant que la composition pénale soit soumise à la garantie d'un juge du siège (v. CC, déc. n° 95-360 DC du 02.02.1995 - Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, publiée au *JO* du 07.02.1995, p. 2097), ce dont législateur a tenu compte lors de la création de la composition pénale, v. à ce propos e. a. GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, art. cit., n° 42 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 382-383, n° 600 et spéc. n. 16.

²⁴⁶⁵ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 813-815, n° 1177-1178 ; VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, art. cit., n° 4.

²⁴⁶⁶ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « De la transaction pénale à la composition pénale, Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 Note 1 - Et., doct. 198 », *JCP G*, n° 3, janvier 2000 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 647, 688.

²⁴⁶⁷ Concernant les personnes morales, le nouvel art. 41-1-2 du CPP leur dédie désormais une procédure alternative aux poursuites en cas d'infractions de corruption, v. n° 450, p. 422 et s. de cette thèse. Par ailleurs, la loi de programmation 2018-2022 a étendu dernièrement la composition pénale aux personnes morales avec le nouvel art. 41-3-1 CPP, v. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet not. : FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, art. cit.

dessaisissement, pas de travail d'intérêt général mais collectif etc.),²⁴⁶⁸ du moins semblables aux peines complémentaires qui peuvent être prononcées par une juridiction de jugement.²⁴⁶⁹ À cela s'ajoute qu'une fois exécutée, la composition pénale est inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire (art. 41-2 al. 29 et 768, 9° CPP). L'acceptation de cette mesure doit ensuite en principe être validée par le président du tribunal (art. 41-2, al. 24 CPP), la loi de programmation 2018-2022 étant venue ici préciser les raisons pour lesquelles le juge peut refuser la validation.²⁴⁷⁰ De plus, le nouvel alinéa 24 *in fine* de cette disposition prévoit que la composition pénale n'a plus à être validée en matière de délits punis d'une peine inférieure ou égale à trois ans d'emprisonnement, lorsque la peine d'amende proposée n'exède pas 3000 € ou lorsque la valeur de la confiscation prononcée ne dépasse pas ce seuil.²⁴⁷¹ À noter qu'il s'agit ici d'une simple mesure d'avalisation de la sanction qui, elle, résulte exclusivement d'un accord de la personne poursuivie à la proposition que lui a faite le ministère public après aveu de culpabilité ; en d'autres termes, le juge ne peut que valider la proposition ou la rejeter, il ne peut en aucun cas changer les termes de l'accord, convenus entre le procureur et l'auteur de l'infraction.²⁴⁷² Si la composition pénale réussit, l'action publique est éteinte (41-2 al. 28 CPP). En revanche, l'action civile demeure possible et la composition pénale ne fait pas échec au droit de la victime de délivrer une citation directe devant le tribunal correctionnel (art. préc.). Mais ce dernier, composé d'un seul magistrat, ne statuera alors que sur les seuls intérêts civils, au vu du dossier de la procédure qui est versé au débat (art. préc.). À cet égard, il convient de préciser que la limite au principe d'opportunité résultant de la possibilité pour la victime de déclencher les poursuites et donc l'action publique n'existe plus, puisque seuls ses intérêts civils pourront être considérés. Si cela est compréhensible pour ne pas mettre en danger l'accord établi entre le procureur et le prévenu, il n'en subsiste pas moins des

²⁴⁶⁸ Raison pour laquelle il ne s'agit pas de sanction ou de peine au sens technique du terme, v. PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 645-646, n° 687 ; GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 14.

²⁴⁶⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 814, n° 1178 ; GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 14.

²⁴⁷⁰ V. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet not. : FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

²⁴⁷¹ V. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet not. : FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

²⁴⁷² PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 646-647, n° 688 ; VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, n° 10. V. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet not. : FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

interrogations, les pouvoirs du procureur étant considérablement développés, alors que les garde-fous censés les contenir sont réduits à néant. En cas d'échec de la composition, le parquet met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau (art. 41-2 al. 26 CPP). Après avoir fait l'objet d'une énumération limitative,²⁴⁷³ la composition pénale s'applique depuis l'élargissement opéré par la loi du 9 mars 2004 aux délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à 5 ans, de même, le cas échéant, qu'aux contraventions connexes (art. 41-2 al. 1 CPP) et *a fortiori* aux contraventions avec les réserves néanmoins prévues à l'art. 41-3 du CPP. Elle est en revanche exclue en matière de délit de presse, de délit d'homicides involontaires ou de délits politiques, art. 41-2 al. 11 du CPP. À noter que la loi de programmation 2018-2022 en a par ailleurs étendue l'application aux personnes morales avec l'introduction du nouvel art. 41-3-1 CPP.²⁴⁷⁴ En pratique, la procédure de composition pénale est principalement utilisée pour le traitement des affaires relevant du contentieux de masse lorsque l'auteur des faits n'a encore jamais été condamné.²⁴⁷⁵ Selon la circulaire du 11 juillet 2001, « *cette procédure ne peut [...] pas être mise en œuvre dans les affaires où la question de la réparation du préjudice causé à la victime soulève des difficultés particulières (et notamment lorsqu'une expertise est nécessaire). En tout état de cause la composition pénale semble de même ne pas pouvoir être utilisée lorsque l'importance du préjudice devant être réparé est telle qu'il paraît évident que l'auteur de l'infraction, même s'il déclare accepter les propositions qui lui sont faites, ne sera pas en mesure de rembourser effectivement et intégralement la victime, dans un délai de six mois* ». ²⁴⁷⁶ Les parquets recourent de plus en plus fréquemment à cette procédure qui est le plus souvent mise en œuvre par les délégués du procureur.²⁴⁷⁷ En 2017, 63.207 compositions

²⁴⁷³ V. sur ce point not. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 382-383, n° 600 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 643, n° 686.

²⁴⁷⁴ V. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet not. : FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

²⁴⁷⁵ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 815, n° 1179 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 647-648, n° 688.

²⁴⁷⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Circ. de présentation des dispositions concernant la composition pénale, n° CRIM-01-14/F1 - 11.07.0 », *Bull. off. du min. de la Justice* n° 83, 01.07.-30.09.2001, p. 19, en ligne : <http://www.vie-publique.fr/documents-vp/circ_composition_penale_110701.pdf>, consultée dernièrement le 05.09.2018.

²⁴⁷⁷ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 647-648, n° 688. V. égal. la courbe se rapportant aux orientations données par le parquet aux affaires poursuivables depuis 2005, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.14.

pénales ont été réalisées, ce qui correspond à 5 % des orientations données par les parquets aux affaires poursuivables.²⁴⁷⁸

450. Inspirée des accords de justice négociés américains et britanniques (soit les Deferred prosecution agreements) qui permettent au Department of Justice de mettre fin aux poursuites en échange d'une reconnaissance des faits reprochés et du paiement d'une amende,²⁴⁷⁹ la convention judiciaire d'intérêt public a été dernièrement consacrée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite Sapin II (art. 22 de la loi). Il s'agit d'une procédure transactionnelle²⁴⁸⁰ très ressemblante à la composition pénale mais s'adressant uniquement aux personnes morales. Elle est conclue entre le procureur de la République et les personnes morales mises en cause pour les infractions d'atteinte à la probité visées à l'art. 41-1-2, I., al. 1 du CPP, le délit de blanchiment de fraude fiscale, ainsi que pour des infractions connexes à celles précitées, à l'exception de l'infraction de fraude fiscale, en raison de son particularisme procédural (v. art. 41-1-2, I., al. 1 CPP). Aux termes de cette disposition, le procureur pourra proposer à la personne morale qu'elle procède au versement d'une amende d'intérêt public au Trésor public (art. préc. sous 1°) et/ou qu'elle se soumette pendant une durée maximale de 3 ans et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption à un programme de mise en conformité (art. préc. sous 2°). Comme dans le cadre de la composition pénale, si la personne morale donne son assentiment, le ministère public devra soumettre la convention au président du tribunal pour validation, sans que ce dernier puisse ici modifier les termes de l'accord (art. 41-1-2, II., al. 1 à 3 CPP). En cas d'exécution de l'obligation, l'action publique sera éteinte et la victime ne disposera plus que du droit de poursuivre la réparation de son préjudice devant les juridictions civiles (art. 41-1-2, IV, al. 1 CPP). Il est permis à cet égard de se demander si les progrès qu'avait amené la reconnaissance du droit des associations à déclencher l'action publique,²⁴⁸¹ sous réserve des conditions prévues à l'art. 2-

²⁴⁷⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.14.

²⁴⁷⁹ V. sur ce point not. CLAUDE, Ophélie, « Réflexions sur la première convention judiciaire d'intérêt public », *AJP*, n° 1, 2018, p. 30-33 ; MIGNON COLOMBET, Astrid, « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? », *AJP*, n° 2, 2017, p. 68-70.

²⁴⁸⁰ V. not. DUFOURQ, Pauline, « La convention judiciaire d'intérêt public : apport de ce nouveau dispositif transactionnel », *Dal. act.*, 12 mai 2017 ; MIGNON COLOMBET, Astrid, « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? », *AJP*, 2-2017, *art. cit.*, p. 68-70.

²⁴⁸¹ Ainsi à la suite de la déc. de la Cour de cassation dite des biens mal acquis (Cass. crim., déc. du 09.11.2010, n° 09-88.272, inédite) qui reconnaissait qu'une association pouvait exceptionnellement être amenée en raison

23 du CPP, ne sont pas par là indirectement pour une bonne part réduits à néant. D'autant que contrairement à la composition pénale, la convention judiciaire d'intérêt privé ne fait pas l'objet d'une inscription au bulletin n° 1 du casier judiciaire ; de même, l'ordonnance de validation n'emporte pas de culpabilité et n'a ni la nature, ni les effets d'un jugement de condamnation (art. 41-1-2, II., al. 4 et 5 CPP). En conséquence, l'entreprise concernée n'encourt pas le risque de se voir exclure de l'accès aux marchés publics.²⁴⁸² Pourquoi cet excès soudain de clémence envers les seules personnes morales, alors que le législateur n'hésite pas un instant à adopter une politique pourtant abusivement répressive envers les personnes physiques ? Cette différence de traitement surprend et laisse ici la désagréable impression d'une justice qu'il serait possible d'acheter, soit une justice à deux vitesses ou de deux poids, deux mesures.²⁴⁸³ Par ailleurs, sont ici concernées des affaires de corruption dans lesquelles il n'est pas rare que le gouvernement poursuive des intérêts particuliers propres. Or, est-il besoin de rappeler que le procureur est plus proche de ces intérêts qu'un magistrat du siège ? Les craintes sont d'autant plus grandes qu'une fois la convention exécutée, l'action publique est éteinte également pour une partie lésée.

451. L'ensemble de ces nouvelles modalités de réponses pénales s'inscrit dans le « courant contractuel »²⁴⁸⁴ prônant des modes alternatifs de règlement du litige afin d'éviter en principe le recours au juge (à l'exception de la composition pénale et de la convention judiciaire qui nécessitent une validation par le juge du siège, art. 41-2 al. 6 CPP).²⁴⁸⁵ Il s'agit ici d'une « troisième catégorie » de réponse pénale, à côté des voies traditionnelles que sont le

de la spécificité de son but et de son objet orientés à des intérêts collectifs à se constituer partie civile, le législateur français a-t-il élargi le domaine de l'action civile aux associations notamment concernant les affaires de corruption, v. art. 2-23 sous le n° 2 du CP.

²⁴⁸² DUFOURQ, Pauline, « Convention judiciaire d'intérêt public : apport de ce nouveau dispositif transactionnel », *Dal. act.*, 12.05.2017, *art. cit.*

²⁴⁸³ Ainsi les organisations non gouvernementales de lutte contre la corruption se sont montrées partagées sur cette mesure, v. not. SOUCHARD, Pierre-Antoine, « Convention judiciaire d'intérêt public : un deal de justice ? », *Dal. act.*, 10 juin 2016. V. aussi concernant les soucis d'une justice « deux poids, deux mesures » GALLI, Martina, « Une justice pénale propre aux personnes morales », *Rev. sc. crim.*, n° 2, août 2018, p. 359-386.

²⁴⁸⁴ V. à ce propos not. ALT-MAES, Françoise, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2002, p. 501-516 ; PIN, Xavier, « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.*, n° 2, 2002, p. 245-262. V. concernant le caractère consensuel de la transaction judiciaire not. PERRIER, Jean-Baptiste, « La transaction pénale et les apports du CE », *Rec. Dal.*, 30-2017, *art. cit.*, p. 1744-1747, n° 1. S'agissant de l'aspect transactionnel de la convention judiciaire d'intérêt publique not. DUFOURQ, Pauline, « Convention judiciaire d'intérêt public : apport de ce nouveau dispositif transactionnel », *Dal. act.*, 12.05.2017, *art. cit.* ; MIGNON COLOMBET, Astrid, « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? », *AJP*, 2-2017, *art. cit.*, p. 68-70.

²⁴⁸⁵ GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 2.

classement sans suite et la poursuite judiciaire.²⁴⁸⁶ Sans être tout à fait assimilable à l'une ou à l'autre de ces catégories traditionnelles, elle emprunte certaines caractéristiques à ces deux modèles.²⁴⁸⁷ Si les traits communs avec les classements sans suite apparaissent relever typiquement des compétences originelles du procureur dans sa qualité de détenteur de l'action publique que lui accorde la procédure française, les spécificités liées à la poursuite judiciaire étonnent plus dans la mesure où des pouvoirs normalement réservés au juge relèvent ici soudainement du procureur souvent en dehors de toute intervention du juge ou à la suite d'une simple procédure de validation ou d'homologation – somme toute, à l'image de ce qui a été constaté dans le système allemand assez superficielle, puisque le juge ne pourra modifier les termes de l'accord conclu préalablement entre les parties –²⁴⁸⁸ comme c'est le cas dans le cadre de la transaction pénale, de la convention judiciaire d'intérêt public ou encore de la composition pénale.²⁴⁸⁹ En effet, qu'il s'agisse de la composition pénale, de la convention judiciaire d'intérêt public ou des classements sous conditions, le procureur sera amené tel un premier juge à décider de la culpabilité de l'auteur présumé d'une infraction pour pouvoir justifier de la réponse pénale apportée.²⁴⁹⁰ Le législateur a donc ici permis au procureur de décider de l'imputation d'une infraction à la personne faisant l'objet d'une procédure alternative en recourant aux deux modes d'établissement de la culpabilité que sont l'aveu et/ou les éléments matériels.²⁴⁹¹ Concernant les mesures de classement sous condition prévues à l'art. 41-1 du CPP, la convention judiciaire d'intérêt public, elles supposent d'identifier le dommage causé à la victime et le trouble résultant de l'infraction, soit des éléments touchant directement la question de la responsabilité

²⁴⁸⁶ La nature exacte de ces mesures fait controverse dans la doctrine du fait notamment de leur extrême diversité. Sans vouloir rentrer dans les méandres des débats doctrinaux très riches sur la question, la nature ambiguë des alternatives aux poursuites nous semble justifier ici de parler d'une « troisième voie » à part entière. En ce sens e. a. égal. SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, art. cit., p. 14, n° 4 ; CHEVALLIER, Jean-Yves, « Le parquetier et la troisième voie », *Rev. pén. et dr. pén.*, vol. 127, n° 4, 2003, p. 629-638.

²⁴⁸⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 803, n° 1161.

²⁴⁸⁸ *Ibid.*, n° 18

²⁴⁸⁹ Dans un sens similaire SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, art. cit., p. 14, n° 4.

²⁴⁹⁰ GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, art. cit., n° 9 ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, art. cit., p. 14, n° 4. La situation était quelque peu différente dans le cas de la transaction judiciaire ou ces pouvoirs relèvent de l'OPJ, v. JEANNE, Nicolas, « Réflexion sur la transaction pénale par OPJ », *Rev. sc. crim.*, 1-2016, art. cit., n° 8.

²⁴⁹¹ V. réf. en n. préc. 2490.

pénale.²⁴⁹² En définitive, ces alternatives à la poursuite se rapportent à des faits de faible gravité dont les auteurs admettent la réalité et sont animés du désir de réparer le tort causé à autrui.²⁴⁹³ En réalité, toutes les procédures alternatives aux poursuites tournent autour du dénominateur commun qu'est l'aveu.²⁴⁹⁴ Dans le cadre des art. 41-1, 41-1-1 et 41-1-2 du CPP, elles encouragent l'aveu spontané qui autorise le procureur à faire abstraction de la preuve matérielle pour se satisfaire d'une preuve juridique, à savoir la reconnaissance de culpabilité par l'auteur des faits.²⁴⁹⁵ En d'autres termes, le magistrat peut estimer la vérité subjective suffisante et la substituer à la preuve objective.²⁴⁹⁶ La composition pénale pousse cette logique plus loin en faisant de l'aveu une condition *sine qua non* à la mise en œuvre de ce mécanisme (art. 41-2, al. 1 CPP). L'aveu n'a ici plus seulement un rôle de preuve, il impose un jugement de culpabilité et c'est l'absence de contentieux sur cette culpabilité qui permet au ministère public de ne pas déclencher les poursuites.²⁴⁹⁷ Qu'il s'agisse d'une procédure d'homologation (concernant la transaction judiciaire)²⁴⁹⁸ ou de validation (s'agissant de la convention judiciaire d'intérêt public et la composition pénale)²⁴⁹⁹, le juge ne pourra en toute hypothèse pas changer les termes de l'accord intervenu en amont, il perd en ce sens son pouvoir de juger pour devenir un simple « contrôleur ».²⁵⁰⁰

452. À cela s'ajoute le côté assurément punitif de l'alternative aux poursuites puisqu'il s'agissait ici pour le législateur à la différence du classement « sans suite », de marquer la

²⁴⁹² SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

²⁴⁹³ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 643-644, n° 738 ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

²⁴⁹⁴ GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 10. À noter que cet essai a été écrit avant que l'insertion des art. 41-1-1 et 41-1-2 du CP. Ces observations nous semblent néanmoins parfaitement transposables à ces nouvelles mesures.

²⁴⁹⁵ *Ibid.*

²⁴⁹⁶ *Ibid.*

²⁴⁹⁷ VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, n° 11 et 13.

²⁴⁹⁸ Dans le cadre d'une validation, le juge n'opère qu'un contrôle de la régularité formelle de la procédure. Il ne dispose alors d'aucune compétence pour contrôler ni l'opportunité, ni la légalité des actes d'investigation effectués, v. JEANNE, Nicolas, « Réflexion sur la transaction pénale par OPJ », *Rev. sc. crim.*, 1-2016, *art. cit.*, n° 18.

²⁴⁹⁹ Une procédure d'homologation permet, comme l'indique l'art. 495-9 du CPP, de vérifier la réalité des faits et leur qualification juridique. Cela n'autorise néanmoins pas pour autant le juge à modifier les termes de la décision qui lui est soumise, v. à ce propos VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, n° 13 ; JEANNE, Nicolas, « Réflexion sur la transaction pénale par OPJ », *Rev. sc. crim.*, 1-2016, *art. cit.*, n° 18.

²⁵⁰⁰ CAPDEPON, Yannick, « Juge du siège - Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? - Et. 15 », *Dr. Pén.*, n° 9, 2007, not. n° 7 et 8 ; JEANNE, Nicolas, « Réflexion sur la transaction pénale par OPJ », *Rev. sc. crim.*, 1-2016, *art. cit.*, n° 18.

désapprobation de l'État vis-à-vis d'un comportement répréhensible en provoquant une conséquence pénale, tels entre autres un rappel à la loi, une orientation sanitaire, sociale ou professionnelle.²⁵⁰¹ À cet égard, à l'instar du système allemand, on remarque que les critères édictés, par exemple à l'art. 41-1 al. 1 du CPP, correspondent à ceux utilisés par le juge pour décider d'une dispense de peine selon l'art. 132-59 du CPP ou de l'ajournement du prononcé de la peine.²⁵⁰² La composition pénale va même encore plus loin dans la sanction puisqu'elle entraînera une inscription au casier judiciaire de la personne concernée (art. 40-2 al. 10 CPP). On pourrait donc en quelque sorte parler ici d'un classement « *avec suite punitive* »²⁵⁰³, ce qui à notre sens constitue une atteinte caractérisée à la présomption d'innocence²⁵⁰⁴.

453. En outre, ces décisions ont un effet proche de celui de la chose jugée, en ce que la décision du procureur deviendra, à la différence d'un classement sans suite qui n'est que provisoire, en principe et sauf intervention de la partie civile, définitive.²⁵⁰⁵ En effet, dans l'hypothèse de l'échec d'une mesure alternative, le procureur sera certes une nouvelle fois appelé à apprécier des diverses modalités de la réponse pénale, le législateur ayant en l'espèce prévu une véritable gradation de celle-ci.²⁵⁰⁶ Si l'échec porte sur l'une des dispositions énumérées par l'art. 41-1 CPP, cette norme expose dans son dernier alinéa que « *sauf élément nouveau* », le procureur pourra mettre « *en œuvre une composition pénale ou engage[r] des poursuites* ». Et l'art. 41-1 du CPP n'indique pas qu'elle éteint l'action publique.²⁵⁰⁷ En conséquence, l'auteur de l'infraction peut théoriquement faire l'objet de poursuites après que les mesures ordonnées aient été réalisées.²⁵⁰⁸ Dans les faits toutefois l'exécution rend la

²⁵⁰¹ GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 14 ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

²⁵⁰² DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 804, n° 1162.

²⁵⁰³ Dans un sens similaire not. GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 14.

²⁵⁰⁴ En ce sens égal. concernant les mesures équivalentes allemandes AE-ASR, « *Alternativ-Entwurf, Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat* », *GA*, n° 1, 2019, p. 5.

²⁵⁰⁵ SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4 ; GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 19-21.

²⁵⁰⁶ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 873 et 880, n° 1517 et 1557 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 794, n° 1147.

²⁵⁰⁷ GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 21.

²⁵⁰⁸ V. not. Cass. crim., déc. du 10.06.2009, n° 09-80.718, inédite ; Cass. crim., déc. du 21.06.2011, n° 11-80.003, publiée au *bull.* n° 141, v. pour un comm. correspondant not. PERRIER, Jean-Baptiste, « Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique », *Rec. Dal.*, 34-2011, *art. cit.*, p. 2349-2350.

décision du procureur définitive.²⁵⁰⁹ Seules les victimes pourront encore par leur intervention déclencher les poursuites.²⁵¹⁰ La composition pénale et la convention judiciaire d'intérêt public sont de leur côté plus claires, puisqu'elles prévoient toutes que « *l'exécution de la composition pénale éteint l'action publique* ». Ainsi, même s'il n'est ici pas fait échec à ce que la victime puisse directement citer l'auteur de l'infraction devant le tribunal (à noter qu'il ne s'agira alors non de l'action publique mais de l'action civile), la portée de la décision est-elle plus importante que celle d'une décision de classement sans suite qui n'est que provisoire.²⁵¹¹ Le mécanisme jusque-là censé limiter l'opportunité (le déclenchement des poursuites par la partie civile) est réduit à néant. Le procureur se voit donc reconnaître par là indirectement le droit de disposer de l'action publique (pourtant en principe pour lui indisponible après déclenchement des poursuites) en ce qu'il décidera par avance et sous condition de réussite de renoncer définitivement aux poursuites.²⁵¹² Bien qu'il s'agisse ici pour lui essentiellement de n'appliquer que le principe de l'opportunité, son pouvoir va donc bien au-delà de la simple décision de ne pas soutenir l'action publique en n'exerçant pas, par exemple, de voie de recours ou de la laisser se prescrire.²⁵¹³ Ces nouveaux pouvoirs décisionnels dotent le procureur d'une compétence « *juridictionnelle conditionnelle* » qu'il n'avait pas jusque-là dans le cadre de ses pouvoirs classiques en tant que détenteur de l'action publique.²⁵¹⁴

454. En résumé, on constate que le développement des alternatives aux poursuites en France est encore plus effréné qu'outre Rhin et les motivations principales sont toujours un souci de désengorgement des tribunaux et de célérité. Le procureur hérite souvent seul de pouvoirs très proches de la sanction et le contrôle du juge, prévu pour certaines mesures telle

²⁵⁰⁹ GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 21 ; PERRIER, Jean-Baptiste, « Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique », *Rec. Dal.*, 34-2011, *art. cit.*, p. 2349-2350 ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

²⁵¹⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 812, n° 1175.

²⁵¹¹ SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4 ; GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites », *Rev. sc. crim.*, 3-2012, *art. cit.*, n° 19-21.

²⁵¹² VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, n° 10 ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

²⁵¹³ VALOTEAU, Aude, « CRPC : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, 5-2006, *art. cit.*, n° 10.

²⁵¹⁴ V. SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 4.

la composition pénale, s'avère, comme en Allemagne, limité puisque le magistrat du siège perd sa capacité traditionnelle d'apprécier le poids de la culpabilité et l'ampleur de la peine et n'intervient plus que comme simple organe d'avalisation de ce qui a été décidé sans lui en amont. On constate en outre qu'il est, dans le cadre des alternatives aux poursuites, certes réservé une place plus importante à la victime qu'en Allemagne, et que le mécanisme régulateur du déclenchement des poursuites par la partie civile continue de jouer le rôle qui lui était dévolu dans le cadre de la disposition la plus usitée qu'est l'art. 41-1 du CPP. En revanche, il est préoccupant d'observer la disparition sans remplacement équivalent de ce dispositif dans les autres procédures alternatives aux poursuites.

Conclusion de la Section II

455. Le procureur tire ses pouvoirs les plus importants de son rôle en tant que détenteur de l'action publique au titre duquel il décidera du sort de l'action publique et ce indépendamment du fait que le système soit de tradition légaliste ou opportuniste.

456. Si les différents modèles de poursuites alimentent à notre sens encore quelques divergences importantes, tels notamment l'encadrement dans la loi du principe d'opportunité en Allemagne ou le mécanisme régulateur du déclenchement de l'action publique par la partie lésée en France, l'exercice de ces règles conduisent dans la pratique à des constatations similaires.

457. La place accordée au procureur en tant que détenteur de l'action publique gagne considérablement en importance au regard de celle qui lui était traditionnellement dévolue. Originellement le parquet ne disposait que d'un choix binaire entre la poursuite et le classement sans suite. S'il décidait de renvoyer l'affaire en jugement, il exprimait alors dans sa réquisition à l'audience sa préférence pour une sanction et le juge du siège appréciait librement des éléments de preuves en sa présence pour déterminer la culpabilité de la personne mise en cause et, le cas échéant, fixer sa peine en conséquence. Le pouvoir décisionnel du procureur à la fin des investigations n'était certes pas négligeable du fait notamment de la marge importante que l'interprétation des éléments matériels d'une infraction lui laissait sur le seul fondement de la légalité et concernant le procureur français en raison de la possibilité des classements en opportunité. Mais ces compétences restaient somme toute prévisibles et limitées.

458. C'est finalement le pragmatisme face au traitement de la délinquance de masse qui, des deux côtés du Rhin, impose le renforcement, du côté français, ou le développement, du côté germanique, de l'opportunité, non plus seulement des poursuites, mais de la réponse pénale afin d'éviter que le ministère public ne soit un jour submergé par le déferlement d'assignations. La sphère d'influence du ministère public explose à mesure que s'étend l'éventail des choix s'offrant à lui : véritable « *filtre sélectif* », ²⁵¹⁵ « *interface [...], passerelle* » (« *Schnitt- oder Schaltstelle* ») ²⁵¹⁶, « *gare de triage* » ²⁵¹⁷ ou « *pivot* » ²⁵¹⁸, il est un passage obligé.

459. L'accroissement des pouvoirs corrélatifs s'opère à deux niveaux :

460. L'influence du procureur est accrue en raison d'abord de son choix quant aux modalités d'engagement de la poursuite. En conséquence, c'est au procureur qu'il revient de décider de la forme du procès (procédure simplifiée ou audience publique et contradictoire). Il en résulte pour le procureur allemand des pouvoirs considérables de sanction et d'appréciation de la culpabilité, domaines relevant traditionnellement de la compétence exclusive du juge lorsqu'il fera le choix de demander un règlement par ordonnance pénale, procédure simplifiée et écrite. Le procureur français dispose de pouvoirs encore plus importants, puisqu'à côté du choix entre l'ordonnance pénale et un jugement après une audience publique et contradictoire, il pourra également choisir d'ouvrir une instruction ou de recourir à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dont il est l'acteur « clef », le juge étant alors dégradé au rôle de simple autorité de contrôle et perdant sa compétence d'appréciation de la culpabilité et de détermination de la peine au profit du procureur. Le ministère public français bénéficie également d'un large choix dans la détermination du mode de déclenchement de la saisine de la juridiction de jugement aux fins d'un jugement contradictoire sans équivalent en Allemagne qui renforce son influence sur la suite de la procédure.

461. Le deuxième niveau qui procure aux membres du ministère public d'importants pouvoirs quasi-juridictionnels se situe en amont de la poursuite, lorsqu'il décidera de l'opportunité de classer l'affaire sans suite en opportunité ou de recourir aux mesures

²⁵¹⁵ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 63 et 67 et s. ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 20-21 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 224 et 226.

²⁵¹⁶ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 63.

²⁵¹⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 793, n° 1145.

²⁵¹⁸ SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 33, n° 24.

alternatives aux poursuites. Si dans les deux systèmes les procureurs en retirent d'importants pouvoirs d'appréciation de la culpabilité et de sanctions, il convient de noter qu'ici encore les pouvoirs du procureur français sont d'autant plus grands que le choix est plus important qu'outre Rhin. À noter toutefois qu'à la différence du système allemand, la place de la victime du côté français permet de présenter dans une certaine mesure un contre-poids aux pouvoirs du procureur, notamment concernant les alternatives aux poursuites prévues à l'art. 41-1 qui sont les plus usitées.

462. Force est en conséquence de constater une véritable montée en puissance du ministère public du fait de son pouvoir décisionnel et sanctionnateur, décuplé à la suite de l'extension de l'opportunité. Au cours de cette évolution, le procureur s'est accaparé progressivement des pouvoirs juridictionnels renforçant son rôle d'acteur clef dans l'avant-procès et à notre sens portant avec raison certains auteurs à le qualifier de « *juge sous un autre nom* ». ²⁵¹⁹

²⁵¹⁹ V. p. ex. l'article de WEIGEND, Thomas, « A Judge by Another Name? », dans E. LUNA et M. WADE (éds.), *The prosecutor in transnational perspective*, art. cit., p. 377-391 ; Dans ce sens e. a. également : GEISLER, Werner, « Stellung und Funktion der StA », *ZStW*, 1981, art. cit., p. 1123 ; KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?*, op. cit., dont le titre, "Le procureur, un juge avant le juge ?" est particulièrement éloquent sur ce point.

– CONCLUSION DU CHAPITRE I –

463. Ce chapitre nous amène malgré les différences observées dans les deux systèmes à l'étude à un constat commun : la faiblesse des moyens accordés à la justice des deux côtés du Rhin, de même que l'obsession de célérité des procédures pénales a conduit à une véritable réorganisation officieuse des pouvoirs au cours de l'avant-procès. Le procureur se voit concurrencé dans ses fonctions d'enquête par la police judiciaire et le juge est quant à lui dépossédé d'une partie de son influence au profit du ministère public.

464. Si le législateur a pour le moment refusé d'officialiser le rôle officieux de la police judiciaire (non pas qu'il n'en soit pas quelque fois tenté, comme le démontre la tentative – devrait-on dire avortée ? – de la transaction pénale par officier de police judiciaire), il n'a pas hésité à élargir progressivement les compétences du procureur, devenu officiellement le véritable souverain de l'avant-procès. Ses pouvoirs coercitifs en tant qu'enquêteur au départ exceptionnels deviennent la norme, dans le système français clairement au détriment du juge d'instruction. Et surtout, ses compétences décisionnelles à la fin de l'enquête ont, en raison du développement spectaculaire de l'opportunité dans le choix de la réponse pénale, véritablement décuplé.

465. La formule de Dominique Charvet résume selon nous parfaitement la situation : *« Cette nouvelle organisation s'accompagne d'une redistribution des rôles entre le parquet et le siège ainsi que d'une redéfinition des fonctions à l'intérieur de celui-ci. D'un domaine restreint d'initiative que l'usage lui consentait aux frontières du principe de l'opportunité des poursuites, le parquet est en passe de devenir le « premier juge ». À tout le moins la palette de ses choix est plus que jamais ouverte qui vont de la réprimande non publique à la prison ferme. Il devient ainsi un quasi-juge du fond, en même temps que ses possibilités d'instruire se sont accrues par la même loi du 9 mars 2004. Parallèlement le siège se redéploie vers des fonctions de contrôle dont celle de juge des libertés et de la détention est particulièrement démonstrative ».*²⁵²⁰

466. Or, cela n'est pas sans poser problème. Si nous nous rappelons le principe de séparation des pouvoirs évoqué en première partie de cette thèse, l'atout du ministère public était précisément de permettre de scinder les fonctions de poursuites, d'enquête et de

²⁵²⁰ CHARVET, Dominique, « Réflexions autour du plaider-coupable », *Rec. Dal.*, 35-2004, art. cit., p. 2517.

jugement pour parer aux vices de l'inquisitoire. Or, cette évolution exponentielle des prérogatives des procureurs ne nous ramène-t-elle pas à un modèle procédural que l'on croyait pourtant depuis longtemps disparu en présentant l'ensemble des traits caractéristiques de l'inquisition, à la différence que l'inquisiteur serait ici remplacé par le procureur ?²⁵²¹

467. En effet, il est désormais fréquent, du moins pour la criminalité de masse que les fonctions d'enquête (dont une grande partie des compétences coercitives), d'accusation et de jugement soient en pratique réunies sur la seule personne du procureur qui, dans la très grande majorité des cas, décidera seul, ou après une procédure superficielle de contrôle du juge, sur le fondement d'une enquête écrite et secrète du sort de l'action publique. Au-delà du pouvoir de renoncer à la sanction qui sera en règle générale dans le sens du prévenu, il apparaît particulièrement préoccupant qu'il soit reconnu dans le cadre de l'opportunité des poursuites des pouvoirs d'appréciation de la culpabilité et de sanction. En effet, dans cette dernière hypothèse, la peine, prérogative du siège par excellence, ne sera *de facto* pas prononcée par un juge indépendant, impartial et extérieur aux investigations mais bien plus par un parquetier hiérarchiquement soumis au ministre de la Justice et susceptible d'être muté ou remplacé à tout moment. Il semble en ce sens légitime de se demander si, dans le domaine de la petite délinquance, comme le constatait l'auteur allemand Rudolphi, l'État n'avait pas abandonné pratiquement toutes les garanties de l'État de droit conquis depuis les lumières.²⁵²²

468. Le net développement des capacités d'action au niveau de l'enquête comme des compétences décisionnelles du procureur, lui conférant une position de souveraineté sur l'avant-procès, maintenant démontré, il convient désormais de s'attacher aux contre-pouvoirs prévus par le législateur et à leur efficacité afin d'en tirer les conclusions sur l'équilibre (ou plus justement le déséquilibre) actuel de la procédure pénale.

²⁵²¹ RUDOLPHI, Hans-Joachim, « Strafprozeß im Umbruch », *ZRP*, 1976, *art. cit.*, p. 168.

²⁵²² *Ibid.*

– CHAPITRE 2 –

L'INSUFFISANCE DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE DE L'ACTION DU PROCUREUR

469. Pour garantir l'équité du procès, les législateurs nationaux étaient contraints de développer des mécanismes de garantie et de contrôle, afin d'empêcher que l'augmentation spectaculaire des pouvoirs du procureur ne se fasse au détriment des personnes concernées par le procès pénal, mettant en danger l'équilibre déjà fragile de l'avant-procès. Les garde-fous procéduraux prévus pour encadrer l'action du ministère public peuvent être en l'espèce divisés en trois catégories.

470. Le légiférant a d'abord mis ici en place des mécanismes légaux imposant des obligations au procureur même, pour garantir que ce dernier agisse dans le respect des principes directeurs de la procédure pénale (Section I). Mais il est clair qu'il serait dangereux de faire dépendre le contrôle de l'action du ministère public de son unique éthique et bonne volonté et seule l'intervention d'une autorité tierce est en mesure de garantir efficacement et objectivement l'activité du parquet. Cela a eu lieu à deux niveaux : dans un premier temps, un certain nombre de recours contre l'action des parquetiers est ouvert aux participants du procès pénal (Section II). Toutefois, ces voies juridiques apparaissent limitées et, au vu de la gravité et de l'ampleur du préjudice potentiel que peuvent provoquer certaines mesures d'investigation, notamment s'agissant du mis en cause, l'intervention du juge du siège *a posteriori* n'est pas satisfaisante car elle n'empêchera pas la réalisation du dommage et ses effets éventuellement irrémédiables pour le prévenu. À cet égard, on ne peut parler de garanties véritablement efficaces qu'à partir du moment où le contrôle est préalable à la mesure pour éviter toutes conséquences stigmatisantes et attentatoires aux libertés individuelles découlant de l'acte en question en amont.²⁵²³ C'est pour cette raison que la France comme l'Allemagne ont dans un deuxième temps recours à la figure du juge de l'avant-procès, à savoir le « *juge de l'enquête* » (« *Ermittlungsrichter* ») outre Rhin, auquel correspond dans une large mesure au stade de l'enquête le juge des libertés et de la détention sur la scène procédurale française, ce juge de l'avant-procès n'intervenant toutefois que ponctuellement, laissant d'ores et déjà deviner les lacunes de ce système (Section III).

²⁵²³ En ce sens égal. JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 231.

– SECTION I –

DES GARANTIES ENCADRANT L'ACTION MÊME DU PROCUREUR INSUFFISANTES

471. Les prérogatives des personnes concernées par les investigations dans le cadre de l'enquête sont donc d'abord préservées par des obligations auxquelles doivent se soumettre les membres du ministère public dans leur rôle de directeur et contrôleur de l'enquête.²⁵²⁴ Comme il l'a été vu lors de la première partie, ceux-ci sont tenus notamment de mener les investigations dans le respect du principe équitable (art. 6 CESDH),²⁵²⁵ ce qui implique en particulier qu'ils tiennent compte du principe constitutionnel de proportionnalité.²⁵²⁶ La mise en œuvre d'un acte d'investigation doit ainsi être toujours proportionnelle au degré de suspicion retenu.²⁵²⁷ En outre, le procureur a un devoir de diligence, de loyauté envers les suspects et les témoins²⁵²⁸ et la loi lui attribue la mission de garantir d'abord lui-même les droits des destinataires des mesures qu'il adopte.²⁵²⁹ À ce titre, le § 160 al. 2 StPO du côté

²⁵²⁴ V. not. LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : garde à vue », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, Paris, LexisNexis, 24 avril 2018, n° 189, qui traite ici certes spécifiquement du contrôle de la garde à vue mais sa remarque vaut en principe pour l'ensemble des mesures d'investigation au stade de l'enquête ; SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 64-65 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 230-231.

²⁵²⁵ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 60 ; FISCHER, Thomas, « Einleitung », dans *KK*, *art. cit.*, n° 153 ; RIESS, Peter, « Prozeßmaximen und Ermittlungsverfahren », dans *FS-Rebmann*, 1989, *op. cit.*, p. 398 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 386 et s., n° 447 et s. PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 75 et s., n° 47 et s. Pour plus de précisions à ce propos, se rapporter également aux dév. aux n° 91 et s., p. 97 et s. de cette thèse.

²⁵²⁶ En Allemagne le « *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* » est ancré dans l'art. 20 al. 3 GG. En France, ce principe constitutionnel est rappelé dans l'art. prélim., § III du CPP V. concernant le principe constitutionnel de proportionnalité du côté allemand not. BVerfG, déc. du 08.03.1972 - 2 BvR 28/71, reproduite dans *NJW*, 1972, p. 1123-1126, spéc. 1224 et BVerfG, déc. du 31.01.1973 - 2 BvR 454/71, reproduite dans *NJW*, 1973, p. 891-893, spéc. 892. En France, les principes de nécessité et de proportionnalité sont rappelés par le Conseil constitutionnel (p. ex. CC, déc. n° 94-352 DC du 18.01.1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, v. spéc. considérant n° 2 et 15) et la Cour de cassation (v. p. ex. dernièrement Cass. crim., déc. du 27.06.2018, n° 16-87.009, publiée au *bull.* V. également SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 65 ; FISCHER, Thomas, « Einleitung », dans *KK*, *art. cit.*, n° 153 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 490-491, n° 581.

²⁵²⁷ SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 65 ; Mettant également en lumière la corrélation entre la gradation des droits procéduraux en fonction de l'évolution du statut du suspect en droit français not. OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1548, n° 3.

²⁵²⁸ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 60 ; SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 65 ; CAMOUS, Éric, « L'enquête à décharge menée par le procureur de la République », *Gaz. Pal.*, n° 27, juillet 2017, p. 88, n° 4-14.

²⁵²⁹ SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 66. V. en France not. le nouvel art. 39-3 du CPP, v. égal. à ce propos BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1340-1341. V. pour plus de précisions à ce sujet dév. aux n° 303 et s., p. 294 et s. de cette thèse.

allemand et les articles 31 et 39-3 al. 2 du Code de procédure pénale français imposent au procureur d'enquêter aussi bien à charge qu'à décharge et de veiller ainsi à son impartialité afin de pouvoir agir (du moins en théorie) toujours objectivement et équitablement.²⁵³⁰

472. Toutefois, il a déjà été esquissé lors de la première partie que ces mécanismes étaient considérablement moins développés au stade de l'avant-procès que lors des débats contradictoires à l'audience. Il convient désormais de s'attacher à la précarité résultant précisément de leur mise en œuvre par le procureur, indépendamment des garanties statutaires déjà moindres que présente cet acteur et qui ont fait l'objet de démonstrations précédentes. Certes, il découle de la qualification de prévenu, de victime ou de témoin retenue envers les personnes concernées, une série de droits et devoirs qui lie le ministère public dans ses agissements.²⁵³¹ Mais ces prérogatives ne sont pas satisfaisantes au regard de l'importance toujours plus grande de la phase d'enquête : outre la faiblesse tant qualitative que quantitative des droits dont pourront disposer les personnes concernées de même que l'absence de garantie statutaire des membres du parquet, il n'a pas été instauré de garanties d'ordre fonctionnel suffisante consécutivement au renforcement du rôle du procureur.²⁵³² En conséquence, le parquetier détient en tant que contrôleur de l'enquête un rôle clef pour déterminer notamment le statut de la personne concernée et la nécessité de l'adoption d'une mesure à son égard, sans que celle-ci dispose de moyens suffisants pour s'y opposer.²⁵³³ Le plus souvent, le procureur acquerra donc un pouvoir supplémentaire, quand il ne s'agit pas des agents de police eux-mêmes, résultant de la large marge d'interprétation dont il dispose en raison de l'imprécision des termes laissés à sa libre appréciation sans qu'une vérification de principe de la pertinence de ces décisions par le juge soit toujours prévue (§ 1). Par ailleurs, les mécanismes disciplinaires, déontologiques et/ou pénaux mis en place des deux côtés de la frontière qui viennent encadrer la responsabilité des membres du ministère public sont faibles,

²⁵³⁰ V. e. a. SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 66 ; BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1340-1341. V. pour plus de précisions à ce sujet égal. dév. aux n° 303 et s., p. 294 et s. de cette thèse.

²⁵³¹ V. p. ex. JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 231 ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées durant l'enquête et l'instruction », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s.

²⁵³² V. p. ex. JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 231 ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées durant l'enquête et l'instruction », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 564.

²⁵³³ V. réf. préc. en n. 2532.

ce qui vaut d'autant plus du côté français où les membres du ministère public ne peuvent être inquiétés pénalement en cas de poursuites abusives (§ 2).

§ 1. Des garanties légales attachées au statut des personnes concernées par les investigations pour encadrer l'action du ministère public toujours précaires

473. Comme nous l'avons vu au cours du premier chapitre, le procureur dispose en principe de pouvoirs limités de contraintes : en France, seule l'enquête de flagrance permet en règle générale le recours à la coercition. L'enquête préliminaire est, quant à elle, normalement exclusive de mesure de contrainte.²⁵³⁴ En Allemagne, le procureur ne pourra le plus souvent pas recourir seul aux mesures coercitives mais devra, hors cas d'urgence, faire appel préalablement au juge de l'enquête.²⁵³⁵ C'est ce principe de base – bien qu'on en ait déjà vu certaines limites, alors que le législateur ne cesse d'y déroger en accordant toujours plus de moyens d'investigation de nature coercitive au procureur – qui justifie en partie la simplicité de l'encadrement législatif qui régit l'enquête des deux côtés du Rhin en opposition à l'enchevêtrement des normes caractéristiques de l'instruction française.²⁵³⁶ De cette simplicité apparente du cadre légal résulte néanmoins une situation plus précaire des personnes concernées par les mesures prises au cours de l'enquête.²⁵³⁷ Or, plus encore que les pouvoirs d'investigation et de coercition respectifs, la différence fondamentale entre l'enquête, allemande comme française, et l'instruction, telle que la prévoit le Code de procédure pénale français, réside (en dépit des dernières avancées imposées, entre autres, des deux côtés de la frontière par la Cour de Strasbourg et les directives européennes n° 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales et n° 2013/48/UE du 22 octobre 2013 traitant du droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales) principalement dans les droits conférés aux personnes concernées et les mécanismes de contrôle légaux venant assurer leur effectivité.²⁵³⁸ Et, la

²⁵³⁴ V. à ce propos dév. aux n° 309 et s. p. 300 et s. de cette thèse.

²⁵³⁵ V. à ce propos dév. aux n° 321, p. 312 de cette thèse.

²⁵³⁶ En ce sens not DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1006, n° 1488.

²⁵³⁷ *Ibid.*

²⁵³⁸ QUENTIN, Bruno, « Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable, doctr. 323 », *JCP G*, 11-12/2013, *art. cit.*, p. 577 ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. ; MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 819 ; MÉSA, Rodolphe, « Renforcement relatif des droits procéduraux du suspect », *Gaz. Pal.*, 263-2014, *art. cit.*, p. 17 et s.

disparition du cadre de l'information en Allemagne a, à notre sens, provoqué corrélativement une diminution significative de la protection des droits des participants au procès pénal concernant les affaires les plus graves.²⁵³⁹ C'est désormais ce qu'il convient de démontrer.

474. Malgré le caractère embryonnaire de la procédure d'enquête qui rend l'utilisation du terme de partie au procès pénal hasardeuse, le mis en cause et la victime demeurent les protagonistes privés de toute procédure pénale face ou à côté du ministère public.²⁵⁴⁰ Il leur revient à ce titre des prérogatives particulières dont l'essor au cours de l'enquête est assurément une tendance de ces dernières années, sans pour autant assurer un niveau de garanties équivalent à l'instruction notamment concernant le mis en cause.²⁵⁴¹

475. En effet, si le fait que la victime, en tant que sujet nécessairement accessoire de la procédure pénale, justifie qu'au stade précoce de l'enquête, il ne lui soit accordé des droits qu'avec parcimonie (A), il ne saurait en être de même pour le mis en cause, protagoniste principal indéniable de la procédure pénale. La situation juridique de ce dernier reste pourtant largement insatisfaisante au cours de l'enquête malgré les dernières évolutions en la matière (B).

A – La situation de la victime lors et à l'issue de l'enquête

476. Le procès pénal étant avant tout le procès du mis en cause par la société, représentée par le ministère public, la participation de victimes dotées de la qualité de parties devant les juridictions pénales est loin d'être une évidente nécessité.²⁵⁴²

²⁵³⁹ GRÜNWALD, Gerald, « Empfiehlt es sich, besondere strafprozessuale Vorschriften für Großverfahren einzuführen? », dans *50. Deutscher Juristentag. Verhandlungen des fünfzigsten Deutschen Juristentages, Hamburg, Band I (Gutachten)*, München, Beck, 1974, p. C-31 et s.

²⁵⁴⁰ BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 72, n° 101.

²⁵⁴¹ BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. V. du côté allemand concernant les dernières réformes pour une meilleure protection des droits de la personne mise en cause p. ex. SINGELNSTEIN, Tobias et DERIN, Benjamin, « Das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens », *NJW*, n° 37, 2017, p. 2646-2652.

²⁵⁴² BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, juin 2018, n° 4 ; la diversité des législations étrangères sur ce sujet illustre parfaitement les conceptions opposées de la place de la victime dans les différents ordres pénaux procéduraux PRADEL, Jean, « La victime en procédure pénale comparée », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale*, Paris, Dalloz, 2016, p. 15-28 ; v. du côté allemand e. a. SCHÜNEMANN, Bernd, « Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege », *NStZ*, n° 5, 1986, p. 193-194 ; SCHÜNEMANN, Bernd, « Der Ausbau der Opferstellung im Strafprozeß », dans R. MICHALKE (éd.), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, Berlin, de Gruyter Recht, 2008 (abrégé *FS-Hamm*, 2008), p. 687-688 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 12, § 62, n° 3.

477. Au premier abord, et dans la mesure où la victime a directement souffert de l'infraction, il peut sembler légitime de lui reconnaître non seulement le droit d'être indemnisée de son préjudice, mais aussi celui de participer activement à la procédure.²⁵⁴³ Au-delà de la réparation, qui comprend le dédommagement, la récupération du bien et/ou le fait de recevoir des excuses, la partie lésée poursuit régulièrement d'autres objectifs telles la protection de l'État, qui pourra mettre l'auteur de l'infraction hors d'état de nuire, la rétribution, afin que justice soit faite ou la défense sociale en accomplissant un devoir civique pour empêcher la commission d'un nouveau délit.²⁵⁴⁴ La personne lésée trouvera parfois dans le procès le moyen de cristalliser sa souffrance pour mieux la dépasser, il s'agit alors de l'aspect cathartique du procès pénal.²⁵⁴⁵ Or pour satisfaire ses attentes au-delà du dommage matériel, la procédure pénale peut se révéler la voie la plus appropriée. Par ailleurs elle présente des avantages pratiques indéniables par rapport à la procédure civile, puisque son exercice devant le juge pénal permet à la victime de ne faire qu'un seul procès tout en bénéficiant des commodités de l'action publique en termes de rapidité, d'efficacité et de coûts.²⁵⁴⁶ En outre, accorder à la personne lésée la possibilité de déclencher l'action publique,

²⁵⁴³ BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 6 ; v. concernant les arg. en faveur de la présence de la partie civile égal. GRANIER, Joseph, « La partie civile au procès pénal », *Rev. sc. crim.*, n° 1, 1958, p. 3 et s. WEIGEND, Thomas, « Viktimologie und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren », *ZStW*, vol. 96, n° 3, 1984, p. 766. À noter que si ce dernier auteur n'a aucun doute sur la légitimité du droit à réparation de la victime (v. not. *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, p. 508), il est en revanche beaucoup plus réservé sur la question de permettre à la victime de participer activement au procès pénal, v. not. *ibid.*, p. 520-521.

²⁵⁴⁴ BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 6 ; v. à ce propos du côté allemand not. WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren, op. cit.*, p. 403-414, qui souligne, contrairement à l'idée reçue largement répandue, le fait que nombreuses sont les victimes qui n'attachent pas plus d'importance que cela à une sanction sous forme de peine du mis en cause, allant au-delà d'une obligation de restitution.

²⁵⁴⁵ V. p. ex. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, « L'éthique de la responsabilité », *RTDCiv.*, n° 1, mars 1998, p. 1-22 ; GITTNER, Josephine, « Expanding the Role of the Victim in a Criminal Action: An Overview of Issues and Problems », *Pepperdine Law Review*, vol. 11, 1984-1983, p. 143 ; KELLY, Deborah P., « Victims' Perceptions of Criminal Justice Symposium: Victims' Rights », *Pepperdine Law Review*, vol. 11, 1984 1983, p. 21 ; présentant cet aspect sans le trouver convaincant en raison du laps de temps qui s'écoule généralement entre la commission de l'infraction et du procès WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren, op. cit.*, p. 403. Ainsi selon cet auteur le procès pourrait-il tout au plus éviter une seconde victimisation de la partie lésée.

²⁵⁴⁶ Dans le système français, vaut la règle de principe selon laquelle le criminel tient de civil en l'état (art. 4 al. 2 CPP) raison pour laquelle la partie lésée tendra naturellement à se tourner vers le droit pénal, v. AMBROISE-CASTÉROT, Coralie, « action civile », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, juin 2017, n° 18 ; dans le même ouvrage : BONFILS, Philippe, « Partie civile », *art. cit.*, n° 7. Cette règle ne trouve pas application en Allemagne. Certes, le juge pénal dispose d'une plénitude de compétences et peut selon le § 262 StPO statuer également lui-même sur une question préjudicielle. Il pourra néanmoins tout autant décider de surseoir à statuer, al. 2 du même §, v. à ce propos not. MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, op. cit.*, p. 147 ; GERCKE, Björn, « § 154d StPO », dans *HK, op. cit.*, p. 965, n° 1. Cela n'empêche pas à la procédure pénale de rester

sous certaines conditions, constitue un contrepoids de force au pouvoir du procureur résultant de sa large marge d'appréciation lors de la mise en œuvre du principe de l'opportunité des poursuites, pareillement présent dans le système légaliste allemand et cela permet dans une certaine mesure de remédier à un manque de zèle impropre d'un procureur dans l'exercice des poursuites.²⁵⁴⁷ Enfin, la victime pallie le plus souvent tout simplement le manque de connaissance du parquet des faits délictueux.²⁵⁴⁸

478. Pourtant, cette apparente « évidence » de la présence de la personne lésée dans le procès pénal laisse vite place aux doutes et aux controverses lorsque l'on s'attache plus précisément à la question.²⁵⁴⁹ En effet, les dangers qu'il peut y avoir à reconnaître au-delà du rôle de simple témoin une place trop importante à celle-ci sont latents, une telle approche menaçant directement l'équilibre des forces dans la procédure pénale au détriment du suspect.²⁵⁵⁰ D'un point de vue moral, le fait de vouloir satisfaire les aspirations répressives

parfois plus attrayante en raison du principe d'instruction d'office par les autorités de poursuite, qui soulagera le plaignant de la charge de la preuve et de la plénitude de compétences du juge pénal, v. à ce sujet e.a. REESE, Carolin, « Die Erstattung der Strafanzeige gegen den Prozessgegner: Taktische und praktische Überlegungen », *JR*, vol. 2006, n° 6, 2006, p. 225-229 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 394, n° 599. C'est pour faire face à une inclinaison trop systématique du plaignant soucieux de bénéficier uniquement de facilités probatoires que le § 154d StPO a été créé, GERCKE, Björn, « § 154d StPO », dans *HK*, *op. cit.*, p. 965, n° 1 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 154d StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 1. V. pour plus de détails à ce propos les dév. en n. 2326 de cette thèse.

²⁵⁴⁷ BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 8 ; du même auteur, « Il faut sauver la jurisprudence Laurent-Atthalin », *Rec. Dal.*, n° 19, mai 2010, p. 1153 ; V. sur ce point du côté allemand not. SCHÜNEMANN, Bernd, « Ausbau der Opferstellung im Strafprozeß », dans *FS-Hamm*, 2008, *art. cit.*, p. 690.

²⁵⁴⁸ BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 8 ; AMBROISE-CASTÉROT, Coralie, « action civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 19 ; v. du côté allemand not. JUNG, Heike, « Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß », *ZStW*, vol. 93, n° 4, 1981, p. 1155 qui souligne également la nécessité de la participation de la victime pour l'éclaircissement des faits incriminés tout en précisant que cette intervention doit se faire dans le respect des principes procéduraux d'un État de droit ; en ce sens égal. WEIGEND, Thomas, « Viktimologie u. kriminalpolitische Überlegungen z. Stellung des Verletzten », *ZStW*, 3-1984, *art. cit.*, p. 766-767.

²⁵⁴⁹ Les critiques virulentes doctrinales sont nombreuses de part et d'autre de la frontière, v. p. ex. RASSAT, Michèle-Laure, *Traité de procédure pénale*, Paris, PUF, 2001, p. 250 et s., n° 167 et s. de la même auteure (éd.), *Propositions de réforme du code de procédure pénale, Rapport remis au garde des Sceaux*, Paris, doc. fr., janvier 1997, p. 93-95, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/974072100.pdf>>, consulté dernièrement le 10.10.2018 ; GRANIER, Joseph, « La partie civile au procès pénal », *Rev. sc. crim.*, 1-1958, *art. cit.*, p. 22 et s. ; BENSUSSAN, Jérôme, « Quelques réflexions sur un barbarisme juridique : la place de la victime dans le procès pénal », dans Y. STRICKLER (éd.), *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 33-36 ; SCHÜNEMANN, Bernd, « Z. Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege », *NStZ*, 1986, *art. cit.*, p. 193-200 ; du même auteur, « Ausbau der Opferstellung im Strafprozeß », dans *FS-Hamm*, 2008, *art. cit.*, p. 687-700 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 13, avant § 63, n° 3 ; WEIGEND, Thomas, « Viktimologie u. kriminalpolitische Überlegungen z. Stellung des Verletzten », *ZStW*, 3-1984, *art. cit.*, p. 761-793.

²⁵⁵⁰ BENSUSSAN, Jérôme, « Quelques réflexions sur un barbarisme juridique », dans Y. STRICKLER (éd.), *La place de la victime dans le procès pénal*, *art. cit.*, p. 35 ; AMBROISE-CASTÉROT, Coralie, « action civile », dans *Rép. dr. pén. et*

souvent vengeresses des victimes cadre mal avec un État de droit caractérisé par son monopole du droit de punir.²⁵⁵¹ Ainsi existe-t-il un risque que les personnes privées, dont les préoccupations sont parfois bien éloignées de l'intérêt général, quand il ne s'agit pas d'assouvir un sentiment de vengeance privée, détournent l'action publique de ses fins originelles.²⁵⁵² Par ailleurs, la victime peut être tentée d'instrumentaliser le procès pénal en profitant des commodités que lui propose ce dernier, par exemple de manière dilatoire, pour retarder une procédure civile.²⁵⁵³ De plus, la personne lésée est partielle et ne constitue pas un témoin objectif,²⁵⁵⁴ ce qui peut impacter négativement la stratégie de la défense et remettre en question l'équilibre des forces en présence lors du procès.²⁵⁵⁵ Enfin, il convient de garder toujours présent à l'esprit, qu'alors que le procès touche à l'existence sociale même du suspect, il ne concernera pour la victime que ses besoins émotionnels qui ne peuvent être placés sur le même plan, ce qui justifie en l'espèce de cantonner les droits de cette dernière plus étroitement que ceux du suspect.²⁵⁵⁶

proc. pén. Dal., art. cit., n° 22 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 13, avant § 63, n° 3 ; SCHÜNEMANN, Bernd, « Ausbau der Opferstellung im Strafprozeß », dans *FS-Hamm*, 2008, *art. cit.*, p. 690-694.

²⁵⁵¹ BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 11 ; M.-L. RASSAT (éd.), *Propositions de réforme du code de procédure pénale*, 1997, *rap. préc.*, p. 93-94 qui va jusqu'à qualifier l'argument du camp adverse tiré de l'ordre moral pour justifier une participation accrue de la victime de « parfaitement immoral » ; dans un sens similaire du côté allemand, v. p. ex. SCHÜNEMANN, Bernd, « Z. Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege », *NStZ*, 1986, *art. cit.*, p. 193 ; du même auteur, « Ausbau der Opferstellung im Strafprozeß », dans *FS-Hamm*, 2008, *art. cit.*, p. 687-688.

²⁵⁵² BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 13 ; GUÉRY, Christian, « Le juge d'instruction et le voleur de pommes : pour une réforme de la constitution de partie civile », *Rec. Dal.*, n° 24, juillet 2003, p. 1575-1581 ; AMBROISE-CASTÉROT, Coralie, « action civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 22 ; v. du côté allemand e. a. SCHÜNEMANN, Bernd, « Z. Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege », *NStZ*, 1986, *art. cit.*, p. 197.

²⁵⁵³ Traitant de ce problème particulier en France not. GUÉRY, Christian, « Le juge d'instruction et le voleur de pommes », *Rec. Dal.*, 24-2003, *art. cit.*, p. 1575-1581 ; MISSION MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès », *rap. préc.*, 2004, p. 137-138. Il convient néanmoins de préciser que cette situation a évolué positivement à la suite de plusieurs réformes législatives tendant à endiguer ce phénomène, les constitutions de parties civiles ne constituant aujourd'hui plus qu'autour de 23 % des affaires dont traite le juge d'instruction, v. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Références statistiques Justice pour l'année 2017 », 2018, *rap. préc.*, p. 130, titre 13.4. Il sera revenu plus en détail sur ce point aux n° 609 et s., p. 547 et s. de cette thèse. Comme nous l'avons déjà évoqué précédemment, si l'Allemagne ne connaît pas la règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'état, elle est aussi confrontée aux problèmes de recours abusifs et dilatoires de la partie lésée à la procédure pénale qui sont la raison même de la création du § 154d StPO, GERCKE, Björn, « § 154d StPO », dans *HK, op. cit.*, p. 965, n° 1 ; MEYER-GÖRNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 154d StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 1. V. pour plus de détails à ce propos les dév. en n. 2326 et 2546 de cette thèse.

²⁵⁵⁴ BENSUSSAN, Jérôme, « Quelques réflexions sur un barbarisme juridique », dans Y. STRICKLER (éd.), *La place de la victime dans le procès pénal, art. cit.*, p. 35 ; AMBROISE-CASTÉROT, Coralie, « action civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 22 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 13, avant § 63, n° 3 ; SCHÜNEMANN, Bernd, « Ausbau der Opferstellung im Strafprozeß », dans *FS-Hamm*, 2008, *art. cit.*, p. 690-694.

²⁵⁵⁵ V. réf. citées en n. préc. 2554.

²⁵⁵⁶ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 13, avant § 63, n° 2.

479. On le voit, la question de la position de la victime dans le procès pénal est sujette à controverse et la place différente réservée à la personne lésée en Allemagne et en France en est une parfaite illustration.

480. De fait, la France est traditionnellement très favorable à la victime qu'elle considère comme véritable partie et à laquelle elle confie un droit d'agir en l'absence du parquet pour toutes les infractions par le biais de la constitution de partie civile devant le juge d'instruction ou la citation directe devant le tribunal.²⁵⁵⁷ Cette large place accordée à la partie lésée s'explique au départ moins par l'intérêt social pour ses besoins particuliers que par la nécessité d'ériger un contrepoids efficace au procureur dans l'exercice du principe d'opportunité qui régit la procédure pénale française. En ce sens, le rôle accordé à la partie lésée dans le déclenchement de la poursuite a ici avant tout été pensé comme un contrôle de l'inertie pour des motifs opportuns du procureur.²⁵⁵⁸ Or, la victime recourant ici prioritairement au mécanisme de la constitution de partie civile devant le juge d'instruction, il apparaît fondamental de revenir plus particulièrement sur la position spécifique de la victime à ce stade de la procédure, afin de bien comprendre l'équilibre de l'avant-procès qu'elle influence de manière décisive. En témoignent les peurs exprimées dans la doctrine à la suite du projet Léger qui, en supprimant l'instruction, aurait eu pour corrélat la disparition pure et simple du dispositif de la constitution de partie civile devant le magistrat instructeur avec des conséquences qui pouvaient à juste titre inquiéter.²⁵⁵⁹

481. L'Allemagne ayant originellement consacré la légalité des poursuites, dans laquelle le risque d'inertie du ministère public est en principe plus limité, il semble logique qu'elle se montre au départ plus hostile à la participation de la victime au procès pénal.²⁵⁶⁰ À cet égard,

²⁵⁵⁷ V. not. PRADEL, Jean, « La victime en proc. pén. comparée », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale*, art. cit., p. 17.

²⁵⁵⁸ V. e. a. Mission Magendie, « Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès », *rap. préc.*, 2004, p. 138 ; BONFILS, Philippe, « Il faut sauver la jurisprudence Laurent-Atthalin », *Rec. Dal.*, n° 19, mai 2010, p. 1153-1154.

²⁵⁵⁹ BONFILS, Philippe, « Il faut sauver la jurisprudence Atthalin », *Rec. Dal.*, 19-2010, art. cit., p. 1153-1154 ; du même auteur, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, art. cit., n° 28 ; consciente également de l'importance de la constitution de partie civile pour l'équilibre du système procédural français actuel, la professeure Jocelyne Leblois-Happe jugeait quant à elle que la suppression du mécanisme de constitution de partie civile imposait l'adoption du principe de légalité des poursuites pour pallier l'inertie potentielle du procureur LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », *JCP G*, 7-2010, art. cit., p. 322-324.

²⁵⁶⁰ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », *JCP G*, 7-2010, art. cit., p. 324. Sur la position plus défavorable de la victime dans le système procédural allemand, v. not. PRADEL, Jean, « La victime en proc. pén. comparée », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale*, art. cit., p. 17 ; KÜHNE, Hans-Heiner,

celle-ci est souvent réduite à sa qualité de simple témoin, soit à un élément probatoire parmi d'autres, objet de la procédure d'investigation.²⁵⁶¹ Et, s'il lui est bien possible de recourir à la procédure d'injonction de mise en mouvement de l'action publique, ce dispositif est en pratique extrêmement rare et n'est dans sa portée en rien comparable au mécanisme de la constitution de partie civile devant le juge d'instruction en France.²⁵⁶² À l'heure actuelle, la doctrine allemande n'est toujours pas unanime, quand il s'agit de savoir si la victime doit être considérée comme véritable protagoniste de la procédure pénale.²⁵⁶³

482. Dans l'un comme l'autre des ordres procéduraux à l'étude, la victime n'a été longtemps considérée qu'en tant que contre-pouvoir au procureur sans qu'il soit réellement question de ses intérêts particuliers, raison pour laquelle elle était souvent assimilée à la « *grande oubliée* »²⁵⁶⁴ du procès pénal avant de revenir relativement récemment avec force sur le devant de la scène. Ses droits ont connu un essor considérable à la suite du développement de la victimologie, comme nouvelle discipline dans les années 1970,²⁵⁶⁵ dont l'Union européenne s'est dernièrement fait écho dans sa directive correspondante n° 2012/220 du 25 octobre 2012. Et, toute différente que soit la position de principe de la victime dans les droits nationaux en présence, le cœur de cette divergence repose à l'heure actuelle moins dans les

Strafprozessrecht, op. cit., p. 170-180, n° 245-263 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 13, §§ 63-65, n° 1 et s.

²⁵⁶¹ V. e. a. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 170, n° 245 ; JUNG, Heike, « Stellung des Verletzten », *ZStW*, 4-1981, art. cit., p. 1160 et s. qui réclamait pour cette raison le renforcement de la place de la victime sur la scène procédurale pénale.

²⁵⁶² V. à ce sujet les dév. aux n° 628 et s., p. 563 et s. de cette thèse.

²⁵⁶³ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 171, n° 245.2 ; déplorant que la victime ne soit perçue principalement que comme un simple témoin et non comme un réel sujet de la procédure p. ex. JUNG, Heike, « Stellung des Verletzten », *ZStW*, 4-1981, art. cit., p. 1160-1162. Reconnaisant la position de la victime en tant que sujet de la procédure not. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 13, § 65, n° 9 ; SCHÖCH, Heinz, « Rechtsstellung des Verletzten », *NStZ*, 1984, art. cit., p. 386-387 ; SCHROTH, Klaus, « 2. Opferrechtsreformgesetz – Das Strafverfahren auf dem Weg zum Parteienprozess? », *NJW*, n° 40, 2009, p. 2919 ; SCHÜNEMANN, Bernd, « Ausbau der Opferstellung im Strafprozeß », dans *FS-Hamm*, 2008, art. cit., p. 694, qui dénonce la position de sujet de la procédure de la victime actuelle qui a selon lui conduit à « ruiner » sa fonction en tant que témoin.

²⁵⁶⁴ La formule est ici reprise à CARIO, Robert et RUIZ-VERA, Sylvie, « Victime d'infraction », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, juin 2018, n° 7 qui considèrent que cela vaut toujours aujourd'hui, opinion que l'auteur de cette thèse ne partage pas. L'assimilation de la victime à une figure « oubliée » de la procédure pénale se retrouve à de nombreuses reprises dans la doctrine française comme allemande, v. not. BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, art. cit., n° 27 ; B. GARNOT (éd.), *Les victimes, des oubliées de l'histoire ?*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, juillet 2015 ; WEIGEND, Thomas, « Viktimologie u. kriminalpolitische Überlegungen z. Stellung des Verletzten », *ZStW*, 3-1984, art. cit., p. 761 qui reprend lui-même la formule de l'auteur américain W.F. McDONALD « Criminal Justice and the Victim: An introduction », dans W.F. McDONALD (éd.), *Criminal justice and the victim*, Beverly Hills, California, Sage Publications, 1976, p. 19.

²⁵⁶⁵ MATHIEU, Patricia, « La victime de l'infraction pénale dans l'histoire », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale*, Paris, Dalloz, 2016, p. 10 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 170, n° 245.

droits qui lui reviennent, ceux-ci présentant de nombreuses similitudes (1), que dans l'étendue et l'efficacité des recours qui lui sont ouverts contre la décision du procureur à l'issue des investigations (2).

1) La convergence des systèmes allemands et français concernant la situation juridique de la victime au cours de l'enquête

483. Concernant les droits accordés à la victime qui s'imposent au procureur, les rapprochements sont évidents, notamment du fait de l'eupéanisation des règles nationales.²⁵⁶⁶ Certes, l'influence de la CEDH est ici très discrète sur la question, alors qu'elle ne s'est guère prononcée sur le droit des victimes à agir devant le juge pénal²⁵⁶⁷ et considère, à propos de la partie civile française, que seul l'aspect réparateur de l'action doit bénéficier de la protection de la Convention, refusant par là le côté vindicatif de ce dispositif.²⁵⁶⁸ La Cour de Strasbourg en ce sens ne reconnaît pas pleinement le droit de la partie lésée à participer à la discussion sur la condamnation de l'accusé.²⁵⁶⁹ En revanche, l'impact de l'Union Européenne par le biais notamment de sa directive du 25 octobre 2012 à ce sujet est clairement plus important et a conduit, sans aborder pour autant directement la question de la partie civile, à une convergence des systèmes en matière des droits de la victime.²⁵⁷⁰ En conséquence, force est de constater des deux côtés du Rhin des droits toujours plus

²⁵⁶⁶ À ce propos, v. not. PRADEL, Jean, « La victime en proc. pén. comparée », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale*, art. cit., p. 21-22 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 170, n° 245.

²⁵⁶⁷ AMBROISE-CASTÉROT, Coralie, « action civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 9 ; MASSIAS, Florence, « Chronique internationales des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.*, n° 3, septembre 2004, p. 698 ; PRADEL, Jean, « La victime en proc. pén. comparée », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale*, art. cit., p. 21.

²⁵⁶⁸ V. not. CEDH, déc. du 12.02.2004, n° 47287/99, Perez c. France, n° 69 et 70. Pour une observation doctr. correspondante, se rapporter not. à MASSIAS, Florence, « Chronique internationales des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.*, 3-2004, art. cit., p. 698.

²⁵⁶⁹ V. réf. en n. préc. 2567.

²⁵⁷⁰ V. en ce sens not. BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 160-161 ; PRADEL, Jean, « La victime en proc. pén. comparée », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale*, art. cit., p. 19. Cette directive a mené en France à la loi de transposition n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation du CPP au droit de l'UE, une partie de cette directive ayant par ailleurs déjà été transposée par la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines, v. à ce propos not. BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 162. Du côté allemand, cette directive a conduit à la 3^e réforme relative au renforcement des droits des victimes dans la procédure pénale (*BGBI.* 2015, partie I, n° 55, 30.12.2015, p. 2525 et s.), v. pour un commentaire sur cette loi not. FERBER, Sabine, « Stärkung der Opferrechte im Strafverfahren – Das 3. Opferrechtsreformgesetz », *NJW*, n° 5, 2016, p. 279-282.

importants de la partie lésée dans le souci d'aménager l'équité au cours de l'enquête.²⁵⁷¹ Et, la situation juridique de la victime lors de l'enquête est, en dehors du fait que l'Allemagne ne distingue pas selon le cadre juridique de la mise en état de l'affaire pénale, sensiblement la même de part et d'autre de la frontière.²⁵⁷²

484. À ce propos, l'enquête constituant moins le cœur de la procédure, les personnes concernées n'étant pas encore véritablement parties, que son point de départ, elle correspond avant tout à une phase d'information.²⁵⁷³ Il apparaît donc naturel que la directive européenne du 25 octobre 2012 consacre, dans son article 6, à ce stade, avant tout un droit de savoir, soit notamment d'être informée de l'arrêt d'une enquête et plus généralement des éléments essentiels d'une affaire (date et lieu du procès, nature des charges retenues envers l'auteur de l'infraction en cas de plainte de la victime, contenu et motivation de la décision rendue).²⁵⁷⁴ C'est ici bien ce que confirme l'art. 10-2 du CPP tel que créé par la loi du 17 août 2015, selon lequel l'enquête correspond au moment où « *les officiers et les agents de police judiciaires informent par tout moyen les victimes* » de leurs différents droits. Pour sa part, le § 406i StPO introduit par la 3^e réforme relative à la protection de la victime du 21 décembre 2015²⁵⁷⁵ indique désormais que les victimes doivent être informées aussi tôt que la procédure le permet, en règle générale par écrit et dans la mesure du possible dans une langue qu'elles peuvent comprendre des droits qui leur reviennent en vertu des §§ 406d à 406h StPO.

485. Toutefois, en France, si le droit de la partie lésée de savoir au cours de l'instruction et du jugement est total, il est nécessairement plus restreint au stade de l'enquête²⁵⁷⁶ pour protéger le suspect, à l'encontre duquel ne sont pas encore réunis de soupçons graves et concordants quant à la commission d'une infraction, afin d'éviter une position dominante et

²⁵⁷¹ BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. ; SCHÜNEMANN, Bernd, « Ausbau der Opferstellung im Strafprozeß », dans *FS-Hamm*, 2008, *art. cit.*, p. 688 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 170, n° 245.

²⁵⁷² V. en ce sens not. PRADEL, Jean, « La victime en proc. pén. comparée », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale*, *art. cit.*, p. 20.

²⁵⁷³ À ce propos e. a. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 39, avant n° 40 et s.

²⁵⁷⁴ V. à ce sujet not. PRADEL, Jean, « La victime en proc. pén. comparée », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale*, *art. cit.*, p. 22.

²⁵⁷⁵ *BGBI.* 2015, partie I, n° 55, 30.12.2015, p. 2525 et s., v. pour un commentaire sur cette loi not. FERBER, Sabine, « Stärkung der Opferrechte im Strafverf. », *NJW*, 2016, *art. cit.*, p. 279-282.

²⁵⁷⁶ PRADEL, Jean, « La victime en proc. pén. comparée », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale*, *art. cit.*, p. 19-20 ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s.

inéquitable de la victime. Ainsi au cours de l'enquête préliminaire, le droit d'accès de la victime est-il strictement limité, son avocat n'étant autorisé à consulter uniquement les procès-verbaux d'audition de la personne qu'il assiste (art. 63-4-5, al. 3 CPP). Le nouvel article 77-2 sous II. du CPP dans sa version consolidée par la loi du 3 juin 2016 laisse de son côté au procureur le soin de communiquer à « *tout moment de la procédure, même en l'absence de demande (...) tout ou partie de la procédure à la personne mise en cause ou à la victime pour recueillir leurs éventuelles observations ou celles de leur avocat* ». À défaut, le suspect ayant fait l'objet d'une audition peut conformément au § I. du même article demander à consulter le dossier « *un an après l'accomplissement du premier* » des actes qu'il a subi, dans quel cas la victime plaignante devra être avisée par le procureur « *qu'elle dispose des mêmes droits dans les mêmes conditions* ». La victime doit également être informée des choix adoptés par le parquet se rapportant à l'opportunité des poursuites, telle notamment une décision de classement sans suite, de même que des « *raisons juridiques ou d'opportunité qui la justifient* » afin, le cas échéant, qu'elle puisse recourir aux prérogatives qui lui reviennent (v. art. 40-2 et 40-4 CPP). L'article 40-5 du CPP prévoit quant à lui dans l'hypothèse d'évasion d'une personne que le procureur en informe la victime sans délai si cela entraîne un danger pour elle ou sa famille « *sauf s'il ne paraît pas opportun de communiquer cette information au regard du risque qu'elle pourrait entraîner pour l'auteur des faits* ».

486. Ce droit à l'information est étroitement lié au droit à l'assistance par un avocat qui est reconnu à la victime dans des cas limités justifiés par le souci de préserver l'équité du procès.²⁵⁷⁷ Ce droit ne lui est ainsi ouvert que dans l'hypothèse de confrontation avec la personne soupçonnée dans le cas où cette dernière est, elle aussi, assistée par un avocat, indépendamment du fait que cette confrontation ait lieu au cours d'une audition libre (art. 61-2 CPP) ou d'une garde à vue (63-4-5 CPP).

487. En revanche, faute de juge, il n'existe pas en principe dans ce segment de la procédure d'autorité auprès de laquelle la victime pourra solliciter un acte ou demander à ce que celui-ci soit sanctionné comme cela serait possible dans le cadre d'une information.²⁵⁷⁸ Tout au plus pourra-t-elle contribuer à la recherche de la vérité, sans au demeurant être soumise au

²⁵⁷⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1068, n° 1588-1.

²⁵⁷⁸ BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. Se reporter pour les possibilités ouvertes à la victime dans le cadre de l'instruction aux n° 879 et 885 et s., p. 782 et p. 787 et s. de cette thèse.

principe de loyauté des preuves, auquel seules les autorités publiques sont astreintes.²⁵⁷⁹ Son intervention ne prendra en ce sens toute son intensité qu'au stade de l'instruction.²⁵⁸⁰

488. Enfin, la loi du 3 juin 2016 est venue conférer à la victime en même temps qu'au mis en cause de nouveaux droits d'accès au dossier en vue de ménager une « *lucarne* »²⁵⁸¹ pour renforcer l'aspect contradictoire de l'enquête avant que le procureur ne prenne sa décision quant aux principes et modalités du déclenchement de l'action publique.²⁵⁸² La portée de ces droits est, du fait de leurs caractères consultatifs, parcellaires soumis à de nombreuses conditions, et sans recours possible en deçà des droits assurés dans le cadre de l'instruction par l'art. 175.²⁵⁸³ Mais ces restrictions apparaissent cohérentes au regard des intérêts du suspect et notamment au regard de la présomption d'innocence, afin de ne pas impacter inégalement la défense de ce dernier.

489. En Allemagne, mis à part le fait que son droit ne distingue pas selon le cadre juridique de la mise en état de l'affaire pénale, la situation est sensiblement la même.²⁵⁸⁴ Si la personne lésée a seulement porté plainte selon les modalités du § 158 al. 1 StPO, il devra lui être confirmé par écrit la réception de sa plainte (§ 158 al. 1 phrase 3-5 StPO). Par la suite, elle devra être informée en cas de classement de l'affaire pour défaut de charge selon le § 171 StPO. Pour obtenir de plus amples informations sur l'issue de la procédure, telle la non ouverture de l'audience principale, un classement en opportunité ou le jugement final dès lors que celui-ci est devenu exécutoire ; il sera en revanche nécessaire qu'elle dépose une requête en ce sens (§ 406d al. 1, 1^e phrase le cas échéant en combinaison avec les §§ 153 et s. et 206a StPO).²⁵⁸⁵ Toujours à sa demande explicite, la personne lésée pourra également requérir plus d'informations à propos des mesures privatives de liberté adoptées contre le suspect (§ 406d

²⁵⁷⁹ V. en ce sens dernièrement p. ex. Cass. crim., 20.09.2016, n° 16-80.820, publiée au *bull.*

²⁵⁸⁰ V. réf. en n. 2578.

²⁵⁸¹ Selon la formule de Mme la rapporteure devant l'Ass. nat., v. Ass. NAT. « Rapport sur le projet de l. renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement », n° 3515, 2016, *rap. préc.*, p. 294.

²⁵⁸² V. à ce sujet e. a. BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563 ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous II, 1 ; BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341.

²⁵⁸³ V. réf. préc. en n. 2582. Dans le même sens égal. FUCINI, Sébastien, « Ce que prévoit la loi renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme », *Dal. act.*, 14 juin 2016 ; CONTE, Philippe, « Bas les masques ! - Repère 6 », *Dr. Pén.*, 6-2016, *art. cit.*

²⁵⁸⁴ V. à ce propos not. PRADEL, Jean, « La victime en proc. pén. comparée », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale*, *art. cit.*, p. 20.

²⁵⁸⁵ V. à ce sujet e.a. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 39, n° 40.

al. 2 StPO). À cet égard, le § 406d al. 2, n° 3 StPO prévoit par exemple désormais, en transposition de la directive européenne du 25 octobre 2012 que la victime soit informée à sa demande, dès lors que le suspect ou le condamné s'est soustrait à une mesure privative de liberté en prenant la fuite, et des mesures qui ont alors été adoptées pour protéger la victime.²⁵⁸⁶ Qu'elle ait mis l'action publique en mouvement, qu'elle se soit jointe à l'action publique ou qu'elle ait exercé l'action civile devant le juge pénal, la personne lésée peut par voie d'adhésion depuis le 1^{er} janvier 2018 accéder au dossier, elle-même, ou par l'intermédiaire d'un avocat, en principe dès lors qu'elle appartient au cercle des personnes qui disposent de la possibilité de se joindre à l'action publique en tant que partie accessoire ou qu'elle est en mesure le cas échéant de faire valoir un intérêt légitime (§ 406e al. 1, 1^e phrase StPO le cas échéant en combinaison avec l'al. 3).²⁵⁸⁷ L'alinéa 5 de cette même disposition prévoit qu'il peut être donné des renseignements ou des copies de certaines pièces du dossier à l'avocat de la victime sous réserve des conditions du premier alinéa. Mais ce droit reste avec raison plus restreint que celui du suspect prévu, puisque, contrairement au § 147 al. 2 StPO il peut être refusé en raison des risques qu'il pourrait présenter pour l'objectif de l'enquête également après la clôture des investigations (§ 406e al. 2 StPO).²⁵⁸⁸ En effet, la victime sera en règle générale encore appelée à témoigner et il n'est ici pas question de lui permettre de pouvoir « se préparer » à l'audition.²⁵⁸⁹ Il s'agit en l'espèce d'évaluer les droits de la victime à l'aune des intérêts contraires du suspect (v. not. § 406e al. 2, 1^e phrase StPO) pour lequel la présomption d'innocence revêt une importance capitale.²⁵⁹⁰ Lors de la procédure d'enquête, la décision concernant l'accès au dossier relève du procureur et pourra être attaquée devant le tribunal qui décidera de l'ouverture ou non du droit d'accès au dossier sans que la décision rendue puisse être à son tour attaquée (§ 406e al. 4 StPO). De même, si le procureur accorde à la victime un droit d'accès au dossier, le suspect pourra s'opposer à

²⁵⁸⁶ V. à ce propos e. a. FERBER, Sabine, « Stärkung der Opferrechte im Strafverf. », *NJW*, 2016, *art. cit.*, p. 280.

²⁵⁸⁷ V. à ce sujet e.a. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 39, n° 40 ; PRADEL, Jean, « La victime en proc. pén. comparée », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale, art. cit.*, p. 20.

²⁵⁸⁸ En ce sens not. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 39, n° 43 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 172, n° 248.

²⁵⁸⁹ V. not. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 39, n° 43 ; SCHLOTHAUER, Reinhold, « Das Akteneinsichtsrecht des Verletzten nach dem Opferschutzgesetz vom 18.12.1986 und die Rechte des Beschuldigten », *StV*, n° 8, 1987, p. 356-358.

²⁵⁹⁰ V. not. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 39, n° 43.

cette décision en application par analogie du § 406e al. 4, 2^e phrase, combiné au § 161a al. 3 StPO.²⁵⁹¹

490. Là aussi, ces droits d'informations de la victime sont étroitement liés à celui d'être assistée juridiquement : à cet égard et indépendamment du fait qu'elle soit partie accessoire ou partie civile, la victime pourra recourir aux services d'un avocat (§ 406f StPO) , dont la seule prérogative est cependant de pouvoir être présent lors de l'audition de son mandant.²⁵⁹² La présence d'une personne de confiance de la victime pourra également être permise, et ce, également lors d'un interrogatoire policier (§ 406f al. 3 StPO). La dernière réforme relative à la protection des droits de la victime a, en outre, ouvert la possibilité de faire appel à une assistance psycho-sociale, lors du procès dont la présence sera autorisée pour les auditions de la personne lésée et durant le procès dont les conditions sont réglées par le § 406g StPO.²⁵⁹³ On peut regretter ici que cette mesure ne trouve application que pour les victimes alors que nombre de délinquants en auraient pareillement grand besoin.²⁵⁹⁴

491. Les droits de l'avocat de la victime seront enfin plus larges si cette dernière dispose de la possibilité (il n'est pas requis que la victime ait ici effectivement fait usage de ce droit) de se joindre à l'action publique en tant que partie accessoire (v. §406h StPO al. 2).²⁵⁹⁵ Les coûts de l'avocat de même que les frais pour la plainte accessoire seront alors à la charge du mis en cause condamné (§§ 472 al. al. 3, 1^e phrase et 473 al. 1, 2^e phrase StPO) et il pourra lui être accordé une aide pour subvenir aux frais de procédure.

492. En tout état de cause, les droits de l'avocat de la victime resteront toutefois moins importants que ceux revenant à l'avocat de la défense afin de ne pas mettre en danger l'équité du procès.

²⁵⁹¹ BGH, déc. du 18.01.1993 - 5 AR (VS) 44/92 (BGHSt, 39, 112), reproduite dans NStZ, 1993, p. 351-352, v. égal. le comm. correspondant d'HARRO Otto, « Anmerkung zum BGH, 18.01.1993 - 5 AR (VS) 44/92 - Anfechtbarkeit der Akteneinsicht durch Verletzten », NStZ, 1993, p. 352-353.

²⁵⁹² ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 39, n° 41.

²⁵⁹³ V. à ce propos not. FERBER, Sabine, « Stärkung der Opferrechte im Strafverf. », NJW, 2016, art. cit., p. 281-282.

²⁵⁹⁴ En ce sens not. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 13, avant § 63, n° 2.

²⁵⁹⁵ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 39, n° 42 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 172, n° 248.

2) La divergence des systèmes français et allemand concernant les possibilités ouvertes à la partie lésée à l'issue de l'enquête

493. Les réelles divergences entre la procédure pénale française et allemande résident dans les recours ouverts à la victime à l'issue de l'enquête.²⁵⁹⁶

494. L'ordre procédural français procure à la victime une position exceptionnellement forte sur la scène pénale *via* le dispositif de l'action civile.²⁵⁹⁷ Il s'agit ici principalement de la possibilité pour la partie lésée de joindre ou de déclencher elle-même l'action publique devant une juridiction répressive, afin d'obtenir réparation d'un dommage causé par une infraction pénale, ce qui lui permettra d'exercer les droits d'une partie à la procédure pénale.²⁵⁹⁸ Sans rentrer dans les détails de l'exercice de cette action et de son efficacité, qui feront l'objet de développements spécifiques ultérieurs lors de l'examen des recours *a posteriori* contre l'action du procureur, c'est ici avant tout la « *double nature* »²⁵⁹⁹ de cette action qui en garantit sa très large application et son succès dans le système français. Outre le caractère indemnitaire classique que l'on retrouve dans de nombreux ordres procéduraux, c'est l'aspect vindicatif qui fait la spécificité de l'action civile française²⁶⁰⁰ alors que, déjà sous l'emprise du Code d'instruction criminelle, il était admis que « *l'action civile [ait] souvent pour mobile principal la punition même de l'infraction, l'application de la peine, car la peine seule venge l'injure ou rassure la victime* »²⁶⁰¹. À préciser néanmoins, comme évoqué plus haut,²⁶⁰² que si la partie civile peut faire naître l'action publique par voie d'action, elle ne l'exerce pas pour autant : « *elle en saisit les tribunaux, elle lui donne son existence, elle la met en mouvement,*

²⁵⁹⁶ En ce sens not. PRADEL, Jean, « La victime en proc. pén. comparée », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale, art. cit.*, p. 17.

²⁵⁹⁷ WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren, op. cit.*, p. 486 ; PRADEL, Jean, « La victime en proc. pén. comparée », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale, art. cit.*, p. 17.

²⁵⁹⁸ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 286, n° 314 ; WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren, op. cit.*, p. 487.

²⁵⁹⁹ En ce sens not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 717-718, n° 1180-1181 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 287-288, n° 314 ; BOULAN, Fernand, « Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive, I (doctr.), 2563 », *JCP G*, 1973 ; défendant au contraire l'unicité de l'action civile poursuivant la seule réparation d'un dommage causé par une infraction VOUIN, Robert, « L'unique action civile, chron. XXXIX », *Rec. Dal.*, 1973, p. 54 ; v. sur cette controverse égal. BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 30-36.

²⁶⁰⁰ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 287, n° 314 ; WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren, op. cit.*, p. 487. V. pour plus de précisions à ce sujet n° 609 et s., p. 547 et s.

²⁶⁰¹ HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle, De l'action publique et de l'action civile*, vol. 2, Paris, Charles Hingray, 1846, p. 179.

²⁶⁰² Se rapporter not. au n° 364, p. 342 et s.

mais elle ne poursuit pas elle-même »²⁶⁰³.²⁶⁰⁴ Cela permet de respecter la logique mixte à dominante inquisitoire de l'ordre pénal procédural français²⁶⁰⁵ de même que l'équilibre de principe des forces de la procédure et explique que la victime puisse ne pas disposer de la même plénitude de prérogatives que le procureur²⁶⁰⁶.

495. Grâce à l'étendue très large de l'action civile, la victime dispose à l'encontre des décisions de classement sans suite prises par le procureur, de moyens tout aussi efficaces que ceux dont elle disposerait contre les ordonnances de non-informer et de non-lieu rendues par le magistrat instructeur.²⁶⁰⁷ De fait, à côté du recours administratif auprès du procureur général près la Cour d'appel ouvert par la loi du 9 mars 2004 dite Perben II (v. art. 40-3 CPP), la victime est notamment en mesure de déclencher elle-même l'action publique par le biais d'une citation directe (art. 551 CPP) ou d'une constitution de partie civile (art. 85 CPP) auprès du juge d'instruction ; on parle alors à cet égard de la voie d'action. Cette arme puissante permet à la victime de faire valoir ses intérêts à suffisance dès le stade précoce de l'enquête.²⁶⁰⁸ De même, si le ministère public a déjà déclenché les poursuites, elle pourra à tout moment se joindre à lui, par la voie de l'intervention au cours de l'enquête de police *via* une demande informelle auprès d'un officier ou agent de police judiciaire avec l'accord du procureur (art. 420-1 al. 2 CPP) ; cette voie de l'intervention étant également possible à tout moment au stade de l'instruction devant le magistrat instructeur ou la chambre de l'instruction (art. 87 CPP) et devant la juridiction de jugement avant ou pendant le déroulement de l'audience (v. art 419 et s. CPP).²⁶⁰⁹

496. L'Allemagne est clairement plus réticente à octroyer des recours efficaces à la personne lésée à l'issue de l'enquête sans pour autant la priver de toute initiative dans la

²⁶⁰³ HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, *op. cit.*, p. 619, n° 519.

²⁶⁰⁴ V. à ce propos égal. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 719, n° 1183.

²⁶⁰⁵ *Ibid.*

²⁶⁰⁶ Elle ne dispose, par ex. selon l'art. 497, 3° du CPP, de la faculté de former un appel que concernant ses intérêts civils. Cela signifie que si le procureur ne fait pas appel d'un jugement d'acquiescement, celui-ci acquiert l'autorité de la chose jugée, « *la partie civile ne pouvant en relever appel que concernant ses intérêts civils, de sorte que la Cour d'appel ne saurait, sur cet appel, prononcer une peine contre le prévenu acquitté en première instance* », Cass. crim., déc. du 26.01.1944, reproduite dans *DA*, 1944.108 ; Cass. crim. déc. du 07.08.1951 (Bochet), reproduite dans *Rec. Dal.* (jurispr.), 1951, p. 671-672.

²⁶⁰⁷ BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s.

²⁶⁰⁸ En ce sens e. a. égal. *ibid.*

²⁶⁰⁹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 689-691, n° 734 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 282, n° 454.

poursuite.²⁶¹⁰ En premier lieu, la victime ne pourra déclencher l'action publique par le biais du mécanisme de l'action privée (Privatklage) que dans les hypothèses limitativement énumérées des délits « privés », à savoir entre autres en cas de violation de domicile, d'insulte, de violation du secret des correspondances, de blessures volontaires ou involontaires, ou de dommages aux biens.²⁶¹¹ Il s'agit ici par définition d'infractions qui touchent moins aux intérêts généraux de la société qu'aux intérêts privés particuliers de la victime, raison pour laquelle il est exceptionnellement laissé le soin à la personne lésée de déclencher l'action publique dès lors que le parquet n'estime pas l'intérêt social touché.²⁶¹² La victime se substituera alors au procureur et il lui incombera à ce titre la charge de la preuve pour laquelle elle devra mener ses propres investigations, sans pouvoir recourir aux larges pouvoirs des autorités de poursuite.²⁶¹³ Outre le risque important de supporter également les frais du procès si aucune aide juridictionnelle financière n'est accordée, cela constitue assurément un des principaux inconvénients de cette action qui explique qu'elle soit très peu utilisée.²⁶¹⁴

497. En deuxième lieu, la partie lésée présumée pourra certes se joindre au parquet grâce au dispositif de l'accusation accessoire (« Nebenklage », §§ 395 et s. StPO). Mais, quand bien même l'éventail des cas concernés a été considérablement élargi lors de la deuxième réforme relative à la protection de la victime,²⁶¹⁵ notamment du fait de l'extension de la clause générale de l'alinéa 3,²⁶¹⁶ cela n'est toujours possible que dans les hypothèses restrictivement énumérées au § 395 StPO.²⁶¹⁷

498. Elle pourra par ailleurs en principe également faire valoir ses prétentions civiles contre l'accusé dans le cadre du procès pénal par le biais du dispositif d'adhésion (« Adhäsionsverfahren », §§ 403 et s. StPO). Cependant, ce mécanisme, en dépit des dernières tentatives du législateur en 1986 et 2004 pour le rendre plus attractif, joue dans les faits un rôle dérisoire, les tribunaux évitant dans les rares cas où ils ont à traiter d'une telle requête à

²⁶¹⁰ PRADEL, Jean, « La victime en proc. pén. comparée », dans C. RIBEYRE (éd.), *La victime de l'infraction pénale*, art. cit., p. 17.

²⁶¹¹ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 374 StPO », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 1.

²⁶¹² MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 148.

²⁶¹³ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 173, n° 251.

²⁶¹⁴ Se rapporter pour plus de détails à ce propos aux dév. aux n° 642 et s., p. 576 et s.

²⁶¹⁵ *BGBI.* 2009, partie I, n° 48, 31.07.2009, p. 2280 et s. (ici spéc. p. 2282).

²⁶¹⁶ JAHN, Mathias et BUNG, Jochen, « Die Grenzen der Nebenklagebefugnis - Zugleich Anmerkungen zu BGH, Beschl. v. 09.05.2012 - 5 StR 523/11 - », *StV*, n° 12, 2012, p. 754-755 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 174, n° 255.

²⁶¹⁷ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 395 StPO », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 1.

prendre position en avançant le plus souvent qu'elle ne se prête pas, malgré les intérêts légitimes de la partie lésée à un règlement pénal comme le permet le § 406 al. 1, 4^e phrase StPO.²⁶¹⁸ Et, bien que le législateur ait voulu imposer une information complète de la victime à ce propos en principe dès le stade de l'enquête par le procureur et la police (v. à ce propos § 406i al. 1, n° 3 StPO), on dénote toujours à l'heure actuelle une forte réticence des praticiens, y compris des avocats, à rendre ce recours praticable, la combinaison des règles civiles et pénales leur paraissant trop complexe.²⁶¹⁹ Une des limites certaines de cet instrument tient aussi au fait qu'il est nécessairement lié à un jugement (v. § 406 al. 1 StPO), lequel suppose corrélativement la tenue d'une audience.²⁶²⁰ Or cela pose problème dans le cadre de la procédure simplifiée de l'injonction pénale, très usitée en pratique, de même qu'en cas de classement sans suite conformément aux §§ 153 et s. StPO, toujours plus important en pratique comme nous l'avons constaté précédemment.²⁶²¹ Finalement, la personne lésée sera *de facto* principalement renvoyée à la procédure civile et aux nombreux inconvénients qu'elle présente en termes de coûts et de charge de la preuve. Il est alors permis de se demander si cela ne contrevient pas à l'art. 9 de la décision-cadre du conseil de l'Union Européenne du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales (n° 2001/220/JAI) selon laquelle chaque État membre est tenu de garantir « *qu'il existe, pour la victime d'une infraction pénale, le droit d'obtenir qu'il soit statué dans un délai raisonnable sur la réparation par l'auteur de l'infraction dans le cadre de la procédure pénale* ». ²⁶²²

499. Enfin, le paragraphe 172 StPO prévoit une procédure d'injonction de mise en mouvement de l'action publique à laquelle peut recourir la personne lésée en cas de classement sans suite qu'elle souhaiterait contester. Mais comme nous le verrons dans la suite des développements, ce recours relève plus de la théorie que d'une réalité effective tant son formalisme est lourd et ses conditions, contraignantes.²⁶²³

²⁶¹⁸ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 39, n° 30 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 178-179, n° 260 et p. 706-708, n° 1136-1136.2.

²⁶¹⁹ V. e. a. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 707-708, n° 1136-1136-1 ; faisant déjà les mêmes constatations en 1989 WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, *op. cit.*, p. 522.

²⁶²⁰ HALLER, Klaus, « Das „kränkelnde“ Adhäsionsverfahren – Indikator struktureller Probleme der Strafjustiz », *NJW*, n° 14, 2011, p. 971.

²⁶²¹ *Ibid.*

²⁶²² *Ibid.*, p. 970 et 973-974.

²⁶²³ V. à ce propos les dév. détaillés aux n° 630 et s., p. 565 et s.

500. En résumé, les droits de la victime sont donc assurément plus importants en France qu'en Allemagne, notamment en ce qui concerne l'issue de l'enquête en France, où il s'avèrent sinon supérieurs, du moins équivalents – dans leurs effets – à ceux qui lui reviennent dans le cadre de l'information²⁶²⁴. Les raisons de cette divergence reposent toutefois plus dans l'étendue et l'effectivité de la mise en œuvre des recours offerts à la victime à l'issue de l'enquête, qui fera l'objet d'un développement particulier quand il s'agira d'analyser les recours *a posteriori* ouverts à la victime,²⁶²⁵ que dans les droits dont dispose la victime au stade de l'enquête qui sont, en raison de l'eupéanisation des ordres procéduraux, très proches. On peut néanmoins d'ores et déjà relever l'utilisation très marginale des mécanismes prévus pour la personne lésée du côté allemand. S'il nous semble important, afin de contrer l'inertie impropre du procureur, de prévoir un recours efficace et effectif de la victime en cas de classement indu, la position allemande, réservée quant à l'octroi d'une place plus importante de la victime de principe, peut se justifier par le fait qu'une partie lésée pénale trop puissante met corrélativement directement en danger l'équilibre des forces au procès, ce qu'il convient assurément de garder présent à l'esprit. Car, dès lors qu'elle n'est plus perçue comme partie s'opposant à l'inaction du ministère public mais bien plus en tant qu'alliée du procureur, comme cela est le cas dans la très grande majorité des hypothèses, le rapport de forces au procès est faussé au détriment du mis en cause.²⁶²⁶ C'est d'ailleurs ce qui explique que le législateur français, après avoir continuellement développé, sous l'influence de la victimologie, les droits des victimes, a récemment amorcé un mouvement inverse de reflux pour endiguer certains de ses effets négatifs, en réduisant par exemple la portée de la règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'état (v. actuel art. 4 CPP) ou encore en imposant de passer par le procureur avant de se constituer partie civile devant le juge d'instruction (v. art. 85 CPP).²⁶²⁷ Toutefois, il nous semble plus préjudiciable de réduire le contrepois susceptible d'être apporté par la victime à l'exercice des poursuites en opportunité du procureur *de facto* à l'insignifiance, comme tel est le cas Outre-Rhin, que de s'attacher à en limiter les effets

²⁶²⁴ En ce sens not. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s.

²⁶²⁵ Se rapporter aux dév. aux n° 608 et s., p. 547 et s.

²⁶²⁶ BENSUSSAN, Jérôme, « Quelques réflexions sur un barbarisme juridique », dans Y. STRICKLER (éd.), *La place de la victime dans le procès pénal*, *art. cit.*, p. 35 ; AMBROISE-CASTÉROT, Coralie, « action civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 22 ; dans un sens similaire ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 13, avant § 63, n° 2.

²⁶²⁷ V. not. BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 28. Pour plus de détails à ce propos, se rapporter aux n° 469 et s., p. 433 et s. de cette thèse.

néfastes. Cela vaut à notre sens d'autant plus, eu égard à la montée en puissance de l'opportunité des poursuites, y compris dans le système allemand en théorie légaliste dans lequel l'opportunité est devenue, comme démontré antérieurement, une réalité omniprésente, qui impose selon nous de se servir de ce mécanisme pour rétablir l'équilibre des pouvoirs au stade de l'avant-procès. Pour conclure, nous retiendrons donc à ce niveau que la situation juridique de la victime au stade de l'avant-procès apparaît lors de l'enquête conforme à la place accessoire qu'elle occupe dans la procédure pénale dans les deux ordres juridiques à l'étude. En revanche, seule l'action civile française constitue à l'issue de l'enquête un véritable contrepoids au procureur qui décide en opportunité, alors que l'injonction de mise en mouvement de l'action publique prévue à cet effet du côté allemand reste largement théorique et très peu usitée dans la pratique.

501. La situation est tout autre pour le mis en cause dont les droits restent de part et d'autre du Rhin assurément plus précaires tant au cours et à l'issue de l'enquête qu'au stade de l'instruction et ne permettent pas un équilibre idéal des pouvoirs dans ce segment procédural.²⁶²⁸

B – La situation juridique du mis en cause au cours et à l'issue de l'enquête

502. En tant que personne contre laquelle est dirigée l'enquête, le mis en cause est le destinataire potentiel de mesures d'investigation attentatoires à ses libertés, mais, en tant que sujet principal de la procédure, il est impératif de lui octroyer également des droits procéduraux adéquats pour lui permettre d'assurer sa défense équitablement, d'où l'importance de définir un statut correspondant aux conditions temporelles et matérielles concrètes d'attribution.²⁶²⁹ À cet égard, la Cour de Strasbourg établit que « *la période à prendre en considération au titre de l'article 6 § 1 de la Convention [qui concerne la question de l'ouverture des droits de la défense] doit être déterminée de manière autonome et débute*

²⁶²⁸ QUENTIN, Bruno, « Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable, doctr. 323 », *JCP G*, 11-12/2013, *art. cit.*, p. 577 ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. ; MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 819 ; MÉSA, Rodolphe, « Renforcement relatif des droits procéduraux du suspect », *Gaz. Pal.*, 263-2014, *art. cit.*, p. 17 et s. ; v. en ce sens du côté allemand not. JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 231.

²⁶²⁹ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1339, n° 9 ; TOUILLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale : entre "petite" et "grande" révolutions », *Rev. sc. crim.*, n° 1, 2015, p. 133-134, sous II, A, 2.

dès qu'une personne se trouve officiellement inculpée ou lorsque les actes effectués par les autorités de poursuite en raison des soupçons qui pèsent contre elle ont des répercussions importantes sur sa situation ».²⁶³⁰

503. L'état objectif des soupçons joue donc ici un rôle central.²⁶³¹

504. C'est sur ce fondement que l'Allemagne a développé le statut « *d'inculpé* » ou de « *prévenu* » (« *Beschuldigter* »), qui correspond à la personne « *poursuivie* » au sens large du terme, c'est-à-dire celle envers laquelle a été ouverte une enquête, et qui ouvre au mis en cause certains droits de la défense (1).

505. Les choses furent plus compliquées de l'autre côté du Rhin.²⁶³² En effet, en raison du cadre dual de sa mise en état de l'affaire pénale, l'ordre procédural français ne parle de personne poursuivie qu'à partir du moment où l'action publique est déclenchée, c'est-à-dire lorsque l'une des parties, exerçant son action, saisit une juridiction d'instruction ou de jugement ouvrant ainsi le procès pénal.²⁶³³ L'enquête, elle, est en revanche préalable aux poursuites, soit en amont de la phase judiciaire.²⁶³⁴ C'est, semble-t-il, cette particularité qui conduisit le législateur français pendant de longues années à estimer que le mis en cause n'étant pas inculpé lors de l'enquête, il n'y avait pas lieu de lui ouvrir les droits dont bénéficiait par exemple le mis en examen lors de l'instruction indépendamment de la présence d'indices attestant l'existence de soupçons substantiels à son encontre.²⁶³⁵ Il préférerait bien plus associer l'ouverture des droits de la défense à la seule condition de contrainte, qui intervient régulièrement dans cette phase de la procédure en raison du large recours à la mesure privative de liberté de la garde à vue.²⁶³⁶ C'est finalement l'action conjuguée des instances

²⁶³⁰ CEDH, déc. du 17.12.2004, n° 49017/99, Pedersen et Baadsgaard c. Danemark, v. spéc. al. 44.

²⁶³¹ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1341, n° 14 ; ROGALL, Klaus, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, op. cit.*, p. 22, qui considère la suspicion d'infraction, reprenant lui-même la formule de Dünnebieber, comme « *noyau dur* » (« *Begriffskern* ») de la notion de prévenu ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1551, n° 16 ; LEROY, Jacques, « La décision du Conseil constitutionnel sur la nouvelle garde à vue : une décision dérangeante, ét. 4 », *Dr. Pén.*, n° 1, 2012, n° 6-8.

²⁶³² Se rapporter not. aux n° 524 et s., p. 473 et s.

²⁶³³ V. à ce propos not. la déf. de la poursuite de GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 857, n° 1474.

²⁶³⁴ Se rapporter à cet égard not. au n° 300, p. 292 de cette thèse.

²⁶³⁵ À ce propos, v. not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1063, n° 1581 ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1549-1450, n° 8 et 9 ; PÈRE, David, « Pour une réflexion sur le statut juridique du suspect », *Rec. Dal.*, n° 26, 2010, p. 1638-1639.

²⁶³⁶ Se rapporter à ce sujet au dév. sous le n° 527, p. 475 et s.

supranationales résultant des condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, de même que des obligations issues de la directive européenne du 22 mai 2012 venue consacrer le statut du suspect et des droits à lui attacher, qui contraignit la France à ériger un véritable statut protecteur du mis en cause sur le seul fondement de l'état des suspicions à son encontre dès le stade de l'enquête.²⁶³⁷ Après de longues années passées dans la clandestinité,²⁶³⁸ le « suspect », fût-il libre ou privé de sa liberté, était enfin reconnu et consacré légalement comme le mis en cause dans le cadre de l'enquête française (2).

1) L'inculpé (« Beschuldigte »), le statut protecteur du mis en cause dans le cadre de l'enquête en Allemagne

506. La situation juridique du mis en cause dans l'avant procès allemand s'oriente au statut de prévenu : en tant que personne « poursuivie »²⁶³⁹, l'inculpé est le destinataire potentiel de mesures coercitives qui se fondent sur sa qualité de « prévenu » ou d'« inculpé », mais, en tant que sujet de la procédure, il lui revient également certains droits procéduraux le protégeant (c), raison pour laquelle il est capital de s'intéresser d'abord à cerner cette notion (a).²⁶⁴⁰ Il sera alors constaté que celle-ci, difficile à encadrer strictement laisse une marge d'appréciation considérable aux autorités de poursuite et en particulier au procureur auquel incombe la responsabilité de l'attribution de ce statut, renforçant un peu plus l'influence de cet acteur dans cette phase, alors qu'un contrôle de principe par le juge du siège n'est pas *per se* prévu (b).

*a. Définition de la notion de « prévenu » ou « d'inculpé »
(« Beschuldigten »)*

507. La loi ne précise à aucun moment les conditions du statut d'« inculpé » et il s'agit ici bien d'un choix délibéré du législateur qui remonte à l'adoption même du RStPO.²⁶⁴¹ Le § 157

²⁶³⁷ Se rapporter aux dév. n° 529-531, p. 480 et s.

²⁶³⁸ V. sur « *ce désert juridique* » (la tournure est empruntée à REMPLON, Lucien, « La rétention du suspect, I, n° 2916 », *JCP G*, 1978) et la pénible évolution de la notion not. TOUILLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, *art. cit.*, p. 132-134, sous II, A ; GUÉRY, Christian, « L'avenir du suspect », *AJP*, n° 6, 2005, p. 232 et s.

²⁶³⁹ Le terme de personne poursuivie est ici compris au sens large et désigne l'individu envers lequel a été ouverte une enquête sans qu'il soit question du déclenchement de l'action publique qui marque le début des poursuites au sens étroit du terme. V. sur les implications de cette distinction n° 504 et 505, p. 455 de cette thèse.

²⁶⁴⁰ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1339, n° 9.

²⁶⁴¹ ROXIN, Claus, « Beschuldigtenstatus und qualifizierte Belehrung », *JR*, n° 1, 2008, p. 16 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1339-1340, n° 9. Le législateur du RStPO considérait en effet que « *le moment à partir duquel il peut être parlé d'un „prévenu“ dans le sens du CPP [...] [échappait] à toute constatation établie* »,

StPO ne définit légalement que les notions de « mis en examen » („*Angeschuldigte*“), qui correspond à l’auteur présumé du délit une fois que le procureur a déposé une demande d’ouverture du procès à son égard devant le tribunal intermédiaire conformément au § 170 al. 2 StPO, et celle d’« accusé » („*Angeklagte*“) désignant toujours le mis en cause mais cette fois après validation par le tribunal intermédiaire de l’ouverture de l’audience principale.²⁶⁴²

508. Le terme de suspicion est capital pour appréhender le concept de « *prévenu* ». ²⁶⁴³ Néanmoins, il ne suffit pas à lui seul à une parfaite catégorisation, puisque, notamment dans le cadre d’une audition, le témoin pourra au même titre que le prévenu revêtir la qualité de suspect.²⁶⁴⁴ Or, le système procédural pénal allemand ne connaît pas de « *suspects* » comme troisième catégorie de personnes susceptibles d’être entendues et le régime différent des droits s’appliquant au témoin ou à l’inculpé, impose que les autorités de poursuite déterminent sans ambiguïté le statut de l’individu auquel elles s’adressent.²⁶⁴⁵ À partir du moment où le soupçon devient substantiel et dépasse une certaine intensité, la personne concernée devra être considérée comme inculpée.²⁶⁴⁶ En deçà de ce grade, elle ne sera qu’un simple témoin suspect.²⁶⁴⁷ Toute la difficulté de la définition réside donc dans la permutation progressive des rôles lors de la phase préliminaire au procès : de la personne interrogée à titre informatif et, le cas échéant aussi suspecte, au témoin inculpé.²⁶⁴⁸ À cet égard, la peur latente

de l’allemand « *der Moment, von welchem an ein Beschuldigter im Sinne der Strafprozeßordnung vorhanden ist, ... [entziehe sich] überhaupt einer allgemein durch greifenden Feststellung* », v. C. HAHN (éd.), *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, op. cit., p. 1202.

²⁶⁴² ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1339, n° 9 ; ENGLÄNDER, Armin, *Examens-Repetitorium Strafprozessrecht*, op. cit., n° 55.

²⁶⁴³ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1341, n° 14 ; ROGALL, Klaus, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, op. cit., p. 22, qui considère la suspicion d’infraction, reprenant lui-même la formule de Dünnebieber, comme « *noyau dur* » (« *Begriffskern* ») de la notion de prévenu.

²⁶⁴⁴ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1341, n° 13 ; dans ce sens égal. ROXIN, Claus, « Beschuldigtenstatus u. qualifizierte Belehrung », *JR*, 2008, art. cit., p. 16 ; GLEß, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 535, n° 4.

²⁶⁴⁵ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 40, n° 5.

²⁶⁴⁶ V. not. BGH, déc. du 31.05.1990, 4 StR 112/90, reproduite dans *NJW*, 1990, p. 2633-2635 (spéc. 2634) ; BGH, déc. du 10.09.2004, 1 StR 304/04, reproduite dans *NStZ-RR*, 2004, p. 368-369 ; OLG Koblenz, déc. du 18.11.2004 - 1 Ss 289/04, reproduite dans *StV*, 2005, p. 122 - 123, (spéc. 123). V. également GLEß, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 535, n° 4 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., p. 40, n° 5.

²⁶⁴⁷ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1341, n° 13.

²⁶⁴⁸ MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, art. cit., p. 1223 et 1225. On ne peut ici s’empêcher à cet effet de penser au célèbre film français *Garde à vue* qui met parfaitement en lumière ce problème dans les répliques suivantes :

Inspecteur Gallien : « *Dites-moi, Martinaud, franchement. Est-ce que vous savez pourquoi vous êtes là ?* »

Maître Martinaud : [*Il fait non de la tête.*]

qu'une catégorisation prématurée en tant que prévenu puisse restreindre considérablement les chances d'élucidation de l'affaire, joue un rôle décisif.²⁶⁴⁹

509. Une chose est sûre, la personne soupçonnée d'avoir commis un fait délictuel n'en est pas encore pour autant prévenue comme il en ressort du § 60 n° 2 StPO.²⁶⁵⁰ Et, inversement, est en tout cas inculpée, toute personne étant entendue au sens des §§ 136, 163a StPO et, en tant que telle, informée de ses droits, cela valant indépendamment de l'état des éléments de suspicion en présence ou des conditions matérielles et procédurales réunies pour poursuivre les investigations.²⁶⁵¹ Il en est de même concernant tous les actes procéduraux pénaux coercitifs ne pouvant être dirigés qu'envers la personne mise en cause, telles une arrestation ou une mesure de détention provisoire (§ 127,²⁶⁵² §§ 112 et s., §§ 81, 81a, 81b StPO) puisqu'elles manifestent sans équivoque que des poursuites concernant leur destinataire ont lieu et génèrent donc automatiquement la qualité de prévenu.²⁶⁵³ Cela est régulièrement le cas concernant les actes se fondant sur un soupçon telles, entre autres, l'ouverture d'une enquête à la suite de l'inscription du dossier dans les registres d'investigation du ministère public (§ 78c al. 1, n°1 StGB), la convocation à une audition du prévenu (§§ 133 et s., 161, 163a StPO) ou à des auditions dans le sens des §§ 136, 163a StPO. Mais ce seul élément ne saurait à lui seul suffire comme le démontre le cas des saisies (§§ 9-4 et s. StPO) ou des perquisitions (§§ 102, 103 StPO)²⁶⁵⁴ dont le destinataire peut-être suspect sans être automatiquement inculpé.²⁶⁵⁵ Par ailleurs, se contenter de telles constatations mène finalement à un cercle

Inspecteur Gallien : « *C'est ça, oui. Eh bien vous êtes là parce que vous êtes soupçonné. Oui c'est comme ça : de témoin vous êtes devenu suspect. De fil en aiguille. Il y a eu quelque part comme un glissement, voyez-vous ? D'ailleurs je suis sûr que ça ne vous a pas échappé.* »

Maître Martinaud : « *Pas vraiment. C'est la raison du glissement qui m'échappe.* », v. cet extrait repris par le journal *Le Monde* à propos d'un article sur la célèbre mesure dans PIEL, Simon, « La garde à vue, machine à intimider », *Le Monde*, 15 novembre 2014, p. 7.

²⁶⁴⁹ MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1223.

²⁶⁵⁰ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1341, n° 13 ; dans ce sens également ROXIN, Claus, « Beschuldigtenstatus u. qualifizierte Belehrung », *JR*, 2008, *art. cit.*, p. 16 ; MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1223 ; GLEB, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR²⁶, art. cit.*, p. 535, n° 4.

²⁶⁵¹ MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1223 ; FINCKE, Martin, « Zum Begriff des Beschuldigten und den Verdachtsgraden », *ZStW*, vol. 95, n° 4, 1983, p. 948 et s. ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1346, n° 23.

²⁶⁵² V. p. ex. BGH, déc. du 09.06.2009 - 4 StR 170/09, reproduite dans *NStZ*, 2009, p. 702-703, spéc. p. 702, n° 8.

²⁶⁵³ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 76 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1346, n° 23 ; BEULKE, Werner, « Die Vernehmung des Beschuldigten », *StV*, 1990, *art. cit.*, p. 181-182.

²⁶⁵⁴ Manifestement d'avis contraire ici BGH, *NStZ*, 2009, p. 702, n° 8 (v. réf. détaillées en n. 2652).

²⁶⁵⁵ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 77 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1346, n° 23.

vicieux puisque celles-ci ne permettent aucunement de répondre à la question de fond suivante : à partir de quel moment une personne doit-elle être considérée comme mise en cause par les autorités de poursuite et informée en conséquence de ses droits spécifiques ?²⁶⁵⁶

510. Une définition est en l'espèce impérative particulièrement dans l'hypothèse où il n'y a pas eu d'inscription dans les registres du ministère public ou dans les cas de mesures ambivalentes, telles les auditions ou perquisitions,²⁶⁵⁷ dès lors que le destinataire de l'acte n'a pas été informé de ses droits.²⁶⁵⁸

511. Le prévenu est celui « poursuivi pénalement » (*“ strafrechtlich Verfolgter ”*), c'est-à-dire, celui à l'égard duquel est menée une enquête parce qu'il est suspecté d'avoir commis un acte répréhensible.²⁶⁵⁹ Cela nécessite, selon l'opinion majoritaire, deux éléments caractéristiques.²⁶⁶⁰ Il est exigé tout d'abord une condition subjective, à savoir, la manifestation de la volonté des autorités de poursuite de poursuivre « *in personam* ». ²⁶⁶¹ Mais l'application de ce seul critère rendrait possible une pratique arbitraire des autorités de poursuite qui pourraient être tentées de contourner les droits de la défense en refusant de

²⁶⁵⁶ MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1223.

²⁶⁵⁷ Selon la jurisprudence, celles-ci se caractérisent par le fait que la personne auditionnant le destinataire de la mesure apparaît dans sa qualité d'autorité officielle et requiert dans le cadre de cette fonction des informations (notion formelle d'audition), v. en ce sens e. a. BGH, déc. du 21.09.2004 - 3 StR 185/04 (*BGHSt*, 40, 211), reproduite dans *NStZ*, 2005, p. 219-220, spéc. n° 2 ; BGH, déc. du 13.05.1996 - GSSt 1/96 (*BGHSt*, 42, 139), reproduite dans *NJW*, 1996, p. 2940-2944 (spéc. p. 2942) ; v. à ce sujet égal. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, p. 41, n° 8 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136a StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 4. D'avis contraire à juste titre, les représentants de la théorie *fonctionnelle*, qui retiennent une audition dès que quelqu'un est conduit à divulguer des informations directement ou indirectement par une autorité de poursuite et ce, que celle-ci soit reconnaissable en tant que telle ou non, afin d'éviter au possible que cette dernière contourne le § 136a StPO (listant les méthodes d'audition illicites) en procédant à des écoutes « piégées » (« *Hörfalle* ») ne remplissant pas, selon les exigences jurisprudentielles, les critères formels d'une audition indispensables à l'application du § 136a StPO, v. à ce sujet not. GLEB, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 539, n° 12.

²⁶⁵⁸ MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1223.

²⁶⁵⁹ V. not. BGH, déc. du 18.10.1956 - 4 StR 278/56 (*BGHSt*, 10, 8, spéc. 12) ; BGH, déc. du 23.07.1986 - 3 StR 164/86, (*BGHSt*, 34, 138, spéc. 140), reproduite dans *NJW*, 1987, p. 1955-1957 (spéc. p. 1955). V. également : ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, p. 38, n° 1 ; GLEB, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 535, n° 5 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1341-1342, n° 15-16.

²⁶⁶⁰ V. not. BGH, déc. du 03.07.2007 - 1 StR 3/07, (*BGHSt*, 51, 367), reproduite dans *NJW*, 2007, p. 2706-2709, (spéc. p. 2707, n° 17), commentée par JAHN, Matthias, « Anm. z. BGH, 3. 7. 2007 - 1 StR 3/07 », *JuS*, 2007, p. 962-964. V. e. a. égal. : ROXIN, Claus, « Beschuldigtenstatus u. qualifizierte Belehrung », *JR*, 2008, *art. cit.*, p. 16 ; MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1224.

²⁶⁶¹ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1347, n° 26 ; FINCKE, Martin, « Z. Begriff des Beschuldigten u. den Verdachtsgraden », *ZStW*, 4-1983, *art. cit.*, p. 920-921 et 923. À noter qu'il s'agit ici d'un acte de volonté et non d'une déclaration de volonté. L'inculpation doit s'être manifestée formellement ou de manière explicite mais ne doit pas obligatoirement avoir été communiquée au prévenu (il est donc possible d'avoir été prévenu sans jamais en avoir été au courant), v. à ce propos ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, p. 39, n° 3.

reconnaître la qualité de mis en cause d'une personne l'étant pourtant objectivement.²⁶⁶² Il est en conséquence recouru, dans un deuxième temps, à un « *critère objectif correctif* » tiré du § 397 al. 1 AO (Code fiscal) selon lequel il doit avoir été pris un acte caractérisant la poursuite effective de l'auteur présumé.²⁶⁶³ Cette définition est à ce propos en grande partie en accord avec la jurisprudence européenne,²⁶⁶⁴ selon laquelle tant l'acte officiel d'accusation du ministère public, que l'adoption de mesures de poursuite envers une personne soupçonnée de la commission d'une infraction impactant directement sa position, sont susceptibles de marquer le début de la procédure à l'égard d'une personne inculpée.²⁶⁶⁵

512. Les autorités de poursuite ont un devoir d'inculpation, c'est-à-dire de reconnaître le statut de prévenu, qui résulte du principe de légalité (§ 152 al. 1, 160 al. 1 StPO), dès lors que les indices de suspicion en présence sont stables et que les investigations menées ne peuvent raisonnablement plus que se fonder (ou du moins en partie) sur l'hypothèse de la participation du suspect à l'infraction.²⁶⁶⁶ La jurisprudence de la Cour fédérale de justice retient en ce sens l'obligation des autorités de poursuite d'inculper la personne mise en cause, quand le soupçon à son encontre s'est à ce point concrétisé et renforcé ("*verdichtet*") que l'éventualité de son

²⁶⁶² ROXIN, Claus, « Beschuldigtenstatus u. qualifizierte Belehrung », *JR*, 2008, *art. cit.*, p. 16 ; MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1224 ; GLEß, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 536, n° 5 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1347, n° 27 ; ROGALL, Klaus, « Anm. z. BGH, 28.02.1997 - StB 14/96 », *NStZ*, 1997, p. 400.

²⁶⁶³ ROXIN, Claus, « Beschuldigtenstatus u. qualifizierte Belehrung », *JR*, 2008, *art. cit.*, p. 16 ; MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1224 ; GLEß, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 536, n° 5 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1349-1350, n° 31-32 ; ROGALL, Klaus, « Anm. z. BGH, 28.02.1997 - StB 14/96 », *NStZ*, 1997, *art. cit.*, p. 400. À noter qu'un critère obj. à lui seul ne saurait pas non plus suffire, puisqu'un soupçon, quelle qu'en soit son intensité, ne peut faire de quelqu'un un prévenu tant que personne n'est là pour l'inculper, v. à ce sujet not. ROXIN, Claus, « Beschuldigtenstatus u. qualifizierte Belehrung », *JR*, 2008, *art. cit.*, p. 16 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1348, n° 30.

²⁶⁶⁴ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 73, n° 102.1.

²⁶⁶⁵ V. e. a. CEDH, déc. du 17.12.2004, n° 49017/99, Pedersen et Baadsgaard c. Danemark, ici spéc. al. 44 : « *La Cour rappelle que, d'après sa jurisprudence, la période à prendre en considération au titre de l'article 6 § 1 de la Convention doit être déterminée de manière autonome et débute dès qu'une personne se trouve officiellement inculpée ou lorsque les actes effectués par les autorités de poursuite en raison des soupçons qui pèsent contre elle ont des répercussions importantes sur sa situation* » ; v. égal. CEDH, décision du 22.05.1998, n° 81/1997/865/1076, Hozee c. Pays-Bas : « *En matière pénale le "délai raisonnable" de l'article 6 § 1 débute dès l'instant qu'une personne se trouve "accusée" ; il peut s'agir d'une date antérieure à la saisine de la juridiction de jugement, celles notamment de l'arrestation, de l'inculpation et de l'ouverture de l'enquête préliminaire. L'"accusation", au sens de l'article 6 § 1, peut se définir "comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale", idée qui correspond aussi à la notion de "répercussions importantes sur la situation" du suspect* » ; ou encore CEDH, déc. du 15.07.1982, n° 8130/78, Eckle c. Allemagne, ici spéc. al. 73.

²⁶⁶⁶ BVerfG, déc. du 23.07.1982 - 2 BvR 8/82, reproduite dans *NStZ*, 1982, p. 430 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1342-1343, n° 17 ; FINCKE, Martin, « Z. Begriff des Beschuldigten u. den Verdachtsgraden », *ZStW*, 4-1983, *art. cit.*, p. 936.

implication dans l'acte délictueux concerné apparaît sérieuse.²⁶⁶⁷ Les diverses formules jurisprudentielles tels le « *caractère sérieux* » ("*Ernstlichkeit*"), le « *degré de concrétisation* » ("*Konkretheit*", "*Stärke*") ou le « *renforcement* » ("*Verdichtung*") se rapportant au degré de suspicion²⁶⁶⁸ nécessaire à l'obligation d'inculpation que l'on retrouve fréquemment, démontrent que la définition du prévenu va au-delà de celle du simple soupçon, pour lequel la plausibilité de l'hypothèse de la commission d'une infraction répréhensible suffit à elle seule.²⁶⁶⁹ Il est ici requis une probabilité renforcée concernant l'implication de l'individu en question dans une infraction pénale, sans pour autant que la suspicion ait besoin d'être suffisante ("*hinreichend*") ou forte ("*dringend*").²⁶⁷⁰ À cet égard, il n'est pas reconnu de pouvoir discrétionnaire des autorités de poursuite.²⁶⁷¹ En revanche, les tribunaux leur concèdent une certaine marge d'appréciation²⁶⁷² qui demeure limitée par l'intensité objective du soupçon.²⁶⁷³ En conséquence, si, malgré la forte suspicion de la commission d'une infraction, les autorités de poursuite refusent d'accorder le statut de prévenu à la personne concernée et n'informent pas cette dernière de son droit au silence (§ 136 al. 1, 2^e phrase StPO), elles seront sanctionnées lors du procès principal dans le sens où l'exploitation des déclarations obtenues en violation des règles procédurales leur sera interdite

²⁶⁶⁷ De l'allemand „*wenn sich der Verdacht so verdichtet hat, dass die vernommene Person ernstlich als Täter der untersuchten Straftat in Betracht kommt*“, v. p. ex. BGH, déc. du 10.09.2004 - 1 StR 304/04, reproduite dans *NStZ-RR*, 2004, p. 368-369.

²⁶⁶⁸ V. à ce sujet not. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1343, n° 17 ; ROXIN, Claus, « Zur Beschuldigteneigenschaft im Strafprozess », dans D. DÖLLING, B. GÖTTING et B.-D. MEIER (éds.), *Verbrechen - Strafe - Resozialisierung: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010*, Berlin, Walter de Gruyter, 2010 (abrégé *FS-Schöch*, 2010), p. 834.

²⁶⁶⁹ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1343, n° 17.

²⁶⁷⁰ BEULKE, Werner, « § 152 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 18, n° 21 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1343, n° 17. D'avis contraire et requérant dans un souci de sécurité juridique que le soupçon se rapproche d'une catégorie définie dans le StPO et soit « *sérieux* » [*« dringend »*] (ROXIN, Claus, « Z. Beschuldigteneigenschaft im Strafprozess », dans *FS-Schöch*, 2010, *art. cit.*, p. 834), ou « *suffisant* » [*« hinreichend »*] (ROXIN, Claus, « Beschuldigtenstatus u. qualifizierte Belehrung », *JR*, 2008, *art. cit.*, p. 17).

²⁶⁷¹ Reconnaissant ici pourtant un pouvoir discrétionnaire ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 2 ; ROXIN, Claus, « Beschuldigtenstatus u. qualifizierte Belehrung », *JR*, 2008, *art. cit.*, p. 17.

²⁶⁷² V. e. a. BGH, déc. du 18.12.2008 - 4 StR 455/08, reproduite dans *NStZ*, 2009, p. 281-282, spéc. p. 281, n° 9, (*BGHSt*, 53, 114) ; BGH, déc. du 03.07.2007 - 1 StR 3/07, reproduite dans *NJW*, 2007, p. 2706-2709, spéc. p. 2708, n° 19 (*BGHSt*, 51, 367) ; BGH, déc. du 27.02.1992 - 5 StR 190/91 (*BGHSt*, 38, 214), reproduite dans *NJW*, 1992, p. 1463-1467, spéc. p. 1466. V. en ce sens e. a. égal. BEULKE, Werner, « § 152 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 22-23, n° 28 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1343-1344, n° 17 ; FINCKE, Martin, « Z. Begriff des Beschuldigten u. den Verdachtsgraden », *ZStW*, 4-1983, *art. cit.*, p. 935.

²⁶⁷³ V. p. ex. *BGHSt*, 53, 114 (réf. exactes en n. 2672) ; BGH, déc. du 10.09.2004 - 1 StR 304/04, reproduite dans *NStZ-RR*, 2004, p. 368-369. V. aussi not. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1344, n° 17.

(“*Beweisverwertungsverbot*”).²⁶⁷⁴ Il s’agira ici alors de déterminer s’il y a eu une volonté visible de la part des autorités de poursuite d’enquêter sur l’implication de la personne concernée dans l’acte délictueux donné.²⁶⁷⁵ Cela n’est pas le cas lors de simples questionnements de la police à titre informatif tant que le soupçon ne s’est pas concrétisé.²⁶⁷⁶ De même, il ne s’agira pas de l’audition d’un prévenu si la personne concernée s’exprime spontanément sans y avoir été poussée par les autorités de poursuite.²⁶⁷⁷ S’agissant des mesures d’investigation ambivalentes telles les auditions, la volonté de poursuivre des autorités investigatrices pourra ressortir de la manière d’aborder l’audition ainsi que des circonstances du cas d’espèce.²⁶⁷⁸ À titre d’exemple, elle pourra ainsi être admise notamment dans le cas où un policier demande qu’un témoin soit auditionné par un juge quand il est clair que cette requête n’a d’autre objectif que celui d’assurer des preuves au procès au ministère public²⁶⁷⁹ ou encore dans l’hypothèse où un suspect est conduit au poste de police²⁶⁸⁰. La volonté d’inculpation est également retenue en cas de questionnement du détenteur d’un véhicule, en état d’ébriété, rencontré près des lieux d’une infraction dans laquelle son véhicule est impliquée.²⁶⁸¹ La jurisprudence se fonde ici sur la perspective de la personne concernée.²⁶⁸² Si l’on considère que certaines mesures exécutives restent parfois dissimulées au destinataire (par exemple dans le cadre d’écoutes téléphoniques ou de mesures opérées par des agents infiltrés), il

²⁶⁷⁴ BGH, déc. du 09.06.2009 - 4 StR 170/09, reproduite dans *NStZ*, 2009, p. 702-703, spéc. p. 703, n° 13. V. aussi ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 2.

²⁶⁷⁵ BGH, déc. du 03.07.2007 - 1 StR 3/07 (*BGHSt*, 51, 367), reproduite dans *NJW*, 2007, p. 2706-2709, ici spéc. n° 18, p. 2707 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1350, n° 33.

²⁶⁷⁶ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, p. 40, § 9, n° 6.

²⁶⁷⁷ V. not. BGH, déc. du 27.09.1989 - 3 StR 188/89, reproduite dans *StV*, 1990, p. 194-196 et le commentaire de jurisprudence défavorable s’y rapportant : FEZER, Gerhard, « Anm. z. BGH, Urteil vom 27.09.1989 - 3 StR 188/89 - LG Lübeck », *StV*, n° 5, 1990, p. 195-196. ; OLG Saarbrücken, déc. du 06.02.2008 - Ss 70-07 (78/07), reproduite dans *NStZ*, 2008, p. 585-586, ainsi que le commentaire de jurisprudence - également défavorable, s’y rapportant : MITSCH, Wolfgang, « Anm. z. OLG Saarbrücken, 6. 2. 2008 - Ss 70-07 (78/07) », *NStZ*, 2009, p. 287-289. ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1358, n° 49 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 6.

²⁶⁷⁸ V. not. BGH, *NJW*, 2007, p. 2707, n° 18 (v. réf. exacte n. 2675). V. également ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1350, n° 32.

²⁶⁷⁹ *Ibid.*, n° 32. En effet, comme il sera évoqué dans les dév. ultérieurs, il peut être fait appel au juge de l’enquête pour garantir la solidité de la procédure, le procès-verbal d’une audition par ce dernier pouvant le cas échéant, et contrairement à ceux d’un agent de police ou du procureur, être lu à l’audience de jugement et contribuer ainsi à l’apport de preuves (v. not. §§ 251 al. 2, 252 et 254 StPO) qui ne pourront que très difficilement être remises en cause. Pour plus de détails à ce propos, se rapporter aux n° 733, p. 647 et s.

²⁶⁸⁰ V. p. ex. BGH, déc. du 09.06.2009 - 4 StR 170/09, reproduite dans *NJW*, 2009, p. 3589-3591, spéc. n° 8, p. 3589.

²⁶⁸¹ V. p. ex. BayObLG, déc. du 02.11.2004 - 1 St RR 109/04, reproduite dans *NStZ-RR*, 2005, p. 175.

²⁶⁸² V. not. BGH *NJW*, 2007, n° 18, p. 2707 (v. réf. exactes n. 1109) ; BGH, *NJW*, 2009, n° 8, p. 3589 (v. réf. exactes n. 2680) ; v. égal. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 9, n° 1.

apparaît cependant plus juste de ne s'appuyer ici ni sur la vision des autorités de poursuite, ni sur celle de la personne concernée, mais bien plus d'adopter un point de vue objectif pour déterminer dans les faits le but procédural de l'acte concerné.²⁶⁸³

b. Le rôle décisif du procureur pour l'inculpation

513. La décision des autorités investigatrices d'inculper une personne donnée n'est pas directement vérifiable par le juge, la jurisprudence n'autorisant pas de s'y opposer par le biais d'un recours selon les §§ 23 et s. EGGVG [loi introductive de la loi d'organisation judiciaire].²⁶⁸⁴ Un contrôle incident reste néanmoins possible dans les hypothèses où le statut de prévenu de l'individu concerné est requis comme condition pour l'adoption d'une mesure particulière.²⁶⁸⁵

514. S'agissant de la décision d'attribution du statut d'inculpé, est décisive la volonté de celui auquel revient la responsabilité dans la phase procédurale concernée.²⁶⁸⁶ Or, comme il l'a été démontré antérieurement, cette responsabilité incombe, au cours de l'avant-procès allemand, selon les textes, intégralement au ministère public, souverain de ce segment « *uniforme et indivisible* »²⁶⁸⁷ de la procédure.²⁶⁸⁸ De fait, si la police agit en tant que « *bras prolongé du procureur* »²⁶⁸⁹ et admet la qualité de prévenu d'un individu donné sur sa seule initiative, le ministère public sera lié par cet agissement, et ce, même s'il ne l'a pas lui-même commandé.²⁶⁹⁰ Il n'en sera pas autrement dans le cas inverse.²⁶⁹¹ Si le procureur fait la demande d'une audition par le juge conformément aux §§ 162, 169 StPO, le tribunal devra

²⁶⁸³ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1351, n° 33 ; ROXIN, Claus, « Beschuldigtenstatus u. qualifizierte Belehrung », *JR*, 2008, *art. cit.*, p. 17.

²⁶⁸⁴ V. e. a. not. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1352, n° 40 ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2244-2245, qui est cependant lui-même critique envers la portée limitée du contrôle du juge que reconnaît la jurisprudence au stade de l'enquête et appelle à étendre les possibilités de recours selon les §§ 23 et s. EGGVG not. contre la décision d'ouverture d'une enquête. V. aussi pour un dév. plus détaillé de la question n° 669, p. 596 et s. de cette thèse.

²⁶⁸⁵ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1352, n° 40.

²⁶⁸⁶ *Ibid*, n° 41.

²⁶⁸⁷ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 3.

²⁶⁸⁸ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1352, n° 40 ; FINCKE, Martin, « Z. Begriff des Beschuldigten u. den Verdachtsgraden », *ZStW*, 4-1983, *art. cit.*, p. 940.

²⁶⁸⁹ De l'allemand „*verlängerter Arm der StA*“, v. BVerwG, déc. du 03.12.1974 - I C 11/73, reproduite dans *NJW* 1975, p. 893-395, ici spéc. p. 394.

²⁶⁹⁰ V. p. ex. BGH, déc. du 24.07.2003 - 3 StR 212/02, reproduite dans *NStZ*, 2003, p. 671-672, ici spéc. n° 3, p. 672.

²⁶⁹¹ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1352, n° 41 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 3.

donc également respecter le statut d'inculpé retenu par le ministère public.²⁶⁹² L'attribution d'un statut particulier à une partie au procès n'est pas permise au juge.²⁶⁹³ S'il estime que le procureur a violé sa compétence d'inculpation, il ne pourra que rejeter la requête d'audition correspondante pour irrecevabilité (§ 162 al. 3 StPO).²⁶⁹⁴ Ces principes valent également si, au cours de l'audition par le juge, la personne entendue en tant que témoin présente des conditions qui justifieraient de l'entendre comme prévenu ; l'audition ne pourra alors pas être poursuivie en tant qu'audition de témoin.²⁶⁹⁵ Le juge ne pourra pas non plus, sur sa seule initiative, continuer dans le cadre d'une audition de prévenu.²⁶⁹⁶ Cela ne sera possible que si le procureur inculpe le témoin, l'acte d'inculpation pouvant être perçu dans le consentement du ministère public à passer à une audition du prévenu.²⁶⁹⁷ Inversement, le juge ne dispose pas de la possibilité de refuser la requête du procureur de procéder à interrogatoire judiciaire au motif qu'il considère que la personne ne remplit pas les conditions nécessaires pour être inculpée, puisque l'individu poursuivi dispose, comme indiqué précédemment, alors par définition de la qualité de prévenu.²⁶⁹⁸ Le magistrat du siège n'est donc en mesure de trancher en toute indépendance la question de savoir si quelqu'un est témoin ou inculpé que dans le cadre de sa compétence d'urgence prévue au § 165 StPO, dès lors que le procureur n'est pas joignable.²⁶⁹⁹

515. En résumé, la marge d'appréciation dont disposent les autorités de poursuite pour juger de la nécessité d'inculper une personne donnée, de même que la responsabilité entière

²⁶⁹² ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1352, n° 41 ; FINCKE, Martin, « Z. Begriff des Beschuldigten u. den Verdachtsgraden », *ZStW*, 4-1983, *art. cit.*, p. 940.

²⁶⁹³ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1353, n° 41 ; GERLACH, Jürgen (von), « Die Begründung der Beschuldigteneigenschaft im Ermittlungsverfahren », *NJW*, n° 18, 1969, p. 779.

²⁶⁹⁴ GLEB, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR²⁶, art. cit.*, p. 538, n° 11 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1353, n° 41.

²⁶⁹⁵ GLEB, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR²⁶, art. cit.*, p. 538, n° 11 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1353, n° 41.

²⁶⁹⁶ En ce sens not. GLEB, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR²⁶, art. cit.*, p. 538, n° 11 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1353, n° 41. Considérant que la poursuite de l'audition en tant que prévenu par le juge est possible : MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 77 et « § 136 StPO », n° 3.

²⁶⁹⁷ GLEB, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR²⁶, art. cit.*, p. 538, n° 11 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1353, n° 41 ; FINCKE, Martin, « Z. Begriff des Beschuldigten u. den Verdachtsgraden », *ZStW*, 4-1983, *art. cit.*, p. 940.

²⁶⁹⁸ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1353, n° 41.

²⁶⁹⁹ GLEB, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR²⁶, art. cit.*, p. 538, n° 11 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1353, n° 41 ; FINCKE, Martin, « Z. Begriff des Beschuldigten u. den Verdachtsgraden », *ZStW*, 4-1983, *art. cit.*, p. 940.

du procureur dans cette décision, ainsi que les faibles possibilités de contrôle judiciaire de ses agissements en la matière, renforcent encore un peu plus l'influence du ministère public à ce stade de la procédure et le contrôle lacunaire ouvert au juge du siège ne permet pas d'offrir un moyen au mis en cause de s'opposer efficacement et équitablement au procureur qui refuserait de lui accorder le statut protecteur d'inculpé.

c. droits et devoirs du prévenu

516. Cela est d'autant plus gênant que le statut d'inculpé décidera ensuite de l'étendue des droits et devoirs qui s'appliqueront à la personne concernée. Ceux-ci ayant fait l'objet d'une présentation détaillée en première partie de cette thèse, il convient ici de ne revenir que sur les points suivants : bien que faibles au stade de l'avant-procès,²⁷⁰⁰ les droits résultant du principe d'équité du procès pénal protègent le prévenu plus fortement que d'autres participants à la procédure tel par exemple le témoin.²⁷⁰¹

517. L'inculpé n'a ainsi, à la différence de ce dernier, pas de rôle actif mais est, selon l'opinion majoritaire, uniquement tenu de tolérer les mesures d'enquête.²⁷⁰² Il a le droit au silence sans devoir se justifier (§§ 136 al. 1, 2^e phrase, 243 al. 5, 1^e phrase StPO) tandis que le témoin, pour lequel le § 48 al. 1, 2^e phrase StPO prévoit une obligation de principe de procéder à une déposition en cas d'audition, n'est qu'exceptionnellement autorisé à refuser de donner une information requise ou de procéder à une déclaration et devra, le cas échéant, motiver de manière crédible sa décision (§§ 52 et s., 55, 56 StPO).²⁷⁰³ À noter ici que jusqu'au 23 août 2017, il n'incombait au témoin de comparaître à une audition que si celle-ci était menée par

²⁷⁰⁰ ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1362, n° 63 ; MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1228 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 83, n° 106 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 29 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 231. Se rapporter égal. à l'exposé détaillé sur les droits de la défense n° 91 et s., p. 97 et s. de cette thèse.

²⁷⁰¹ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 75, n° 103.

²⁷⁰² ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1367, n° 73 ; du même auteur, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, op. cit.*, p. 54 et s. ; SCHLAURI, Regula, *Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, op. cit.*, p. 111 et s. ; BOSCH, Nikolaus, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, op. cit.*, p. 277 et s.

²⁷⁰³ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 5, § 26, n° 11 ; v. à ce sujet égal. : MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Vor § 48 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 5 ; MEYER, Jürgen, « Zur prozeßrechtlichen Problematik des V-Mannes », *ZStW*, vol. 95, n° 4, 1983, p. 834.

un juge²⁷⁰⁴ ou un procureur²⁷⁰⁵.²⁷⁰⁶ Les autorités de police ne disposaient quant à elles que de la possibilité d'indiquer au témoin qu'en cas de refus, il pourrait alors être contraint de se présenter à une audition par un juge ou un procureur.²⁷⁰⁷ Depuis l'entrée en vigueur le 24 août 2017 de la loi visant à améliorer l'effectivité et la mise en pratique de la procédure pénale,²⁷⁰⁸ il est désormais également permis à la police sur le fondement d'un mandat du procureur de contraindre le témoin à comparaître auquel cas il sera aussi tenu de procéder à une déclaration conforme à la vérité (v. l'actuel § 163 al. 3 StPO).²⁷⁰⁹ On remarquera toutefois, qu'à la différence du système français (v. p. ex. art. 62 et 62-2 du CPP qui permettent sans exiger d'autorisation en amont du procureur à l'officier de police judiciaire de recourir dans une certaine proportion à la contrainte), les prérogatives policières sont ici à juste titre réduites, puisque sans mandat explicite **préalable** du procureur, il ne sera pas possible à la police sur sa seule initiative de contraindre un témoin à comparaître ou de le retenir contre sa volonté pour l'interroger (§ 163a al. 4, n° 4 StPO). En dehors de l'intervention du procureur, les autorités de police ne disposent donc que de la possibilité de recourir à l'audition libre si la personne concernée y consent. La situation du témoin se distingue en ce point également de celle du prévenu qui, toujours aujourd'hui n'est tenu de comparaître que lorsqu'il est entendu par un juge²⁷¹⁰ ou le procureur²⁷¹¹.²⁷¹² Il ne lui incombe en revanche aucune obligation de se rendre à une audition policière.²⁷¹³ *A fortiori*, si le prévenu donne suite de lui-même à une convocation de la police, l'audition qui s'ensuivra ne pourra en aucun cas être exécutée sous la contrainte,²⁷¹⁴ le système allemand ne connaissant pas de mesure comparable à la garde à vue française. Certains auteurs rapprochent parfois cet acte

²⁷⁰⁴ V. § 48 al. 1 StPO.

²⁷⁰⁵ V. § 161a al. 1er, 1 phrase StPO.

²⁷⁰⁶ V. à ce propos not. HÄFEN, Mario (von), « § 163 StPO », dans *BeckOK StPO, art. cit.*, n° 20 ; SINGELNSTEIN, Tobias et DERIN, Benjamin, « Gesetz z. effektiveren u. praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverf. », *NJW*, 2017, *art. cit.*, p. 2650.

²⁷⁰⁷ HÄFEN, Mario (von), « § 163 StPO », dans *BeckOK StPO, art. cit.*, n° 20.

²⁷⁰⁸ *BGBI.* 23.08.2017, partie I, n° 58, p. 3202 et s.

²⁷⁰⁹ V. à ce sujet l'ens. des réf. préc. en n. 2706.

²⁷¹⁰ Lors de l'audience, le mis en cause doit non seulement comparaître mais aussi rester pendant tout le temps des débats, v. § 230 StPO. Lors de l'enquête, le prévenu a également obligation de comparaître devant le juge de l'enquête, v. § 133 StPO.

²⁷¹¹ V. § 163a al. 3 StPO.

²⁷¹² V. aussi à ce propos p. ex. ZÖLLER, Mark, « § 163a StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 1054, n° 21 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 9, n° 36.

²⁷¹³ *Arg. e contrario* au § 163a al. 3, 1^e phrase StPO, v. not. *Ibid.*, § 9, n° 36.

²⁷¹⁴ V. sur ce point égal. ZÖLLER, Mark, « § 163a StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 1054, n° 21.

d'investigation « typique » du système français²⁷¹⁵ à la mesure allemande d'"arrestation provisoire" (« vorläufige Festnahme », § 127 StPO).²⁷¹⁶ Celle-ci est pourtant selon nous trop différente dans ses conditions d'application pour que l'on puisse y voir une mesure de garde à vue *stricto sensu*. Elle est en vérité bien plus proche de la procédure que prévoyait en son temps l'article 106 du Code d'instruction criminelle,²⁷¹⁷ qui n'a à juste titre jamais été perçue comme un fondement possible pour la garde à vue en raison justement de son cantonnement à la flagrance, toutes les auteures et tous les auteurs français s'accordant d'ailleurs à ce propos sur le fait que la garde à vue n'a acquis une base légale, toute faible soit-elle, qu'avec le décret organique du 20 mai 1903²⁷¹⁸. Comme le prévoyait l'article 106 du Code d'instruction criminelle,²⁷¹⁹ le champ d'application du § 127 StPO est rigoureusement cantonné aux cas de flagrance (v. al. 1 du dit §) auxquels viennent s'ajouter, du moins concernant la force publique, les hypothèses d'urgence (al. 2 du dit §). Ainsi, toute personne, publique comme privée, est-elle en vertu de cette disposition autorisée, sans faire appel préalablement à une décision judiciaire, à retenir provisoirement un individu pris en flagrant délit ou en train de fuir dès lors que celui-ci est suspecté de vouloir prendre la fuite ou que son identification ne peut être immédiatement établie (§ 127 al. 1 StPO). La police tout comme le ministère public pourront en outre également recourir à cette mesure en cas d'urgence si toutefois les exigences supplémentaires d'un mandat d'arrêt ou d'internement sont satisfaites (§ 127 al. 2 StPO). Les conditions légales sont en l'espèce donc très contraignantes et empêchent selon nous un détournement des fins de cette pratique, susceptible de conduire à une véritable généralisation de cette mesure telle qu'elle eut lieu en France avec la garde à vue. La personne retenue ne peut l'être en principe que pour éclaircir son identité, pour éviter la fuite ou pour

²⁷¹⁵ DAUD, Emmanuel et MERCINIER, Emmanuel, « Garde à vue : la French touch », *AJP*, n° 6, 2006, p. 269-273, spéc. p. 269, qui reviennent sur la « french touch » si particulière de cette mesure justement à l'origine de « sa dangerosité ».

²⁷¹⁶ Même si l'on peut regretter l'absence de référence précise au texte législatif original, c'est par exemple bien les exigences du § 127 al. 1 StPO dont fait état le Sénat comme « conditions du placement en garde à vue » du côté allemand une étude comparée des mesures de garde à vue, v. SÉNAT, « La garde à vue », *Législation comparée* LC 204, Paris, Sénat, Décembre 2009, p. 11-12, en ligne : <<https://www.senat.fr/lc/lc204/lc204.pdf>>, consulté dernièrement le 29.10.18.

²⁷¹⁷ V. pour le texte de cet article et un commentaire correspondant not. CARNOT, Joseph-François-Claude, *De l'instruction criminelle, considérée dans ses rapports généraux et particuliers avec les lois nouvelles et la jurisprudence de la Cour de cassation*, vol. 1, Paris, Nêve, 1829, p. 428, art. 106 du CIC.

²⁷¹⁸ V. à ce sujet not. LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 22 ; DINTILHAC, Jean-Pierre, « La garde à vue à la dérive », *Terra Nova*, février 2010, p. 3. Se rapporter égal. aux dév. sous le n° 541, p. 489 et s. de cette thèse.

²⁷¹⁹ V. réf. préc. en n. 2717.

l'une des raisons limitativement énumérées aux §§ 112 et 112a StPO, susceptible de justifier une détention provisoire constituée par le danger que le mis en cause prenne la fuite, par le risque de disparition ou de destruction des preuves ou indices matériels, par la crainte d'une récidive, ou l'existence de soupçons se rapportant à un crime des plus graves. Ces motifs sont beaucoup plus étroits que la notion très large des « *nécessités de l'enquête* » sur laquelle se fonde la garde à vue française et ce, malgré les dernières tentatives de cantonnement du législateur dans l'article 62-2 du CPP, qui dispose désormais que la garde à vue doit être l'unique moyen de parvenir à l'un des 6 objectifs limitativement énumérés. En outre, un détournement de l'arrestation provisoire de ses fins premières est beaucoup moins tentant pour les forces de police allemandes que cela ne l'était par le passé, concernant la garde à vue française, très peu protectrice des droits de la défense, puisque l'arrestation provisoire ne permet pas d'entendre la personne retenue sous un autre régime que celui prévu au § 163a StPO qui prévoit tant l'ouverture des droits de la défense (§§ 163a al. 4, 1^e phrase, 136 et 136a StPO) que la présence de l'avocat (163a al. 4 et 168c al. 1 StPO). Les autorités de poursuite sont de plus tenues au standard de droits encore plus protecteur qui s'applique en matière de détention provisoire, et comprend notamment l'assistance d'un proche (dans la mesure où il n'est pas concerné par l'enquête) et, en cas de besoin, une traduction de ses droits et des soupçons (v. §§ 127 al. 4 et 114a-114c StPO).²⁷²⁰ Par ailleurs, le prévenu devra être traduit aussitôt devant un juge ce qui signifie au plus tard jusqu'à la fin du jour suivant l'arrestation, soit un maximum de 48 heures (§ 128 al. 1, 1^e phrase StPO).²⁷²¹ Comme le rappelle à juste titre la Cour fédérale constitutionnelle, il s'agit ici d'un délai « ultime » (« *äußerste Frist* ») qu'il n'est pas question de laisser s'établir comme une routine policière.²⁷²² La condition d'immédiateté est en l'espèce interprétée restrictivement à la lumière des exigences de l'art. 104 al., 2^e phrase et al. 3, 1^e phrase GG et impose que la décision du juge soit prise sans retard qui ne soit justifié par des causes factuelles, puisqu'il s'agit concernant la privation de liberté

²⁷²⁰ V. en ce sens égal. SÉNAT, « La garde à vue », *Législation comparée*, n° 204, préc., Paris, Sénat, Décembre 2009, p. 8-9, et p. 12-13, étude de laquelle ressort, en dépit de son manque de précision à de nombreux égards, le caractère assurément plus protecteur de la mesure allemande par rapport à la garde à vue française.

²⁷²¹ V. à ce sujet not. POSTHOFF, Karl-Heinz, « § 128 StPO », dans *HK, op. cit.*, p. 761-762, n° 5 et 7 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, *StPO-Ko., op. cit.*, § 128 StPO, n° 6.

²⁷²² POSTHOFF, Karl-Heinz, « § 128 StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 761-762, n° 7 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 128 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 6 ; DVORAK, Heinz, « Unverzüglichkeit der Vorführung vor den zuständigen Richter - nur eine unverbindliche Empfehlung für die Behandlung vorläufig festgenommener Personen? », *StV*, n° 12, 1983, p. 514-517.

de la plus grave atteinte au droit à l'autonomie privée d'une personne protégée par l'art. 2 al. 2, 2^e phrase GG.²⁷²³ Il est vrai que la jurisprudence ne se montre pas toujours très conséquente.²⁷²⁴ À notre sens, une raison factuelle devrait, afin d'éviter tout débordement, être en principe uniquement admise concernant des retards objectivement inévitables dus par exemple à l'établissement de l'identité de la personne concernée, aux procédures d'archivage et d'enregistrement nécessaires au dossier, aux contraintes liées à l'activité policière ou aux modalités de transfert habituelles.²⁷²⁵ Or la Cour fédérale de justice relevait ici les nuances circonstanciées entre le délai du § 115 StPO valant en matière de détention provisoire, qui n'accorde aucune compétence décisionnelle aux autorités de poursuite, et celui du § 128 StPO, applicable en cas de flagrance ou d'urgence, qui n'altère en rien l'obligation des autorités de poursuite d'éclaircir les circonstances du cas d'espèce, afin de pouvoir exercer pleinement leurs prérogatives en libérant par exemple le prévenu si les soupçons se révèlent infondés ou du moins de fournir au juge une base d'information étendue pour que ce dernier puisse prendre une décision éclairée.²⁷²⁶ La jurisprudence autorise donc à ce titre sur le fondement du § 128 al. 1 StPO les investigateurs à procéder aux actes d'enquête nécessaires afin de transmettre des renseignements complets au juge, ce qui leur permet notamment d'auditionner la personne concernée, mesure qui pourrait alors s'apparenter à une garde à vue.²⁷²⁷ À préciser que les mesures d'enquête ne peuvent être mises en œuvre que si elles tendent à éclaircir des éléments se rapportant à des motifs d'arrestation provisoire déjà existants.²⁷²⁸ Il est en revanche interdit de procéder à des actes d'investigation, dans le seul but de trouver de nouvelles raisons à la retenue provisoire du

²⁷²³ V. not. BVerfG, déc. du 04.09.2009 - 2 BvR 2520/07, consultable sur *BeckO*, réf. BeckRS 2009, 39529, dont une version courte a été publiée au *NJW-Spez.*, 2010, p. 24 ; v. à ce propos dans la doctr. not. NELLES, Ursula, « Ein "kleines U-Haft-Recht" für Polizei und Staatsanwaltschaft? », *StV*, n° 8, 1992, p. 385 ; KRAUB, « § 128 StPO Vorführung bei vorläufiger Festnahme », dans *BeckOK StPO, op. cit.*, avant n° 1.

²⁷²⁴ Nous partageons en ce sens ici les critiques exprimées e. a. not. par PAEFFGEN, Hans-Ullrich, « Obergerichtliche Rechtsprechung in Haftsachen - 2. Teil », *NStZ*, n° 11, 1992, p. 533 ; NELLES, Ursula, « "Kleines U-Haft-Recht" für Polizei u. StA? », *StV*, 8-1992, *art. cit.*, p. 388.

²⁷²⁵ V. not. DVORAK, Heinz, « Unverzüglichkeit der Vorführung vor den zuständigen Richter », *StV*, 12-1983, *art. cit.*, p. 515 ; NELLES, Ursula, « "Kleines U-Haft-Recht" für Polizei u. StA? », *StV*, 8-1992, *art. cit.*, p. 387.

²⁷²⁶ V. not. BGH, déc. du 17.11.1989 - 2 StR 418/89, reproduite dans *NStZ*, 1990, p. 195, que critiquent à notre sens avec raison not. les auteurs préc. en n. 2724. Par ailleurs, cette décision nous semble contrevenir clairement au principe rappelé par la Cour fédérale Constitutionnelle dans sa déc. du 04.09.2009 (v. réf. exactes en n. 2723) selon laquelle il convenait d'empêcher que s'installe l'habitude de tirer profit pleinement du délai de 48 h permis par le § 128 StPO, celui-ci devant rester absolument exceptionnel en raison de l'atteinte grave portée à la liberté. Cet avis est à notre sens le seul à respecter le texte des dispositions en présence.

²⁷²⁷ V. not. BGH, *NStZ*, 1990, p. 195 (réf. exactes en n. 2726).

²⁷²⁸ POSTHOFF, Karl-Heinz, « § 128 StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 762, n° 7.

suspect, qui n'étaient pas encore données au moment où cette mesure a eu lieu.²⁷²⁹ De plus, le simple fait que l'arrestation provisoire parallèle soit accessoirement ressenti *de facto* comme une pression par la personne entendue dans ces circonstances, ne suffit certes pas à retenir la méthode interdite d'interrogatoire résidant dans l'exercice d'une pression illicite conformément au § 136a, al. 1 StPO, mais il va de soi qu'un détournement de la mesure d'arrestation provisoire aux seules fins d'exercer une pression sur l'individu auditionné pour obtenir des aveux est illégal et ceux-ci ne pourront être exploités pour confondre le mis en cause au procès (v. § 136a al. 3 StPO).²⁷³⁰ Dans les faits, même s'il existe des pratiques abusives qui font penser aux dérives de la garde à vue quand le caractère ultime du délai de défèrement devant un juge n'est pas respecté, comme le prouve le rappel du caractère ultime du délai par la Cour fédérale Constitutionnelle,²⁷³¹ les restrictions légales et jurisprudentielles ont assurément évité que ne se développe une pratique autonome et générale comparable à la garde à vue française. D'ailleurs, l'ordre procédural français n'aurait très certainement pas connu la mesure même de la garde à vue, s'il s'en était tenu à cantonner la procédure d'arrestation provisoire aux cas de flagrance comme le prévoyait originellement le Code d'instruction criminelle. En conclusion, on peut certes retrouver certains aspects de la garde à vue française en procédure pénale allemande lorsqu'est mené un interrogatoire dans le cadre d'une arrestation provisoire avant que la personne ne soit transmise au juge, celle-ci n'est toutefois pas véritablement comparable à la mesure française en raison de son champ d'application très restreint (c'est d'ailleurs ce qui explique l'énorme différence constatée après une vague comparaison des chiffres en 2008, selon laquelle l'Allemagne n'aurait connu que 60.000 « gardes à vue » tandis que la France s'approchait du nombre de 600.000 de cet acte d'investigation)²⁷³². Cela nous mène au constat que la garde à vue comme la conçoit le Code de procédure pénale français est tout simplement inexistante du côté germanique. Il est intéressant à cet égard de relever que l'absence de cet acte d'investigation n'empêche pas l'Allemagne d'arriver à un taux d'élucidation des infractions supérieur à celui de l'État

²⁷²⁹ *Ibid.*

²⁷³⁰ V. sur cette question not. BGH, *NStZ*, 1990, p. 195 (réf. exactes en n. 2726); BGH, déc. du 19.07.1995, 2 StR 758/94, reproduite dans *NJW*, 1995, p. 2933-2937, ici spéc. p. 2936. Se rapporter sur ce point égal. à AHLBRECHT, Heiko, « § 136a StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 811, n° 41.

²⁷³¹ V. p. ex. BVerfG, déc. du 04.09.2009 préc. en n. 2723.

²⁷³² Ces chiffres sont évoqués, toutefois sans références précises par DINTILHAC, Jean-Pierre, « La GAV à la dérive », *Terra Nova*, 2-2010, *art. cit.*, p. 4.

français.²⁷³³ Ne faudrait-il ici pas y voir la preuve du mythe de l'efficacité systématique de la contrainte dans la recherche de la vérité ?

518. Par ailleurs, un mensonge du prévenu n'est en principe pas répréhensible pénalement : en effet, ce dernier ne pourra pas, du moins en tant qu'auteur principal, commettre de parjure puisque les §§ 153 et s. StGB ne lui sont pas applicables.²⁷³⁴ Au contraire, un témoin sera contraint de dire la vérité sous peine d'être sanctionné par les §§ 153 et s. StGB et devra être informé de son assujettissement à son devoir en vertu du § 57 al. 1, 1^e phrase StPO. Il pourra également être contraint à prêter serment (§ 59 StPO).²⁷³⁵ Toutefois, il serait exagéré d'en tirer un « *droit au mensonge* » du prévenu, la divulgation volontaire de fausses informations pouvant notamment remplir les conditions des délits pénaux généraux des §§ 145d (déclaration à tort d'une infraction pénale), 164 (dénonciation calomnieuse) et 258 (délit d'entrave à la justice dès lors qu'il ne s'agit pas d'une entrave en sa faveur) StGB qui pourront alors être poursuivis pénalement.²⁷³⁶

519. En outre, le mis en cause dispose en règle générale, par l'intermédiaire de son avocat ou lui-même depuis la loi relative à l'introduction des dossiers électroniques au sein de

²⁷³³ Ainsi les données policières statistique du ministère de l'intérieur faisaient-elles état en Allemagne pour l'année 2017 d'un taux global d'élucidation de 55, 7% (v. à ce propos not. BUNDESMINISTERIUM DES INNERN, FÜR BAU UND HEIMAT, « Bericht zur Polizeilichen Kriminalstatistik 2017 », avril 2018, p. 75 et 80, sous 6.1.2 et 6.2, en ligne : <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/sicherheit/pks-2017.pdf?__blob=publicationFile&v=5>, consulté dernièrement le 26.10.18), alors que les derniers chiffres clés de la justice française mentionnaient que sur 4.241.508 affaires traitées par le ministère public, 2.392.966 étaient déclarées non poursuivables pour défaut d'élucidation, ce qui correspond à un taux d'élucidation de 43, 6 %, v. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.14. À noter néanmoins que ces chiffres ne sont pas entièrement comparables en ce qu'il s'agit du côté germanique des chiffres relatifs à l'activité de la police tandis que la France se fonde ici sur l'activité des parquets. Ils n'en permettent pas moins de donner une idée des taux d'élucidations respectifs qui ne semblent en tout état de cause pas le moins du monde souffrir de l'inexistence de la garde à vue en Allemagne !

²⁷³⁴ Un acte de complicité de parjure reste néanmoins possible, v. à ce sujet not. GLEß, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 562, n° 64 ; FISCHER, Thomas et al., *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 67^e édition, München, Beck, 2020, § 153 StGB, n° 15.

²⁷³⁵ V. not. BGH, déc. du 13.03.1985 - 3 StR 15/85, reproduite dans *StV*, 1985, p. 356 – 357 ; BGH, déc. du 17.03.2005 - 5 StR 328/04, reproduite dans *NStZ*, 2005, p. 517-519, ici spéc. p. 518, n° 10. V. e. a. égal. GLEß, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 561-562, n° 63-64 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, p. 39, n° 4 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1366-1367, n° 72 ; DIEMER, Herbert, « § 136 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 20 ; RÜPING, Hinrich, « Z. Mitwirkungspflicht des Beschuldigten u. Angeklagten », *JR*, 4-1974, *art. cit.*, p. 139.

²⁷³⁶ BGH, *NStZ*, 2005, 518, n° 10 (v. réf. exactes en n. 2735). En ce sens égal. BOSCH, Nikolaus, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*, *op. cit.*, p. 185 et s. ; MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 136 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 18 ; DIEMER, Herbert, « § 136 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 20 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1367, n° 72 ; GLEß, Sabine, « § 136 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 562, n° 65.

l'autorité judiciaire et au droit des échevins entrée en vigueur le 5 septembre 2017,²⁷³⁷ d'un droit d'accès au dossier intégral (§ 147 al. 1 StPO) alors que la haute juridiction le refuse au témoin non victime, quand bien même celui-ci serait représenté par un avocat.²⁷³⁸ Ce dernier ne pourra alors que recourir au droit très restreint d'accès au dossier ou de renseignement dont peuvent bénéficier les personnes privées au titre du § 475 StPO.²⁷³⁹ À cela s'ajoute que la présence de l'avocat à l'audition du mis en cause, que celle-ci soit menée par un juge, par un procureur ou depuis 2017 également par la police, est admise en droit allemand (v. § 168c al. 1 concernant l'audition par un juge, §§ 163a al. 3, 2 phrase, 168c al. 1 StPO s'agissant de l'audition par un parquetier et §§ 163a al. 4, 3 phrase, 168c al. 1 StPO à propos de l'audition policière) ce qui permettra à ce dernier d'être défendu dès le stade précoce de l'enquête.

520. Au vu des différences importantes entre le statut de témoin et celui de prévenu, il est normal que les notifications des droits de ces deux acteurs divergent : ainsi, les §§ 136 al. 1, 2^e phrase et 243 al. 5, 1^e phrase StPO prévoient une notification de plus grande ampleur pour l'inculpé que les §§ 52 al. 3, 55 al. 2, 57 StPO qui s'appliquent aux témoins.

521. Il peut être ici retenu que le principe général d'équité implique une certaine égalité des armes entre les autorités de poursuite et le prévenu tout au long de la procédure pénale que le StPO a tenté dans une certaine mesure de garantir. En ce sens, le mis en cause dispose de droits plus importants que ceux du témoin, de la victime ou d'un tiers à la procédure comme l'illustre en particulier la brève comparaison entre les droits du prévenu et du témoin. Toutefois, comme il l'a été démontré précédemment, beaucoup de ces droits (notamment le droit de poser des questions [§ 240 StPO] ou de demander des réquisitions de preuves [§§ 244, 245 StPO]) n'interviennent réellement qu'au stade plus avancé du procès intermédiaire et principal.²⁷⁴⁰ En ce sens, le mis en cause doit par exemple certes être informé par la police de son droit de présenter des réquisitions de preuves au cours de l'enquête, mais les autorités

²⁷³⁷ BUNDESTAG, « Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs », *BGBI.*, partie I, n° 45, juillet 2017, p. 2208. V. sur ce point également les précisions au n° 143, p. 151 de cette thèse.

²⁷³⁸ V. not. : BGH, déc. du 04.03.2010 (StB 46/09), reproduite dans *NStZ-RR*, 2010, p. 246 : „Dem anwaltlichen Zeugenbeistand steht im Gegensatz zu dem Verteidiger (vgl. § 147 Abs. 1 StPO) ein eigenes Recht auf Akteneinsicht nicht zu. Seine Rechtsstellung leitet sich aus der des Zeugen ab. Er hat keine eigenen Rechte als Verfahrensbeteiligter und keine weitergehenden Befugnisse als der Zeuge selbst. Dieser hat, sofern er nicht Verletzter ist, ein Akteneinsichtsrecht nur als „Privatperson“ im Sinne von § 475 StPO.“

²⁷³⁹ *Ibid.*

²⁷⁴⁰ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 9, n° 29.

n'ont d'obligation d'y faire droit que lorsqu'elles estiment que celles-ci sont significatives (§ 163a al. 2 StPO).²⁷⁴¹ Les conditions de refus d'une réquisition de preuve lors de l'audience principale sont-elles beaucoup plus contraignantes (§§ 244, 245 StPO) ce qui rend ce droit considérablement plus effectif à ce stade du procès.

522. En résumé, si le législateur a prévu des mécanismes légaux tels les devoirs de notification des droits attachés au statut du prévenu que le procureur doit respecter et qui protègent l'inculpé *a priori*, les droits de ce dernier restent sous-développés au cours de l'avant-procès et ne suffisent pas à rééquilibrer les rapports de force toujours au net avantage du procureur. La position de l'inculpé au stade de l'enquête reste donc précaire et gagnerait à être développée, sans qu'il soit ici question de perdre de vue l'équilibre nécessaire avec les intérêts de l'état et de la société à la recherche de la vérité.²⁷⁴²

2) Le suspect, statut protecteur du mis en cause dans le cadre de l'enquête en France

523. La situation du prévenu apparaît d'autant plus préoccupante en France que le législateur y a longtemps tenu le mis en cause au cours de l'enquête en dehors de tout statut juridique protecteur ; à cela s'ajoute l'usage régulier de la mesure privative de liberté de la garde à vue qui place le suspect dans ce cadre de la mise en état dans une position très précaire (a). La consécration d'un statut du suspect était donc urgente puisque c'est elle qui permet de déterminer sur la base d'indices factuels les mesures de contrainte auxquelles il pourra être recouru (b) de même que les droits du destinataire qui pourront s'appliquer corrélativement (c). À noter que l'on retrouvera ici, à l'instar de ce qui a déjà été établi pour le système allemand, le rôle décisif des autorités de poursuite, dont notamment le procureur en tant que contrôleur, dans l'attribution du statut de suspect.

a. La naissance difficile du statut du suspect dans le cadre de l'enquête

524. En France, le seul « statut » susceptible d'être attribué au mis en cause lors de l'enquête est celui de « personne soupçonnée » (v. art. 43 et 53 CPP) ou « suspectée » (v. p.

²⁷⁴¹ MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 163a StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 15 et « § 136 StPO », n° 11 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 50, n° 32.

²⁷⁴² RIESS, Peter, « Grundfragen z. Reform des EV », dans *GS-Schlüchter*, 2002, *art. cit.*, p. 19 ; ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 1363, n° 65, p. 1383, n° 87 et p. 1397, n° 109 ; MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Stellung des Beschuldigten », *ZStW*, 1981, *art. cit.*, p. 1237-1238.

ex. art. 706-81 CPP), souvent ramené par souci de commodité au terme de suspect.²⁷⁴³ Or, justement dans ce droit national le suspect ne bénéficiait, jusqu'à très récemment, d'aucun statut réel lui ouvrant les droits de la défense.²⁷⁴⁴

525. La notion elle-même fit une entrée timide et tardive sur la scène procédurale française avec la loi du 15 juin 2000 qui la définissait comme « *la personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction* » (v. p. ex. art. 55-1, 63, 70 etc.).²⁷⁴⁵ Or, bien que l'article préliminaire du Code de procédure pénale créé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 ait prévu que toute « *personne suspectée ou poursuivie* » était présumée innocente et avait le droit d'être informée des charges retenues contre elle de même que d'être assistée d'un défenseur, force était de constater que la pratique française de la procédure pénale a longtemps négligé l'application de cette disposition.²⁷⁴⁶ Et, ce « *désert juridique* » fût générateur de bien des « *embûches* ». ²⁷⁴⁷ Les professionnels du droit français furent longtemps confrontés à une incompréhension somme toute fort compréhensible des autorités des autres pays européens et des instances supranationales lorsqu'il s'agissait de savoir si l'audition d'une personne sollicitée par les autorités de poursuite devait être faite sous le régime du témoin ou sous celui du suspect, cette distinction emportant une différence notable quant aux droits applicables.²⁷⁴⁸ En effet, cette terminologie ne renvoyait à rien de vraiment tangible dans l'ordre procédural français, alors que les praticiens se débattaient tant bien que mal avec les notions de « *détenu* », « *gardé-à-vu* », « *témoin assisté* », ou « *mis en examen* », chacun de ces termes faisant référence à des régimes de protection juridiques différents, sans jamais qu'il soit question, bien qu'il s'agisse en vérité de leur dénominateur commun, de suspect à proprement parler.²⁷⁴⁹

²⁷⁴³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1060, n° 1576.

²⁷⁴⁴ V. not. TOULLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, *art. cit.*, p. 132-134 ; GUÉRY, Christian, « L'avenir du suspect », *AJP*, 6-2005, *art. cit.*, p. 232 et s. ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p.1548, n° 3.

²⁷⁴⁵ GUÉRY, Christian, « L'avenir du suspect », *AJP*, 6-2005, *art. cit.*, p. 232 et s. ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1060, n° 1576.

²⁷⁴⁶ V. e. a. GUÉRY, Christian, « L'avenir du suspect », *AJP*, 6-2005, *art. cit.*, p. 232 et s. ; PÈRE, David, « Pour une réflexion sur le statut juridique du suspect », *Rec. Dal.*, 26-2010, *art. cit.*, p. 1638.

²⁷⁴⁷ Selon la formule de REMPLON, Lucien, « La rétention du suspect, I, n° 2916 », *JCP G*, 1978, qui déplorait déjà en 1978 le vide juridique concernant le suspect.

²⁷⁴⁸ GUÉRY, Christian, « L'avenir du suspect », *AJP*, 6-2005, *art. cit.*, p. 232 et s.

²⁷⁴⁹ *Ibid.*

526. L'ampleur du problème est particulièrement visible si l'on s'attache à l'évolution des droits des personnes auditionnées lors de la mise en état de l'affaire. Le droit français distinguait jusqu'à peu selon le cadre juridique choisi.²⁷⁵⁰ Au cours d'une instruction, le critère d'attribution des droits de la défense au bénéfice des personnes soupçonnées aurait pu laisser penser que le législateur souhaitait ici établir une corrélation de principe entre les éléments de suspicion et les droits de la défense, ceux-ci dépendant non pas d'une quelconque contrainte exercée sur la personne auditionnée, mais bien plus, de la pluralité et de la gravité des soupçons qui pesaient sur cette dernière.²⁷⁵¹ En effet, l'article 105 CPP énonce que tout individu contre lequel ont été retenus des indices graves et concordants d'avoir participé à un crime ou un délit ne peut être entendu comme simple témoin. Celui-ci devra en conséquence être placé sous le statut de mis en examen (art. 81-1 CPP) ou du moins de témoin assisté (art. 113-1 CPP), ce qui lui permettra alors de bénéficier des droits de la défense inhérents à ces statuts avant d'être entendu. Les droits de la défense sont ici donc bien perçus comme corrélatifs d'un soupçon sérieux.²⁷⁵²

527. Or, très tôt, la haute juridiction jugea que l'article 105 du Code de procédure pénale, imposant d'ouvrir les droits de la défense à la personne contre laquelle avaient été réunis des indices graves et concordants dans le cadre d'une information, ne trouvait pas application lors de l'enquête.²⁷⁵³ Les agents de police en tirèrent rapidement la conclusion qu'ils pouvaient, à ce stade précoce de l'avant-procès, entendre une personne soupçonnée autant de fois qu'ils le désiraient, quelle que soit la gravité et le nombre d'indices de culpabilité recueillis à son égard, sans qu'il soit besoin pour autant de lui octroyer les droits de la défense.²⁷⁵⁴ Pour tenter

²⁷⁵⁰ V. not. MATHIAS, Éric, « Garde à vue - Pour une loi des suspects... libres (à propos du projet de loi relatif à la garde à vue) - Etude n° 6 », *Dr. pén.*, n° 4, 2011, n° 11 ; TOULLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'europanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, *art. cit.*, p. 133-134 ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1550, n° 10.

²⁷⁵¹ Relevant cette contradiction e.a. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 393, n° 452 ; MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 11 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1062-1063 n° 1581.

²⁷⁵² MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 11.

²⁷⁵³ Cass. crim., déc. du 27.07.1964, n° 64-90.980, publiée au *bull.* n° 252 et commentaire correspondant LE CLÈRE, Marcel, « observation, II (jurisp.) », 13941 », *JCP G*, n° 68, 1964 ; Cass. crim., du 20.08.1986, n° 86-93.091, publiée au *bull.* n° 247. V. sur ce point e. a. VLAMYNCK, Hervé, *Droit de la police*, Paris, Vuibert, 2017, p. 96, Titre II, chap. 2, n° 111 ; GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 309-310, n° 312.22.

²⁷⁵⁴ Se rapporter e. a. à OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1549-1550, n° 8 et 9 ; PÈRE, David, « Pour une réflexion sur le statut juridique du suspect », *Rec. Dal.*, 26-2010, *art. cit.*, p. 1638 et s.

de contrer ces manœuvres abusives, le législateur consacra en 1993 des droits embryonnaires au seul profit des gardés à vue et contraignit les officiers de police judiciaire à notifier immédiatement leurs droits aux personnes qu'ils privaient de liberté.²⁷⁵⁵ La loi demeurait en revanche silencieuse s'agissant du moment exact à partir duquel un suspect devait pouvoir bénéficier des droits immanents à la garde à vue.²⁷⁵⁶ Dans le mutisme des textes, la haute juridiction se prononça pour une « *prohibition des placements en garde à vue tardifs* », ²⁷⁵⁷ le placement en garde à vue étant obligatoire dès lors que le suspect était contraint par l'officier de police judiciaire de rester à sa disposition.²⁷⁵⁸ De fait, la police judiciaire ne conservait une entière liberté d'appréciation que lorsqu'elle ne faisait pas usage de la coercition à l'égard de la personne concernée, c'est-à-dire lorsque celle-ci s'était présentée « *volontairement* » aux services de police, ce dernier critère faisant l'objet d'une interprétation jurisprudentielle extensive de la notion fondée sur une approche subjective.²⁷⁵⁹ En effet, à la différence de la jurisprudence allemande évoquée précédemment,²⁷⁶⁰ la chambre criminelle jugeait à cet égard que le seul fait qu'un suspect soit conduit *manu militari* dans les locaux de la police judiciaire n'imposait pas aux autorités de poursuite de le placer immédiatement en garde à vue, dès lors qu'il ne manifestait pas sa désapprobation explicitement et se prêtait, par exemple, à l'audition.²⁷⁶¹ Autrement dit, le critère du placement obligatoire en garde à vue ne résidait pas dans l'usage de la coercition par les forces de l'ordre *stricto sensu*, mais dans

²⁷⁵⁵ MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 6 ; TOUILLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'euphorisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, *art. cit.*, p. 132-133.

²⁷⁵⁶ MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 6.

²⁷⁵⁷ Selon la formule d'Eric Mathias, *ibid.*

²⁷⁵⁸ V. e. a. Cass. crim., déc. du 06.12.2000, n° 00-82.997, publiée au *bull.* n° 367, p. 1109 ; Cass. crim., du 06.05.2003, n° 02-87.567, publiée au *bull.* n° 93 p. 356 : « *la personne qui pour les nécessités de l'enquête est, sous la contrainte, tenue à la disposition d'un officier de police judiciaire, doit immédiatement être placée en garde à vue et recevoir des droits attachés à cette mesure* ».

²⁷⁵⁹ V. à ce propos not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 561-562, n° 754 ; MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 6 et 7 ; MARON, Albert, « Identifié puis gardé à vue, comm. 57 (Cass. crim., déc. des 26 nov. et 16 déc. 2003) », *Dr. pén.*, n° 4, 2004 ; du même auteur, « Obélix à la chambre criminelle, comm. 185 (ici not. Cass. crim., déc. des 7 et 15 septembre 2004) », *Dr. pén.*, n° 12, 2004.

²⁷⁶⁰ V. sur ce point dév. au n° 512, spéc. p. 462 et les réf. en n. 2680.

²⁷⁶¹ V. e. a. Cass. crim., déc. du 26.11.2003, n° 03-81.442 et 16.12.2003, n° 03-84.746, inédites ; pour un commentaire critique se rapportant à ces deux décisions, v. MARON, Albert, « Identifié puis gardé à vue, comm. 57 », *Dr. pén.*, 4-2004, *art. cit.* V. égal. Cass. crim., déc. des 07.09.2004, n° 03-85.956 et 15.09.2004, n° 04-84.012, inédites ; pour un commentaire critique se rapportant à ces deux déc., v. MARON, Albert, « Obélix à la chambre criminelle, comm. 185 », *Dr. pén.*, 12-2004, *art. cit.*

l'opposition explicite à la mesure contraignante exprimée par le mis en cause.²⁷⁶² En revanche, l'absence de manifestation concrète d'un désaccord, soit l'acceptation tacite de la mesure coercitive – qui correspond en l'espèce à l'état d'esprit commun aux individus qui se présentent spontanément à la police, répondent à une convocation au poste ou bien y sont conduits de force, mais n'opposent aucune résistance – autorisait à entendre régulièrement le suspect sans reconnaissance préalable de son statut de gardé à vue ni notification d'aucun droit.²⁷⁶³ Cela rendait dans une large mesure le placement en garde à vue facultatif permettant à l'officier de police judiciaire d'entendre un individu en dehors du cadre protecteur de cette mesure quand bien même des indices graves existaient à son égard avant son audition et ce, même en présence d'une contrainte objective, dès lors que le mis en cause ne s'y était pas opposé manifestement.²⁷⁶⁴ En bref, il existait durant l'enquête comme un « *plafond de verre* » empêchant le déploiement des droits de la défense.²⁷⁶⁵ Cela était justifié notamment par le fait que l'enquête venant en amont de la décision des poursuites et le procès n'ayant ainsi pas encore été ouvert, il n'était pas possible de développer les droits des personnes concernées par les diverses mesures d'investigation de même que lors d'autres phases procédurales postérieures.²⁷⁶⁶ Tandis que durant l'information un débat peut véritablement avoir lieu entre les parties, à savoir le procureur de la République, la personne mise en examen (ce n'est d'ailleurs qu'à partir de ce moment que le mis en cause sera reconnu comme « inculqué » au sens strict du terme, puisque lors de l'enquête, l'action publique n'est

²⁷⁶² V. not. GUÉRY, Christian, « L'avenir du suspect », *AJP*, 6-2005, *art. cit.*, p. 232 et s. ; MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 6 et 7 ; MARON, Albert, « Identifié puis gardé à vue, comm. 57 », *Dr. pén.*, 4-2004, *art. cit.* ; du même auteur, « Obélix à la chambre criminelle, comm. 185 », *Dr. pén.*, 12-2004, *art. cit.*, qui se montrent tous deux très critiques quand à cette jurisprudence, Maron n'hésitant pas à parler « *d'aveuglement* » de « *cécité volontaire* » de la chambre criminelle. Mathias souligne quant à lui que, « *combinée aux dérives managériales de la politique pénale – qui font des chiffres de la garde à vue un indice de performance des services policiers –, cette jurisprudence a indirectement contribué à l'augmentation du nombre des gardes à vue.* », v. cet auteur dans « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 6, n. 37. Sur la politique néo-libérale à l'œuvre en France depuis plusieurs années GARAPON, Antoine, *La raison du moindre état: le néolibéralisme et la justice*, Paris, OJacob, 2010. Le rapporteur du projet de loi sur la garde à vue en 2011 lui-même s'interrogeait sur cette jurisprudence : « *L'arrestation ne place-t-elle pas de facto la personne dans une situation de contrainte nonobstant l'acceptation de se rendre dans les locaux de la police judiciaire ?* », v. ZOCCHETTO, François, « Rapport relatif à la garde à vue », 315, Paris, Sénat, 16 février 2011, p. 45.

²⁷⁶³ V. réf. en n. 2762.

²⁷⁶⁴ V. réf. en n. 2762.

²⁷⁶⁵ Énonçant les raisons de cette jurisprudence sans pour autant les partager DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1063, n° 1581.

²⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 31, n° 48 et p. 1005, n° 1486.

pas encore ouverte)²⁷⁶⁷ et éventuellement le cas échéant la partie civile, cela est impossible au stade de l'enquête où faute d'ouverture du procès, il n'existe pas encore de « partie ».²⁷⁶⁸ Le ministère public intervient à ce niveau bien plus uniquement dans son rôle de directeur d'enquête et ne deviendra partie poursuivante qu'après avoir déclenché l'action publique.²⁷⁶⁹ S'agissant des autres personnes impliquées, ne s'appliquaient dans leur cas que les notions vagues de « victimes » ou « personnes soupçonnées » dont le statut n'était pas encore pleinement élaboré légalement.²⁷⁷⁰ Par ailleurs, il est clair que la culture de l'aveu, très présente dans le système français, toujours marqué par son caractère inquisitorial, dans lequel les droits de la défense sont perçus comme mettant directement en échec l'efficacité de l'enquête de laquelle doit ressortir la vérité, a orienté directement la jurisprudence.²⁷⁷¹ En effet, c'est bien lors de la garde à vue, plutôt qu'à l'audience, que l'on essaye désormais d'établir la vérité.²⁷⁷² Pour y parvenir, il est tentant de donner sous couvert d'efficacité un rôle prédominant aux autorités de poursuite que des droits de la défense trop importants seraient susceptibles d'entraver.²⁷⁷³ C'est très probablement cette logique qui conduisit le législateur à supprimer, peu après une première consécration, l'obligation de notification à la personne gardée à vue de son droit de garder le silence, comme le laissent présager les rapports parlementaires relatifs à la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, qui relevaient que cette notification « *affaibli[ssai]t la position des policiers devant le délinquant gardé à vue* », et que la logique qui présidait à la notification de ce droit devrait « *également conduire à notifier aux prévenus qu'ils ont le devoir de dire la vérité* » !²⁷⁷⁴ Rappeler à la

²⁷⁶⁷ V. à ce propos not. la déf. de la poursuite de GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 857, n° 1474. Se rapporter égal. aux dév. sous le n° 505, p. 455 de cette thèse.

²⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 1005, n° 1486, p. 1062-1063, n° 1581. V. en ce sens égal. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s.

²⁷⁶⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1005, n° 1486 et p. 1062-1063, n° 1581.

²⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 1005, n° 1486; p. 1060-1061, n° 1577.

²⁷⁷¹ MULLER, Yvonne, « Réforme de la GAV ou la figure brisée de la proc. pén. fr. - Ét. n° 2 », *Dr. pén.*, 2-2011, *art. cit.*, n° 16 ; ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, n° 23.

²⁷⁷² MULLER, Yvonne, « Réforme de la GAV ou la figure brisée de la proc. pén. fr. - Ét. n° 2 », *Dr. pén.*, 2-2011, *art. cit.*, n° 16 ; FABBRI, Alexandra et GUÉRY, Christian, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2009, p. 349.

²⁷⁷³ MULLER, Yvonne, « Réforme de la GAV ou la figure brisée de la proc. pén. fr. - Ét. n° 2 », *Dr. pén.*, 2-2011, *art. cit.*, n° 16.

²⁷⁷⁴ ESTROSI, Christian, « Rapport pour la sécurité intérieure », n° 508, Paris, Ass. nat., 18 décembre 2002, p. 65 : le rapporteur estimait « *humiliant pour le policier d'avoir à préciser au prévenu qu'il a le droit de ne pas répondre à ses questions* ».

personne gardée à vue qu'elle a le droit – fondamental – de se taire, c'est admettre qu'elle peut taire la vérité.²⁷⁷⁵ Ce faisant, la procédure s'éloigne de la recherche de l'aveu – et des pressions que cela légitime –, pour privilégier la recherche d'une confrontation équilibrée des parties, de laquelle émanera une vérité procédurale, ce que le système français, pris dans une spirale répressive, a toujours aujourd'hui du mal à admettre.²⁷⁷⁶ À cet égard, on peut d'ailleurs regretter que le légiférant n'ait pas montré autant d'empressement qu'il en avait manifesté à l'égard de la juridiction d'instruction, pour tirer les leçons d'une étude comparative avec le système allemand qui prouve pourtant, à notre sens de manière univoque, que contrainte n'est pas synonyme d'efficacité dans la recherche de la vérité.²⁷⁷⁷ Le suspect ne disposait donc majoritairement jusqu'à peu que de droits embryonnaires,²⁷⁷⁸ le droit à l'assistance d'un avocat et le principe du contradictoire n'étant admis qu'avec extrême parcimonie.²⁷⁷⁹

528. La première aberration de ce système tenait à l'effet dissuasif qu'il ne manquait pas de provoquer chez le suspect confiant en ses institutions, qui était somme toute amené à se méfier des autorités de poursuite et, dans le doute, à protester pour pouvoir bénéficier des droits attachés au statut de gardé-à-vu.²⁷⁸⁰ En outre, cela conduisait à une différence de traitement paradoxale entre l'instruction et l'enquête en présence d'indices de suspicion

²⁷⁷⁵ MULLER, Yvonne, « Réforme de la GAV ou la figure brisée de la proc. pén. fr. - Ét. n° 2 », *Dr. pén.*, 2-2011, *art. cit.*, n° 16.

²⁷⁷⁶ *Ibid.* Dans ce sens également : BACHELET, Olivier, « GAV : la persistante religion de l'aveu », *Gaz. Pal.*, 24-2012, *art. cit.*, p. 7 et s. Pointant également très justement du doigt la dernière spirale répressive engendrée par les actes terroristes de ces dernières années not. : RIBEYRE, Cédric, « Crime organisé - Loi du 3 juin 2016 – Et maintenant ? - Ét. 17 », *Dr. Pén.*, 9-2016, *art. cit.*, n° 1-3 ; CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. ex. p. 408-409 ; CONTE, Philippe, « Bas les masques ! - Repère 6 », *Dr. Pén.*, 6-2016, *art. cit.* ; TOULLIER, Marc, « Quelle politique criminelle (droits de la défense/ procédures dérogatoires) ? », *Arch. po. crim.*, 37-2015, *art. cit.*, spéc. p. 45 et s.

²⁷⁷⁷ Se rapporter à ce sujet au n° 516, p. 465 et s.

²⁷⁷⁸ MULLER, Yvonne, « Réforme de la GAV ou la figure brisée de la proc. pén. fr. - Ét. n° 2 », *Dr. pén.*, 2-2011, *art. cit.*, n° 16.

²⁷⁷⁹ V. e. a. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1005, n° 1486 ; MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 2.

²⁷⁸⁰ En ce sens, le député Dominique Raimbourg dénonçait lors d'une session ordinaire en janvier 2011 implicitement cet aspect dans les termes suivants : « *Ceux qui se seront présentés volontairement au commissariat, qui auront fait preuve en quelque sorte d'un esprit citoyen – ils auront tout simplement répondu à la convocation et seront venus s'expliquer –, ne bénéficieront pas de cette enquête contradictoire. Nous sommes là au cœur d'une contradiction politique car il y aura deux régimes pour les personnes poursuivies : un pour ceux qui sont peut-être les plus récalcitrants, qui auront fait l'objet d'une mesure de garde à vue, et un autre pour ceux que j'appellerai les plus complaisants (...) qui n'auront bénéficié d'aucun des droits attachés à la garde à vue* », v. ASS. NAT., « Compte rendu intégral de la première séance du 18.01.2011 », *JO*, n° 4, 2011, p. 266. Très critiques à ce propos également : MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 11 ; MARON, Albert, « Identifié puis gardé à vue, comm. 57 », *Dr. pén.*, 4-2004, *art. cit.* ; du même auteur, « Obélix à la chambre criminelle, comm. 185 », *Dr. pén.*, 12-2004, *art. cit.* ; GUÉRY, Christian, « L'avenir du suspect », *AJP*, 6-2005, *art. cit.*, p. 232 et s., sous « de la redéfinition souhaitable de la garde à vue ».

similaires : alors que l'octroi des droits de la défense dépendait dans le cadre de l'information des seuls éléments objectifs de suspicion en présence, l'ouverture de ces mêmes droits ne découlaient, lors de l'enquête, pas de ces indices factuels, mais du critère subjectif de la contrainte.²⁷⁸¹ Les suspects étaient donc, à ce stade précoce, divisés en deux catégories : ceux libres mais ne disposant d'aucun droit, et ceux privés de liberté, mais jouissant des droits de la défense.²⁷⁸² L'absurdité de cette situation procédurale ne manquait pas de choquer : la police judiciaire, agissant dans le cadre de l'enquête, était en quelque sorte libérée des exigences valant à l'encontre du juge instructeur ou de ses délégataires agissant sur commission rogatoire.²⁷⁸³ Comment justifier que l'existence d'un soupçon sérieux interdise au juge, gardien de la liberté individuelle, ce qu'il autorisait au policier ?²⁷⁸⁴ Le modèle de protection des suspects amorcé par l'art. 105 CPP s'en trouvait relégué au rang d'artifice alors qu'il apparaissait affaibli déjà du fait du nombre très restreint des informations, le procureur n'hésitant pas à vider un peu plus ce système de sa substance en recourant à son pouvoir discrétionnaire pour éviter de saisir le magistrat instructeur en matière délictuelle.²⁷⁸⁵

529. Cette opinion dominante était loin de convaincre la doctrine dans son ensemble dont une grande partie appelait de ses vœux à la consécration d'un véritable statut du suspect s'orientant à des circonstances objectives indépendamment du cadre juridique (instruction ou enquête) choisi pour l'avant-procès.²⁷⁸⁶ Les textes mêmes du Code de procédure pénale démontraient certaines contradictions, alors que l'art. 63 du CPP précisait par exemple qu'en

²⁷⁸¹ V. à ce propos not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 561-562, n° 754 ; ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, n° 11 ; MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 11 ; GUÉRY, Christian, « L'avenir du suspect », *AJP*, 6-2005, *art. cit.*, p. 232 et s. ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1550, n° 10.

²⁷⁸² V. e. a. MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 11 ; GUÉRY, Christian, « L'avenir du suspect », *AJP*, 6-2005, *art. cit.*, p. 232 et s., sous « de la redéfinition souhaitable de la garde à vue ».

²⁷⁸³ V. réf. en n. 2782.

²⁷⁸⁴ Se posant cette question ici à juste titre MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 11.

²⁷⁸⁵ En ce sens déjà à l'époque : Vouin, Robert, « Le malheureux article 105 du Code de procédure pénale, I, chron. », n° 1, *Rec. Dal.*, 1974, p. 1-2. V. actuellement e. a. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1062-1063, n° 1581 ; MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 11.

²⁷⁸⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1062-1063, n° 1581 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, 561-562, n° 754 ; MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.* ; GUÉRY, Christian, « L'avenir du suspect », *AJP*, 6-2005, *art. cit.*, p. 232 et s. ; ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*

cas « *d'indices graves et concordants de nature à motiver l'inculpation* » de la personne gardée à vue, l'officier de police judiciaire devait la conduire devant le procureur de la République.²⁷⁸⁷ Cette dissymétrie persistante entre enquête et instruction posait également problème au regard de la CESDH selon laquelle les droits de la défense ne pouvaient revêtir un caractère aléatoire.²⁷⁸⁸ Il ne saurait en ce sens suffire de modifier artificiellement le cadre juridique des investigations pour y échapper.²⁷⁸⁹ Ces droits sont bien plus attachés au statut « d'accusé » dont l'octroi doit dépendre non du bon vouloir du législateur, du juge ou des enquêteurs, mais de circonstances objectives tenant à la gravité des indices réunis envers la personne concernée, c'est-à-dire à l'existence d'une accusation au sens de l'art. 6 CESDH.²⁷⁹⁰

530. C'est dans ces circonstances hautement insatisfaisantes que le législateur a initié, plus à reculons que spontanément – pour ne pas dire contraint et forcé –,²⁷⁹¹ le développement progressif d'abord d'un statut de la personne placée en garde à vue, en lui accordant au compte-gouttes et de manière inconstante le droit à un examen médical, le droit de faire prévenir un proche et son employeur, le droit au silence et, surtout, le droit à la consultation, puis à l'assistance d'un avocat.²⁷⁹² Quant à l'individu mis en cause lors d'une audition libre,

²⁷⁸⁷ V. en ce sens p. ex. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 31, n° 48.

²⁷⁸⁸ La CEDH laissait déjà penser dans sa décision n° 12850/87 du 27.08.1992 dans l'affaire Tomasi, ici spéc. n° 112 alors qu'elle condamnait la France que les règles françaises d'alors ne permettaient pas un contrôle suffisant de la garde à vue. Ces craintes furent confirmées par la suite à plusieurs reprises d'abord dans des arrêts dirigés contre la Turquie: l'arrêt de principe de la CEDH du 27.11.2008, n° 36391/02, Turquie c. Salduz, n° 37-44 et n° 55, jugeait ainsi que l'exploitation d'aveux réalisés au cours de la garde à vue en l'absence d'avocat s'analysait en une violation du droit au procès équitable. L'arrêt CEDH, déc. du 13.10.2009, n° 7377/03, Dayanan contre Turquie, ici spéc. n° 30-32, quant à lui affirmait sans équivoque que « *l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil* », le seul entretien avec un avocat était devenu, dans tous les cas, insuffisant. Enfin, la France se vit directement condamnée dans l'arrêt du 14 octobre 2010, n° 1466/07, Brusco c/ France, n° 45 alors que la Cour rappelait que « *la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire* ». V. concernant cette évolution not. ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, n° 17 et 18.

²⁷⁸⁹ V. ici not. MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 14 et 16.

²⁷⁹⁰ ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, n° 4, 10 et 12 ; MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, *art. cit.*, n° 14.

²⁷⁹¹ Julie Alix parle en ce sens à juste titre d'une « *marche forcée vers l'amélioration des droits de la défense* », le législateur ne procédant qu'à des transpositions « *a minima et au coup par coup* », laissant par là clairement poindre son « *hermétisme* » à l'esprit des directives, v. « La (lente) réception en France des acquis de l'Union européenne en matière de droits de la défense », *Arch. po. crim.*, n° 37, 2015, p. 28-30 ; partageant ces conclusions e.a. égal. BACHELET, Olivier, « Droits de la défense : transposition ambivalente de la "directive information" », *Gaz. Pal.*, n° 32, février 2014, p. 9 et s.

²⁷⁹² TOUILLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, *art. cit.*, p. 128-133. Pour un exposé plus détaillé de l'évolution de la garde à vue, se rapporter not. à

longtemps exclu des avancées valant pour son homologue privé de liberté, ce n'est qu'à l'issue de la réforme de la garde à vue en 2011, que la loi finit par inscrire timidement l'impossibilité de le maintenir sous la contrainte à la disposition des enquêteurs autrement que sous le régime de la garde à vue (v. art. 62 al. 2 CPP dans sa version en vigueur jusqu'au 02.06.2014).²⁷⁹³ Constatant l'impact restreint de ce dernier « garde-fou », le Conseil constitutionnel imposa par lui-même d'accorder plus de droits en faveur du suspect qui consentait à être entendu librement.²⁷⁹⁴

531. Mais c'est finalement à Bruxelles que l'on doit à la suite de la transposition de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 qui vint bon gré mal gré consacrer un véritable statut du suspect entendu librement ou sous la contrainte.²⁷⁹⁵ Désormais, il convient de distinguer, dès le stade de l'enquête, le suspect, auquel est accordé un certain nombre de droits, du simple témoin auquel il revient essentiellement des devoirs, à commencer par celui de dire la vérité.²⁷⁹⁶ Les nouveaux textes s'éloignent du lien traditionnel entre contrainte et droits de la défense, pour rattacher ceux-ci à l'existence d'indices de suspicion.²⁷⁹⁷ Pour différencier le témoin du suspect, il convient désormais de se référer aux articles 61-1 et 62 du CPP : dès lors, le suspect est la personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenter de commettre une infraction à la différence du témoin envers lequel de telles raisons font défaut. Le témoin ainsi identifié ne bénéficiera alors pas, lors de son audition en cette qualité, des droits procéduraux attachés

VLAMYNCK, Hervé, « La garde à vue du code d'instruction criminelle à nos jours », *AJP*, n° 6, 2008, p. 257 et s., sous intro. V. égal. développements aux n° 541 et s., p. 489 et s. de cette thèse.

²⁷⁹³ ASS. NAT., « Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue », *JO*, n° 89, avril 2011, p. 6610 et s.

²⁷⁹⁴ CC, déc. du 18.11.2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC - Mme Élise A. et autres [GAV II], publiée au *JO* du 19.11.2011, p. 19480, texte n° 99 ; V. pour un comm. de cette décision e. a. MATSOPOULOU, Haritini, « Les dispositions de la loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue déclarées conformes à la Constitution », *Rec. Dal.*, n° 44, 2011, p. 3034-3039 ; VERGÈS, Etienne, « Garde à vue : le rôle de l'avocat au coeur d'un conflit de normes nationales et européennes », *Rec. Dal.*, n° 44, 2011, p. 3005-3006.

²⁷⁹⁵ OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, art. cit., p. 1548, n° 2 ; TOUILLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, art. cit., p. 132-134.

²⁷⁹⁶ OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, art. cit., p. 1548, n° 3.

²⁷⁹⁷ TOUILLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, art. cit., p. 133-134 ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, art. cit., p. 1548, n° 3. Concernant le lien entre contrainte et droits de la défense, se rapporter aux développements aux n° 527 et s., p. 475 et s. de cette thèse ainsi qu'à MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, art. cit., n° 7 et s.

au statut du suspect.²⁷⁹⁸ À l'inverse, la personne soupçonnée dans le cadre d'une audition libre disposera selon l'art. 61-1 CPP d'un certain nombre de droits dont celui de se taire. L'ampleur des droits procéduraux attribués varient ensuite en fonction de l'évolution du statut.²⁷⁹⁹ En ce sens, le principe du contradictoire gagne d'abord en importance à mesure que la procédure se déroule et que les éléments de soupçons s'intensifient envers la personne soupçonnée.²⁸⁰⁰ Par ailleurs, si le seul statut de suspect suffit à procurer certains droits à la défense, la contrainte mènera à un renforcement de ces droits en raison de la vulnérabilité qu'elle crée chez le suspect.²⁸⁰¹

532. S'il ne peut être ici contesté les progrès majeurs résultant de la consécration du statut de la personne soupçonnée, la logique progressive de l'évolution des droits de la défense et du contradictoire continue d'alimenter une claire différence de régime au cours de l'instruction et de l'enquête.²⁸⁰² L'« évidente cohérence » de ce nouveau système laisse place au doute dès lors que l'on considère que l'évolution du statut du suspect selon l'intensité du soupçon n'est nullement obligatoire.²⁸⁰³ En effet, l'octroi des droits relatifs aux statuts plus amplement protecteurs de témoin assisté ou de mis en examen au cours de l'instruction demeure en fait tributaire de la volonté première du procureur de diligenter en matière délictuelle une information et n'est pas automatiquement généré à mesure que les soupçons s'intensifient.²⁸⁰⁴ L'évolution des droits dépend en ce sens, sauf dans l'hypothèse d'un crime

²⁷⁹⁸ MÉSA, Rodolphe, « Renforcement relatif des droits procéduraux du suspect », *Gaz. Pal.*, 263-2014, *art. cit.*, p. 17 et s.

²⁷⁹⁹ TOUILLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, *art. cit.*, p. 134-137 ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1548, n° 3 ; Pour une présentation détaillée du système de gradation mis au point par la directive n° 2012/13/UE sur laquelle se fonde la loi française de transposition : VERGÈS, Etienne, « Émergence européenne d'un régime juridique du suspect, une nouvelle rationalité juridique », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2012, p. 635-648.

²⁸⁰⁰ OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1548-1550, n° 3 et n° 4-10 ; TOUILLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, *art. cit.*, p. 135-136.

²⁸⁰¹ OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1548 et 1552-1554, n° 3 et 19-23 ; TOUILLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, *art. cit.*, p. 136.

²⁸⁰² Souhaitant ici en ce sens que la réforme aille plus loin concernant la protection des droits de la défense not. OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1548 et 1552-1554, n° 9 et s. et 20 et s. TOUILLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, *art. cit.*, p. 137-141.

²⁸⁰³ OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1550, n° 10.

²⁸⁰⁴ *Ibid.*

pour lequel l'ouverture d'une instruction est obligatoire, de l'appréciation discrétionnaire du procureur de faire appel au magistrat instructeur.²⁸⁰⁵

533. À cela s'ajoutent des problèmes similaires à ceux constatés s'agissant de la définition de l'inculpé du côté germanique, tenant à la large marge d'appréciation laissée aux autorités de poursuite, découlant principalement de la relative imprécision des termes.²⁸⁰⁶ Les dangers sont ici d'autant plus grands que les notions de témoin et de suspect demeurent étroitement liées à la contrainte,²⁸⁰⁷ omniprésente dans l'avant-procès français dont la mesure phare est la garde à vue, tandis que le système allemand ne connaît pas de pratiques privatives de liberté équivalentes et qu'aucune obligation de donner suite à une convocation policière n'existe concernant les suspects²⁸⁰⁸.

534. Si en vertu des art. 61 al. 3 et 78 al. 1 du Code de procédure pénale, le témoin a obligation de comparaître à une audition policière et peut même y être contraint par la force publique sur autorisation du procureur,²⁸⁰⁹ il ne peut en principe être retenu contre sa volonté au cours de la mesure (art. 62 al. 1 CPP). Toutefois, le second alinéa de cette même disposition autorise, par dérogation à la règle générale, le recours à la contrainte dès lors que les nécessités de l'enquête l'exigent, celle-ci ne pouvant alors être appliquée que le temps strictement nécessaire à l'audition sans que cette durée ne puisse excéder 4 heures (al. 2 de l'art. préc.). S'il apparaît des raisons plausibles laissant présumer de son implication dans l'infraction durant l'audition, le témoin ne pourra être maintenu sous la contrainte que sous le régime privatif de liberté de la garde à vue (al. 3 et 4 de l'art. préc.). Le risque de détournement de procédure consistant, pour les policiers, à entendre en qualité de simple

²⁸⁰⁵ *Ibid.*

²⁸⁰⁶ V. e. a. LEROY, Jacques, « La décision du CC sur la nouvelle GAV : une décision dérangeante, ét. 4 », *Dr. Pén.*, 1-2012, *art. cit.*, n° 6-8 ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1550-1552, n° 11 et 14-17 ; PELLÉ, Sébastien, « GAV : quel contrôle juridictionnel après la réforme ? », *Rec. Dal.*, 23-2017, *art. cit.*, p. 1342-1343.

²⁸⁰⁷ LEROY, Jacques, « La décision du CC sur la nouvelle GAV : une décision dérangeante, ét. 4 », *Dr. Pén.*, 1-2012, *art. cit.*, n° 8 ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1550-1552, n° 11-17 ; PELLÉ, Sébastien, « GAV : quel contrôle juridictionnel après la réforme ? », *Rec. Dal.*, 23-2017, *art. cit.*, p. 1342-1343.

²⁸⁰⁸ Jusqu'à peu, cela était aussi le cas pour les témoins. Mais, depuis l'entrée en vigueur le 24 août 2017 de la loi visant à améliorer l'effectivité et la mise en pratique de la procédure pénale (*BGBI.* 23.08.2017, partie I, n° 58, p. 3202 et s.), la police peut désormais sur le fondement d'un mandat du procureur contraindre le témoin à comparaître, v. l'actuel § 163 al. 3 StPO. À ce propos not. SINGELNSTEIN, Tobias et DERIN, Benjamin, « Gesetz z. effektiveren u. praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverf. », *NJW*, 2017, *art. cit.*, p. 2650.

²⁸⁰⁹ Insistant sur cette particularité française et ce qu'elle implique pour le témoin not. LEROY, Jacques, « La décision du CC sur la nouvelle GAV : une décision dérangeante, ét. 4 », *Dr. Pén.*, 1-2012, *art. cit.*, n° 8.

témoin en dehors des droits de la défense, en particulier sans assistance d'un avocat, une personne en réalité suspectée, peut se révéler doublement préjudiciable, puisque dans l'hypothèse où l'individu soupçonné est entendu abusivement en tant que témoin sous contrainte en vertu de l'art. 62 al. 2 du Code de procédure pénale, le détournement de procédure par fraude à l'article 61-1 du Code de procédure pénale se doublera d'une arrestation et d'une détention illégale au sens de l'art. 5 de la CESDH.²⁸¹⁰ On comprend alors l'inquiétude de la doctrine²⁸¹¹ concernant le contrôle des qualités de témoin et de suspect, selon les critères pour le moins incertains au cours de l'enquête que sont « les nécessités de l'enquête » pour justifier le recours à la contrainte à l'égard du témoin et l'existence de « soupçons plausibles » entraînant l'octroi des droits de la défense au suspect.²⁸¹² En effet, la première exigence est depuis toujours éminemment ambiguë comme en témoigne l'ancien régime de la garde à vue qu'elle conditionnait.²⁸¹³ Quant « *aux raisons plausibles de soupçonner [que la personne concernée a] commis ou tenté de commettre une infraction* » imposant l'ouverture des droits de la défense à la personne auditionnée, on retrouve le flou de la notion d'inculpé évoquée dans le système allemand dont les effets s'avèrent d'autant plus inquiétants que cette distinction est étroitement associée, de ce côté du Rhin, à la question de privation de la liberté de la personne concernée.²⁸¹⁴ Cette formule subjective qui reproduit servilement l'énoncé de l'article 5.1 de la CESDH,²⁸¹⁵ est venue remplacer les « indices » objectifs faisant présumer la réalisation d'un acte pénal tels qu'ils valent par exemple en matière de mise en examen.²⁸¹⁶ Contrairement à l'affirmation du Garde des Sceaux d'alors, qui prétendait que ces tournures recouvraient « *exactement la même*

²⁸¹⁰ OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1550, n° 12.

²⁸¹¹ V. p. ex. MÉSA, Rodolphe, « Renforcement relatif des droits procéduraux du suspect », *Gaz. Pal.*, 263-2014, *art. cit.*, p. 17 et s. ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1550-1552, n° 11- 17 ; LEROY, Jacques, « La décision du CC sur la nouvelle GAV : une décision dérangeante, ét. 4 », *Dr. Pén.*, 1-2012, *art. cit.*, n° 6-8.

²⁸¹² OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1551, n° 14.

²⁸¹³ PELLÉ, Sébastien, « GAV : quel contrôle juridictionnel après la réforme? », *Rec. Dal.*, 23-2017, *art. cit.*, p. 1341 ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1551, n° 15.

²⁸¹⁴ V. l'ens. des réf. préc. en n. 2807.

²⁸¹⁵ Comme le constate égal. OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1551, n° 16.

²⁸¹⁶ V. sur ce point not. LEROY, Jacques, « La décision du CC sur la nouvelle GAV : une décision dérangeante, ét. 4 », *Dr. Pén.*, 1-2012, *art. cit.*, n° 6.

chose », ²⁸¹⁷ cette terminologie est beaucoup plus confuse et empreinte d'un subjectivisme marqué qui rend un peu plus incertain le contrôle objectif de la mesure. ²⁸¹⁸ Il aurait été ici préférable de conserver le critère objectif se basant sur les indices factuels. ²⁸¹⁹ La Cour de Strasbourg semble d'ailleurs y inviter alors qu'elle privilégie une interprétation objective du caractère plausible d'un soupçon selon l'art. 5.1 CESDH, retenant celui-ci quand des faits ou renseignements propres à convaincre un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction. ²⁸²⁰

535. Or, l'imprécision de ces notions légales peut conduire à un contrôle insuffisant des décisions correspondantes par l'autorité judiciaire en raison de l'importante marge d'appréciation que celle-ci accorde aux autorités de poursuite à l'image de ce qui était en vigueur jusqu'en 2011 pour la garde à vue. ²⁸²¹ Et, il est clair que ce pouvoir d'opportunité peut générer quelques doutes quant à l'effectivité des droits procéduraux du suspect auxquels le contrôle du procureur, prévu à l'art. 62-3 al. 1 du CPP, ne change rien puisque, en admettant que l'officier de police judiciaire vienne à auditionner librement un suspect en qualité de témoin malgré un soupçon plausible et, qui plus est, sous contrainte en dehors de toute nécessité, le parquetier ne pourra qu'ordonner la mise en liberté immédiate de la personne concernée. ²⁸²² Il ne lui sera en revanche pas possible de sanctionner le comportement du policier en prononçant de son propre chef une annulation de la mesure puisque ce pouvoir relève de la compétence exclusive de la chambre de l'instruction, elle-même soumise aux fluctuations de la haute juridiction en matière de nullité qui tente régulièrement par tous les

²⁸¹⁷ ASS. NAT., « Compte rendu des débats parlementaires de la 2e séance du 16 janvier 2003 », *JO*, 17 janvier 2003, p. 244.

²⁸¹⁸ LEROY, Jacques, « La décision du CC sur la nouvelle GAV : une décision dérangeante, ét. 4 », *Dr. Pén.*, 1-2012, *art. cit.*, n° 7 ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1551, n° 16.

²⁸¹⁹ En ce sens not. LEROY, Jacques, « La décision du CC sur la nouvelle GAV : une décision dérangeante, ét. 4 », *Dr. Pén.*, 1-2012, *art. cit.*, n° 7.

²⁸²⁰ CEDH, déc. du 30.08.1990, n° 12244/86 12245/86 12383/86, Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni, v. spéc. n° 32 ; plus récemment, CEDH, déc. du 23.02.2010, n° 17251/03, Alpdemir c. Turquie, ici spéc. n° 17.

²⁸²¹ En ce sens OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1550-1552, n° 11-17 ; dans un sens similaire égal. MÉSA, Rodolphe, « Renforcement relatif des droits procéduraux du suspect », *Gaz. Pal.*, 263-2014, *art. cit.*, p. 17 et s. ; LEROY, Jacques, « La décision du CC sur la nouvelle GAV : une décision dérangeante, ét. 4 », *Dr. Pén.*, 1-2012, *art. cit.*, n° 6-8.

²⁸²² V. à ce propos not. CONTE, Philippe, « Une juridiction de jugement n'a pas à vérifier si la garde à vue a bien été décidée "pour les nécessités de l'enquête" - Comm. II 10176 », *JCP G*, n° 50, décembre 2005, p. 6 ; partageant les mêmes conclusions not. MÉSA, Rodolphe, « Renforcement relatif des droits procéduraux du suspect », *Gaz. Pal.*, 263-2014, *art. cit.*, p. 17 et s. ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1551, n° 15.

moyens de sauver l'acte de procédure en question, empêchant par là souvent qu'un contrôle des nullités n'ait lieu.²⁸²³ À cela s'ajoute, à côté du statut controversé des membres du ministère public, leur très lourde charge de travail qui rend un peu plus illusoire la systématicité et l'efficacité du contrôle.²⁸²⁴ En tout état de cause, cette manière de procéder permet certes de satisfaire les velléités de la pratique qui croit y voir un renforcement de l'efficacité de l'enquête, elle prive toutefois pareillement, et cette fois-ci réellement, la personne auditionnée avant le changement de statut prévu par l'article 62 du CPP du bénéfice des droits dont elle aurait disposés si sa qualité de suspect avait été reconnue conformément à l'article 61-1 du CPP.²⁸²⁵

b. Mesures de contrainte ou intrusives attachées à la qualité de suspect

536. Le statut de personne soupçonnée expose d'abord la personne à laquelle il s'applique à des actes coercitifs qui ne peuvent être exercés à l'encontre de simples témoins.²⁸²⁶ Certes, le suspect n'est pas la seule personne susceptible de faire l'objet d'acte de contrainte puisque

²⁸²³ Se rapporter à l'ens. des réf. préc. en n. 2822. À noter toutefois concernant not. le contrôle des nécessités de la garde à vue auxquelles se rapportaient les réf. préc., que la haute juridiction a finalement admis dernièrement, acculée par la meilleure réglementation de la mesure depuis la loi 14 avril 2011 mais non sans une réticence certaine, qu'un recours en nullité pour vérifier la conformité d'un placement en garde à vue par rapport aux exigences légales était possible. Concernant le revirement jurisprudentiel en la matière, v. not. Cass. crim., déc. du 07.06.2017, n° 16-87.588, publiée au *bull.* ; pour un comm. ou note se rapportant à cette jurisprudence e. a. CHAVENT-LECLÈRE, Anne-Sophie, « Prémices d'un véritable contrôle de nécessité de la GAV, comm. 210 », *Procédures*, 8/9-2017, art. cit. ; GOETZ, Dorothée, « GAV : contrôle des exigences de l'art. 62-2 du CPP », *Dal. act.*, 30.06.2017, art. cit. ; LESCLOUS, Vincent, « Un an de GAV (juin 2016 - juin 2017) - Chron. 8 », *Dr. Pén.*, 9-2017, art. cit., n° 1. Sur la jurisprudence antérieure et sa difficile évolution e. a. Cass. crim., déc. du 04.01.2005, n° 04-84.876, publiée au *bull.* n° 3 p. 9 ; Cass. crim., déc. du 18.11.2014, n° 14-81.332, publiée au *bull.* n° 241 ; Cass. crim., déc. du 28.03.2017, n° 16-85.018 ; à ce sujet dans la doctrine not. : PELLÉ, Sébastien, « GAV : quel contrôle juridictionnel après la réforme? », *Rec. Dal.*, 23-2017, art. cit., p. 1339-1344 ; CHAVENT-LECLÈRE, Anne-Sophie, « Contrôle réservé de la C. cass. sur la nécessité de la GAV - Comm. 107 », *Procédures*, 5-2017, art. cit. ; « La justification de la garde à vue », *Lexis Actualité*, 04.04.2017, art. cit. ; MARON, Albert et HAAS, Marion, « GAV - L'erreur est humaine - Comm. 80 », *Dr. Pén.*, 5-2017, art. cit. Les craintes que la jurisprudence reconnaisse de nouveau une marge d'appréciation non contrôlable par le juge des nullités aux autorités de poursuite n'ont toutefois pas disparu au vu de la fluctuation permanente de la jurisprudence de la C. de cass. en la matière qui ne permet pas, à notre sens, d'exclure un revirement futur dans le sens opposé, v. not. LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, art. cit., n° 4-5. V. pour plus de détails à ce propos les dév. n° 689, p. 616 et s.

²⁸²⁴ Ainsi, dans de nombreux ressorts, les mis en cause ne sont-ils présentés au procureur en cas de prolongation de la garde à vue contrairement aux exigences légales fixées à l'art. 63, II, al. 3 du CPP qu'exceptionnellement, v. à ce sujet not. MONIN DE FLAUGERGUES, Joris, « La garde à vue : une mesure privative de liberté sans contrôle juridictionnel effectif - Ét. 8 », *Dr. Pén.*, n° 3, 2015, n° 13 et égal. n. 30. On ne peut alors qu'imaginer l'ampleur du contrôle de la mesure moins attentore d'audition de témoin par le procureur.

²⁸²⁵ En ce sens not. MÉSA, Rodolphe, « Renforcement relatif des droits procéduraux du suspect », *Gaz. Pal.*, 263-2014, art. cit., p. 17 et s.

²⁸²⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1061, n° 1578 ; GUÉRY, Christian, « L'avenir du suspect », *AJP*, 6-2005, art. cit., p. 232 et s., v. premiers développements.

la police judiciaire pourra par exemple user de la coercition pour obliger une personne suspecte ou non, à comparaître (v. art. 78 CPP). Toutefois, certaines mesures coercitives ou d'investigation intrusives ne pourront être dirigées qu'envers un individu soupçonné d'avoir commis une infraction.²⁸²⁷

537. La plus importante d'entre elles est assurément, tout du moins depuis qu'à partir de 1993, plusieurs lois sont venues préciser que le « simple » témoin ne saurait faire l'objet d'un placement en garde à vue,²⁸²⁸ la garde à vue (art. 62-2 et s. et 77 CPP) qui peut être précédée d'un mandat de recherche (art. 70 CPP). Il s'agit ici d'une mesure privative de liberté tendant à maintenir la personne « *à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement* » à la disposition de l'officier de police judiciaire pour les besoins de l'enquête (art. 62-2 al. 1 CPP).²⁸²⁹

538. En principe, la durée de la garde à vue est fixée à 24 heures, renouvelable une fois sur autorisation écrite du procureur pour la même période, ce qui correspond à une durée totale de 48 heures (art. 63 II. CPP). Mais dans certains cas, tel en matière de terrorisme par exemple, elle pourra être prolongée jusqu'à 6 jours, l'autorisation au-delà de 48 heures devant toutefois être délivrée par un juge des libertés et de la détention à la demande du procureur ou par un juge d'instruction (Art. 706-88 al. 1 et 2 CPP).

539. De même, sans prétendre à l'exhaustivité, seul le suspect devra, sous peine de sanction pénale, accepter de se soumettre aux opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête (art.55-1 et 76-2 CPP). Une opération de surveillance (art. 706-80 CPP) ou d'infiltration (art. 706-81 CPP) ne pourra être prise également qu'à l'égard de la personne soupçonnée. Cette dernière pourra faire l'objet d'un contrôle d'identité, même en l'absence de toute autre circonstance ou d'autorisation judiciaire (art. 78 -2 CPP) de même que son véhicule pourra

²⁸²⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1061, n° 1578.

²⁸²⁸ Ce sont diverses lois, à partir de 1993, qui ont permis de préciser qu'il devait exister contre la personne gardée à vue « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction* » (v. actuel art. 62 al. 1 CPP). La personne contre laquelle ces raisons n'existent pas ne peut être retenue que « *le temps nécessaire à son audition* » (actuel art. 62 al. 2 CPP). Ce principe est applicable depuis la loi du 15 juin 2000 aussi bien à l'enquête préliminaire, qu'à l'enquête de flagrance et qu'à la GAV sur commission rogatoire (v. not. ancien art. 62 al. 5, 78 al. 2., 153 al. 1 CPP, version en vigueur à partir du 01.01.2001). V. sur ce point not. GUÉRY, Christian, « L'avenir du suspect », *AJP*, 6-2005, *art. cit.*, p. 232 et s.

²⁸²⁹ V. sur cette déf. e. a. égal. COURTIN, Christine, « GAV sous haute surveillance », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV, art. cit.*, p. 7.

être contrôlé si elle se trouve sur la voie publique (art. 78-2-3 CPP). Il est aussi possible de rapprocher son empreinte génétique avec les données figurant au fichier national automatisé des empreintes génétiques [FNAEG], sachant que si les indices réunis à son encontre sont considérés comme « *graves ou concordants* », les empreintes génétiques pourront alors être conservées si l'infraction concernée fait partie de celles énumérées à l'art. 706-54 CPP.

c. État des droits du suspect lors de l'enquête

540. Pour permettre à ces mesures coercitives d'être proportionnées, il était impératif d'ouvrir au suspect parallèlement les droits de défense, ce qui s'est fait de manière progressive, ces derniers restant néanmoins toujours d'une ampleur moindre qu'au stade de l'instruction.²⁸³⁰

541. Concernant d'abord la mesure de l'enquête par excellence qu'est la garde à vue, celle-ci s'est au départ développée dans l'illégalité, et donc à l'écart des droits de la défense, pour les nécessités de l'enquête, elle-même officieuse.²⁸³¹ En fait, pour reprendre la formule de Simon Piel fort à propos, l'histoire de cette mesure d'enquête est « *l'institutionnalisation d'une pratique détournée de son objet* ». ²⁸³² Tous les textes imposaient jusqu'à l'aube du XX^e siècle que toute personne interpellée soit conduite immédiatement devant un magistrat : ²⁸³³ la police ne menait aucun interrogatoire et c'était bien les magistrats qui jouaient dans la pratique le rôle d'enquêteur de terrain. ²⁸³⁴ Aucune disposition générale du Code d'instruction

²⁸³⁰ CNCDDH, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », ass. plén., 2014, *rap. préc.*, p. 13, n° 35 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1004, n° 1486 ; QUENTIN, Bruno, « Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable, doctr. 323 », *JCP G*, 11-12/2013, *art. cit.*, p. 577 ; MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 819 ; LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 16 ; BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, not. p. 1341 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p.563-565 ; CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, not. p. 411-412 ; PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, e.a. n° 15-16 et n° 20 ; CONTE, Philippe, « Bas les masques ! - Repère 6 », *Dr. Pén.*, 6-2016, *art. cit.*

²⁸³¹ LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 22 ; VLAMYNCK, Hervé, « GAV du CIC à nos jours », *AJP*, 6-2008, *art. cit.*, p. 257 et s. ; DECOCQ, André et al., *Le droit de la police*, Paris, Litec, 1998, n° 21 et s. ; DINTILHAC, Jean-Pierre, « La GAV à la dérive », *Terra Nova*, 2-2010, *art. cit.*, p. 3.

²⁸³² PIEL, Simon, « GAV, machine à intimider », *Le Monde*, 15.11.2014, *art. cit.*, p. 7.

²⁸³³ V. pour plus de précisions à ce sujet not. DINTILHAC, Jean-Pierre, « La GAV à la dérive », *Terra Nova*, 2-2010, *art. cit.*, p. 3 ; LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 22.

²⁸³⁴ PIEL, Simon, « GAV, machine à intimider », *Le Monde*, 15.11.2014, *art. cit.*, p. 7.

criminelle, qui en ce sens reprenait l'héritage de l'ordonnance criminelle de 1670, ne prévoyait d'arrestation policière, puisqu'il s'agissait ici d'une prérogative exclusive des magistrats.²⁸³⁵ À l'exception de l'hypothèse spécifique de la flagrante réglée par l'article 106 du Code d'instruction criminelle,²⁸³⁶ l'arrestation ne pouvait s'effectuer qu'en exécution d'un mandat d'amener.²⁸³⁷ Plutôt que de veiller à une stricte application de ce principe à l'image de la jurisprudence allemande, les juridictions pénales françaises encouragèrent la pratique naissante et spontanée chez les policiers d'utiliser ce dispositif d'exception plus largement, afin de faire avancer les investigations en étendant rapidement cette procédure à toutes les infractions passibles d'une peine d'emprisonnement.²⁸³⁸ Cette jurisprudence fût même maintenue envers et contre les termes explicites de la Constitution de 1848 dont l'article 2 énonçait que « *nul ne peut être détenu que suivant les prescriptions de la loi* ». ²⁸³⁹ En 1897, le législateur autorise la présence de l'avocat dans le cabinet d'instruction, ce qui entraîne « *un basculement fondamental [à partir duquel] le juge n'a plus les mains libres et confie à la police judiciaire le soin de procéder aux investigations* ». ²⁸⁴⁰ Progressivement et en marge du droit, on constate un glissement des rôles, alors que les policiers et gendarmes prennent pour habitude de garder les personnes arrêtées plus longtemps qu'il n'aurait été nécessaire, afin de les conduire devant un magistrat et tirent avantage de cette situation juridique précaire des individus concernés pour les interroger.²⁸⁴¹ Ce n'est qu'en 1903 que l'article 307 du décret en date du 20 mai 1903 vient enfin apporter une unique et faible base légale (aujourd'hui abrogée) à la garde à vue, selon laquelle les gendarmes disposaient d'un délai de 24 heures pour conduire la personne arrêtée en flagrant délit devant le procureur, à laquelle vint plus tard s'ajouter une circulaire du ministère de l'intérieur du 23 septembre 1943.²⁸⁴² Malgré

²⁸³⁵ V. l'ens. des réf. préc. en n. 2833.

²⁸³⁶ V. pour le texte de cet article et un commentaire correspondant not. CARNOT, Joseph-François-Claude, *De l'instruction criminelle*, op. cit., p. 428, art. 106 du CIC.

²⁸³⁷ V. l'ens. des réf. préc. en n. 2833.

²⁸³⁸ DINTILHAC, Jean-Pierre, « La GAV à la dérive », *Terra Nova*, 2-2010, art. cit., p. 3.

²⁸³⁹ *Ibid.*

²⁸⁴⁰ Propos de Denis Salas recueillis par PIEL, Simon, « GAV, machine à intimider », *Le Monde*, 15.11.2014, art. cit., p. 7. V. égal. GARÇON, Maurice, « Garde à vue et inquisition », *Le Monde*, 11 janvier 1963 ; LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 23 ; DINTILHAC, Jean-Pierre, « La GAV à la dérive », *Terra Nova*, 2-2010, art. cit., p. 3.

²⁸⁴¹ V. l'ens. des réf. préc. en n. 2840.

²⁸⁴² LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 22-23 ; VLAMYNCK, Hervé, « GAV du CIC à nos jours », *AJP*, 6-2008, art. cit., p. 257 et s. ; DINTILHAC, Jean-Pierre, « La GAV à la dérive », *Terra Nova*, 2-2010, art. cit., p. 3.

l'opposition ouverte de certains auteurs à cette mesure, les rédacteurs du CPP en consacèrent finalement l'existence en même temps que celle de l'enquête préliminaire.²⁸⁴³ S'appliquant à l'origine du CPP jusqu'à 1993 à tout individu, y compris le simple témoin, le régime d'une grande stabilité et sobriété de la garde à vue offrait peu de protection à la personne concernée.²⁸⁴⁴ Il tenait ainsi en trois articles (art. 63, 64 et 77 CPP ancienne version CPP) qui prévoyaient la durée de la mesure et instaurent quelques maigres garanties supplémentaires, à savoir le principe d'une audition de la personne par le parquet avant prolongation en cas d'enquête préliminaire, la possibilité d'un examen médical et l'obligation de préciser par procès-verbal les temps de repos et d'audition.²⁸⁴⁵ Mais la protection censée être apportée par ces règles apparaissait d'autant plus faible que selon une jurisprudence constante de la chambre criminelle leur inobservation n'était, à elle seule, pas en mesure d'entraîner la nullité des actes de la procédure, lorsqu'il n'était pas démontré que la recherche et l'établissement de la vérité s'en était trouvé viciés.²⁸⁴⁶

542. Un tournant fondamental est opéré par les lois des 4 janvier et 24 août 1993 qui viennent restreindre le champ de la mesure en excluant le simple témoin des possibles destinataires de la mesure et faire de celle-ci, conçue jusqu'alors comme une prérogative de la police judiciaire, un acte créateur de droits.²⁸⁴⁷ Le contrôle de l'autorité judiciaire est renforcé, avec notamment l'obligation, pour l'officier de police judiciaire décidant d'un placement en garde à vue, d'aviser très rapidement un membre de l'autorité judiciaire et l'obligation, du moins en principe, de présenter l'individu à ce dernier avant toute décision de

²⁸⁴³ LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 24 ; VLAMYNCK, Hervé, « GAV du CIC à nos jours », *AJP*, 6-2008, art. cit., p. 257 et s. ; DINTILHAC, Jean-Pierre, « La GAV à la dérive », *Terra Nova*, 2-2010, art. cit., p. 3.

²⁸⁴⁴ V. les réf. en n. 2842.

²⁸⁴⁵ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1703, n° 2519-1 ; PRADEL, Jean, « La garde à vue et la Cour de cassation », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV, op. cit.*, p. 21.

²⁸⁴⁶ Cass. crim., déc. du 17.03.1960, publiée au *bull.* n° 156, confirmée plus tard par e. a. par Cass. crim., déc. du 22.04.1992, n° 91-85.467 et 92-80.881, publiée au *bull.* n° 172. V. sur ce point not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1703, n° 2519-1 ; BATUT, Anne-Marie, « Le contrôle de la garde à vue par la chambre criminelle, Etude », *Rapport annuel de la Cour de cassation, 2^e partie, Etudes et documents*, 1997, en ligne :

<https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_tude_annuelle_36/rapport_1997_76/deuxieme_partie_tudes_documents_78/mme_anne_5710.html>, consulté dernièrement le 10.10.2018.

²⁸⁴⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1704, n° 2520 ; GUÉRY, Christian, « L'avenir du suspect », *AJP*, 6-2005, art. cit., p. 232 et s.

prolongation.²⁸⁴⁸ Puis, la personne gardée à vue obtient le droit de prévenir un tiers (ancien art. 63-2 CPP), le droit de se faire examiner par un médecin, (ancien art. 63-3 CPP) et le droit de s'entretenir avec un avocat, (ancien 63-4 CPP).²⁸⁴⁹ La loi prévoit enfin la possibilité d'annulation de la garde à vue en cas de violation d'une formalité substantielle portant atteinte aux intérêts de la personne concernée.²⁸⁵⁰ Cependant, si l'avocat était à même de connaître la date et la nature des infractions reprochées à son mandant, il ne disposait en revanche d'aucun droit d'accès au dossier d'enquête, pas plus qu'il ne pouvait être présent lors de l'interrogatoire avant la vingtième heure.²⁸⁵¹

543. S'ensuivirent de longues tergiversations du législateur marquant tantôt des avancées importantes en matière de droits de la défense, tantôt des régressions tout aussi considérables.²⁸⁵² La loi d'inspiration libérale du 15 juin 2000 permit par exemple à l'avocat d'intervenir en garde à vue dès la première heure et consacra l'obligation de notification à la personne gardée à vue de son droit au silence.²⁸⁵³ Cette dernière avancée fut néanmoins largement atténuée par la loi du 4 mars 2002 puis supprimée par la loi du 18 mars 2003 avant d'être rétablie par la loi du 14 avril 2011²⁸⁵⁴ qui marqua une véritable rupture en la matière,²⁸⁵⁵ même s'il convient de garder présent à l'esprit que celle-ci fut, encore une fois, plus le résultat de l'obligation faite par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 30 juillet 2010²⁸⁵⁶ de réformer la garde à vue dans un délai imposé que d'une volonté spontanée du législateur

²⁸⁴⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1704, n° 2520 ; VLAMYNCK, Hervé, « GAV du CIC à nos jours », *AJP*, 6-2008, *art. cit.*, p. 257 et s.

²⁸⁴⁹ LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 33-34 ; TOUILLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, *art. cit.*, p. 133 et 134.

²⁸⁵⁰ V. l'ancien art. 171 CPP tel que modifié par l'art. 71 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1704, n° 2520 ; VLAMYNCK, Hervé, « GAV du CIC à nos jours », *AJP*, 6-2008, *art. cit.*, p. 257 et s.

²⁸⁵¹ HODGSON, Jacqueline, « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, 4-2010, *art. cit.*, p. 1364-1365 et spéc. n. 22.

²⁸⁵² DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1704, n° 2520.

²⁸⁵³ TOUILLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, *art. cit.*, p. 133-134 ; VLAMYNCK, Hervé, « GAV du CIC à nos jours », *AJP*, 6-2008, *art. cit.*, p. 257 et s.

²⁸⁵⁴ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue entrée en vigueur dans son intégralité au 1^{er} juin de la même année et publiée dans *JO* n° 0089 du 15 avril 2011, p. 6610, texte n° 1, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023860729&categorieLien=id>, consultée dernièrement le 29.04.2018.

²⁸⁵⁵ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1704-1705, n° 2520.

²⁸⁵⁶ V. réf. exactes en n. 2858.

d'améliorer les droits de la défense.²⁸⁵⁷ Cette décision de principe du Conseil des sages fut la conséquence de l'évolution préoccupante des conditions de mise en œuvre de la garde à vue, de même que de l'incompatibilité du régime juridique de celle-ci avec les principes fondamentaux.²⁸⁵⁸ En effet, l'augmentation exponentielle des mesures de garde à vue – sans comptabiliser celles mises en œuvre dans le cadre d'infractions au Code de la route ou exécutées outre-mer – était devenue particulièrement inquiétante passant de 275.698 en 1994 à 580.108 en 2009, soit une croissance de 110 %.²⁸⁵⁹ Une telle évolution laissait penser qu'il existait un abus ou tout du moins un recours excessif à cette mesure, de la part des autorités de police, en méconnaissance des règles les plus élémentaires de droit telles celles de la proportionnalité.²⁸⁶⁰ Par ailleurs, les conditions matérielles d'exécution des gardes à vue ainsi que les traitements souvent inutilement dégradants des individus concernés (tels le retrait du soutien-gorge et/ou de la paire de lunettes de vue) étaient tout aussi alarmants.²⁸⁶¹ Il n'est ainsi pas étonnant que la France ait fait l'objet de plusieurs condamnations de la part de la Cour de Strasbourg. Dans son arrêt Tomasi, celle-ci appelait déjà l'État français « à une vigilance particulière » concernant les conditions d'exécution de cette mesure, « eu égard aux caractéristiques du système français de la garde à vue, notamment l'absence d'avocat et de tout contact avec l'extérieur » et laissait présager d'un régime de droit insuffisant de cet acte.²⁸⁶² La CEDH vint par la suite préciser de manière univoque que la personne gardée à vue devait bénéficier de l'assistance d'un avocat « dès les premiers stades de l'interrogatoire de la police »²⁸⁶³ et pouvoir accéder à la « vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil »,

²⁸⁵⁷ V. not. COURTIN, Christine, « GAV sous haute surveillance », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV, art. cit.*, p. 8.

²⁸⁵⁸ V. not. C. Const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30.07.2010 - M. Daniel W. et autres [GAV], ici spéc. considérant n° 15-18. Se rapporter égal. e.a. à COURTIN, Christine, « GAV sous haute surveillance », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV, art. cit.*, p. 10 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, p. 1706, n° 2520-2.

²⁸⁵⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1076, n° 2520-3.

²⁸⁶⁰ *Ibid.*

²⁸⁶¹ V. à ce sujet not. CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ, *Rapport annuel d'activité 2008*, Paris, 2009, p. 89-90, en ligne : <<http://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2009/04/rapport-annuel.pdf>>, consulté dernièrement le 29.04.2018 ; CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ, *Rapport annuel d'activité 2009*, Paris, Dalloz, 2010, p. 132-133, en ligne : <http://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/rapport_2009_Dalloz.pdf>, consulté dernièrement le 29.04.2018.

²⁸⁶² CEDH, déc. du 27.08.1992, n° 12850/87, Tomasi c. France, ici spéc. al. n° 112. V. égal. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1703, n° 2519-1.

²⁸⁶³ CEDH, déc. du 27.11.2008, n° 36391/02, Salduz c. Turquie, ici spéc. al. n° 52. V. égal. ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, p. 1699-1707, n° 12 ; TOUILLIER, Marc,

à savoir « *la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention* »²⁸⁶⁴. Or la seule possibilité pour la personne placée en garde à vue de s'entretenir pendant 30 minutes avec un avocat au début de la mesure comme le prévoyait les textes jusque-là (ancien art. 63-4, dernier al. CPP) ne permettait pas de satisfaire à ces exigences.²⁸⁶⁵ La Cour de Strasbourg ajouta en outre, s'agissant des régimes spéciaux de garde à vue, que la possibilité ouverte au procureur de la République de différer la présence de l'avocat en matière d'atteinte à la sûreté de l'État constituait une violation du principe de l'art. 6.3 CESDH selon lequel l'accès à un avocat devait être consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police trouvant en règle générale application, « *sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existait des raisons impérieuses de restreindre ce droit* ». ²⁸⁶⁶ Une dérogation est donc possible mais il doit être vérifié concrètement si des raisons impérieuses la justifient dans le cas d'espèce. ²⁸⁶⁷ Manifestement, les dispositions de l'art. 706-88 CPP qui permettaient le report systématique et automatique de la présence de l'avocat en raison de la seule nature de l'infraction *in abstracto* n'étaient pas conformes à ces conditions. ²⁸⁶⁸

544. Ces signaux envoyés par Strasbourg déclenchent de vives réactions au sein des juridictions françaises :²⁸⁶⁹ la Cour de Cassation profite de l'entrée en vigueur du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité le 1^{er} mars 2010 pour renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité du régime de garde à vue française avec les droits et libertés fondamentaux protégés par la Constitution française.²⁸⁷⁰ Cette juridiction rend

« Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, *art. cit.*, p. 133.

²⁸⁶⁴ CEDH, déc. du 13.10.2009, n° 7377/03, Dayanan c. Turquie, ici spéc. al. n° 32. V. égal. ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, p. 1699-1707, n° 17 ; TOUILLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, *art. cit.*, p. 133.

²⁸⁶⁵ CEDH, déc. du 14.10.2010, n° 1466/07, Brusco/France, ici spéc. al. n° 28 et 45 et s. V. aussi e. a. PRADEL, Jean, « GAV et Cour de cassation », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV*, *art. cit.*, p. 22.

²⁸⁶⁶ CEDH, déc. du 27.11.2008, n° 36391/02, Salduz c. Turquie, ici spéc. al. n° 55.

²⁸⁶⁷ *Ibid.*, v. sur ce point e. a. égal. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1709, n° 2520-7.

²⁸⁶⁸ V. l'ens. Des réf. en n. 2867.

²⁸⁶⁹ V. sur ce point not. COURTIN, Christine, « GAV sous haute surveillance », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV*, *art. cit.*, p. 9 et s. ; dans le même ouvrage PRADEL, Jean, « GAV et Cour de cassation », p. 25 et s.

²⁸⁷⁰ COURTIN, Christine, « GAV sous haute surveillance », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV*, *art. cit.*, p. 9-10.

alors une décision de principe fondamentale le 30 juillet 2010.²⁸⁷¹ S'inspirant directement des arrêts de la CEDH, elle rappelle la nécessité de la présence de l'avocat en garde à vue, avec toutes les attributions qui sont les siennes, et l'obligation de notifier le droit au silence.²⁸⁷² Jugeant en l'espèce que les règles de la garde à vue françaises méconnaissaient ces principes ressortant des art. 9 et 16 de la DDCH, le Conseil des sages contraint le législateur à agir avant le 1^{er} juillet 2011.²⁸⁷³ À l'issue de la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg dans l'affaire Brusco²⁸⁷⁴, la chambre criminelle affirme à son tour dans 3 arrêts du 19 octobre 2010²⁸⁷⁵ que la personne gardée à vue doit disposer de l'assistance d'un avocat dans les conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui les interrogatoires auxquels l'avocat doit pouvoir assister.²⁸⁷⁶ La loi du 14 avril 2011 est ici le résultat de ces mouvements jurisprudentiels. À noter qu'alors que l'entrée en vigueur de la loi était originellement prévue pour le 1^{er} juin 2011 et que la chambre criminelle s'était refusée à l'issue des 3 arrêts du 19 octobre précités à appliquer ces nouveaux principes avant cette date, l'assemblée plénière de la haute juridiction décida par 4 arrêts du 15.04.2011²⁸⁷⁷ de l'application prématurée de ces nouveaux principes législatifs, tout du moins concernant l'assistance de l'avocat et le droit de se taire, l'art. 6 CESDH, dont la valeur supra-législative impose de neutraliser les lois internes qui lui seraient contraires, commandant une application immédiate de cette règle.²⁸⁷⁸

545. Même si l'on peut regretter que dès son entrée en vigueur, cette loi laisse une impression d'inachevé révélant les réticences certaines du législateur en la matière,²⁸⁷⁹ elle

²⁸⁷¹ C. Const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30.07.2010 - M. Daniel W. et autres [GAV].

²⁸⁷² *Ibid.*, ici spéc. considérant n° 28.

²⁸⁷³ *Ibid.*, ici spéc. considérant n° 29 et 30.

²⁸⁷⁴ CEDH, déc. du 14.10.2010, n° 1466/07, Brusco/France.

²⁸⁷⁵ Cass. crim., déc. du 19.10.2010, 3 arrêts, n° 10-82.306, n° 10-82.902 et n° 10-85.051, publiés aux *bull.* n° 163-165.

²⁸⁷⁶ V. sur ce point not. PRADEL, Jean, « GAV et Cour de cassation », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV, art. cit.*, p. 25 ; COURTIN, Christine, « GAV sous haute surveillance », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV, art. cit.*, p. 11.

²⁸⁷⁷ Cass., ass. plén., déc. du 15.04.2011, 4 arrêts n° 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316, publiés au *bull. ass. plén.* n° 1-4.

²⁸⁷⁸ PRADEL, Jean, « GAV et C. cass. », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV, art. cit.*, p. 26-28 ; dans le même ouvrage COURTIN, Christine, « GAV sous haute surveillance », p. 17-19.

²⁸⁷⁹ V. en ce sens not. MATSOPOULOU, Haritini, « Une réforme inachevée, À propos de la loi du 14 avril 2011, ét. 542 », *JCP G*, n° 19, mai 2011, p. 908-912 ; ALIX, Julie, « La (lente) réception en France des acquis de l'UE en matière de droits de la défense », *Arch. po. crim.*, 37-2015, *art. cit.*, p. 30.

n'en constitue pas moins une première étape décisive pour l'ouverture des droits de la défense au cours de la garde à vue à trois niveaux :²⁸⁸⁰

546. Elle permet premièrement de limiter le recours à la garde à vue en renforçant les exigences requises pour sa mise en œuvre en ce qu'elle introduit, quoique qu'encore imparfaitement, dès le stade de l'enquête, la plupart des prérogatives attachées aux droits de la défense.²⁸⁸¹ Elle clarifie en ce sens le fait que cette mesure ne peut être ordonnée que pour des délits passibles d'une peine de prison (art. 62-2 al. 1 CPP) et impose pour tout prolongement que la peine encourue soit supérieure ou égale à un an (art. 63 II, al. 1 CPP).²⁸⁸² Elle transposa de même le mécanisme de cantonnement de la détention provisoire à la garde à vue et vint exiger que la disposition réponde à l'un des six objectifs limitativement énumérés par l'art. 62-2 CPP.²⁸⁸³ Elle précisa enfin que la réunion des exigences d'un placement en garde à vue n'en rendait pas pour autant obligatoire le recours à cette mesure « *dès lors qu'elle n'est pas tenue sous la contrainte de demeurer à la disposition des enquêteurs et qu'elle a été informée qu'elle peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie* » (art. 73 al. 2 CPP), consacrant de la sorte la jurisprudence de la chambre criminelle^{2884, 2885}

547. Dans un second temps, elle vint conforter le contrôle de l'autorité judiciaire en la matière.²⁸⁸⁶ Mais les dispositions adoptées ont ici une portée plus modeste.²⁸⁸⁷ Elles sont moins novatrices que clarificatrices et se contentent pour l'essentiel de mieux affirmer les principes évoqués aux art. 66 de la Constitution et 5 CESDH.²⁸⁸⁸ Bien que la loi du 15 juin 2000 ait souhaité amorcer un renforcement du contrôle exercé sur les mesures de contrainte, en prévoyant dans le § III, al. 4 de l'article préliminaire du Code de procédure pénale que « *les*

²⁸⁸⁰ Se rapporter aux objectifs tels que définis par le législateur lui-même dans GARDE DES SCEAUX, « Circulaire du 23 mai 2011 relative à l'application des dispositions relatives à la garde à vue de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue (NOR : JUSD1113979C) », *BOMJL*, n° 06, juin 2011, p. 2, en ligne : <http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2011/07/cir_33393.pdf>, consultée dernièrement le 30.04.2018.

²⁸⁸¹ *Ibid.*, p. 2 et s. Se rapporter égal. à DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1711-1712, n° 2521, sous le chiffre 1°.

²⁸⁸² V. aussi Circ. d'application du 23 mai 2011 (réf. exactes en n. 2880) p. 3 et DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1711-1712, n° 2521, sous le chiffre 1°.

²⁸⁸³ V.l'ens. des réf. en n. 2882.

²⁸⁸⁴ Cass. crim., déc. du 28.06.2000, n° 99-81.688, publiée au *bull.* n° 251, p. 741 en combinaison avec Cass. crim., déc. du 6.05.2003, n° 02-87.567, publiée au *bull.* n° 93, p. 356.

²⁸⁸⁵ V. aussi Circ. d'application du 23 mai 2011 (réf. exactes en n. 2880) p. 4-5 ; ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, p. 1699-1707, n° 6.

²⁸⁸⁶ V. aussi Circ. d'application du 23 mai 2011 (réf. exactes en n. 2880) p. 7-12 ; PRADEL, Jean, « GAV et Cour de cassation », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV, art. cit.*, p. 30-32.

²⁸⁸⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n° 2521, sous 2°.

²⁸⁸⁸ *Ibid.*

mesures de contrainte (...) doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure [et] proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée », la haute juridiction loin de saisir cette occasion, refusa au contraire catégoriquement toute ingérence du juge par le biais d'une vérification de la nécessité et de la proportionnalité à l'intérieur du délai encadrant la mesure s'il avait été légalement ouvert²⁸⁸⁹.²⁸⁹⁰ En ce sens, il est appréciable que le législateur ait réaffirmé sa volonté de faire appliquer les principes de nécessité et de proportionnalité s'agissant notamment de la garde à vue²⁸⁹¹ dans l'art. 62-3 al. 2 du CPP en rappelant que le procureur « apprécie si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnées à la gravité des faits que la personne est soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre ». En se référant explicitement au maintien de la personne en garde à vue, cet énoncé clarifie sans équivoque que le contrôle doit s'exercer pareillement à l'intérieur du délai légal de 24 heures.²⁸⁹² Et, si le Garde des Sceaux alors en fonction pouvait laisser douter de l'interprétation de cette norme,²⁸⁹³ la circulaire du 23 mai 2011 soulignait sans ambiguïté le caractère à la fois novateur et continu du contrôle du procureur instauré par cette disposition²⁸⁹⁴. Il ressort donc de ces textes un contrôle en deux temps : il s'agira premièrement de s'assurer de la nécessité de la garde à vue en vérifiant qu'aucune mesure non contraignante n'aurait permis d'atteindre l'objectif visé.²⁸⁹⁵ Par ailleurs, le maintien ou la prolongation de cet acte devra pareillement

²⁸⁸⁹ V. not. Cass. ch. mixte, déc. du 07.07.2000, n° 98-50.007, publiée au *bull.* n° 257 p. 756 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la garde à vue, décidée sur le fondement de l'article 63, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale, n'avait pas dépassé le délai légal de 24 heures, l'ordonnance attaquée a violé ce texte ».

²⁸⁹⁰ V. à ce propos not. MONIN DE FLAUGERGUES, Joris, « GAV : une mesure privative de liberté sans contrôle juridictionnel effectif - Ét. 8 », *Dr. Pén.*, 3-2015, art. cit., n° 2.

²⁸⁹¹ *Ibid.*, n° 3.

²⁸⁹² *Ibid.*, n° 4.

²⁸⁹³ Dans sa réponse à l'amendement proposé par M. Likuvalu, le ministre de la Justice de l'époque semblait en effet réunir sous le même principe de nécessité les art. 62-2 et 62-3 du CPP, distingués de l'art. prélim. incarnant à ses yeux le principe de proportionnalité, v. ASS. NAT., « Compte rendu intégral des débats parlementaires, 1^{ère} séance du 19.01.2011 », *JO*, n° 5, janvier 2011, p. 341-342.

²⁸⁹⁴ V. circ. d'application du 23 mai 2011 (réf. exactes en n. 2880), qui parle de « la consécration législative des principes de nécessité et de proportionnalité de la mesure de garde à vue » sans faire de lien à cet égard entre les art. 62-3 et 62-2 du CPP et souligne l'importance de « l'exigence d'une appréciation continue de la nécessité et de la proportionnalité ».

²⁸⁹⁵ V. art. 63-3 al. 2 du CPP. À noter que l'art. 62-2 du CPP, bien qu'il ne s'agisse pas ici du même contrôle que celui instauré par l'art. 62-3 du CPP confirme l'interprétation qu'il faut avoir du contrôle de nécessité en précisant que la garde à vue doit constituer « l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs » poursuivis par l'acte en question, v. égal. MONIN DE FLAUGERGUES, Joris, « GAV : une mesure privative de liberté sans contrôle juridictionnel effectif - Ét. 8 », *Dr. Pén.*, 3-2015, art. cit., n° 6.

être « *nécessaire à l'enquête* ». ²⁸⁹⁶ Deuxièmement, c'est un contrôle de proportionnalité qui devra être mené en mettant en balance les charges créées et les avantages résultant de l'objectif poursuivi. ²⁸⁹⁷ Celui-ci sera nécessairement plus subjectif puisqu'il s'agira de l'appréciation personnelle de la gravité des faits par le procureur. ²⁸⁹⁸ Deux points laissent pourtant ici douter de l'efficacité de ce mécanisme de contrôle. D'abord, le principe reste bien, lors de l'enquête, que « *la garde à vue s'exécute sous le contrôle du procureur* » – sous réserve des prérogatives conférées au juge des libertés et de la détention pour les gardes à vue soumises à un régime dérogatoire (art. 62-3 al. 1 CPP). Or, comme nous l'avons déjà dénoncé plus haut, il semble curieux de confier cette prérogative de principe à un magistrat du parquet alors qu'il s'agit ici d'une mesure particulièrement intrusive et attentatoire aux libertés individuelles ²⁸⁹⁹ qui mériterait à notre sens l'intervention d'un juge du siège en tant que gardien de principe des libertés individuelles. ²⁹⁰⁰ En effet, pourquoi choisir un protagoniste auquel la jurisprudence européenne dénie justement la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'art. 5.3 de la CEDSH ? ²⁹⁰¹ Certes, il est possible d'interpréter cette jurisprudence comme portant uniquement sur le fait que la personne retenue contre sa volonté doit être « *aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat* » (art. 5.3 CEDSH) sans condamner en soi le

²⁸⁹⁶ Art. 62-3 al. 2 du CP.

²⁸⁹⁷ MONIN DE FLAUGERGUES, Joris, « GAV : une mesure privative de liberté sans contrôle juridictionnel effectif - Ét. 8 », *Dr. Pén.*, 3-2015, art. cit., n° 7.

²⁸⁹⁸ *Ibid.*

²⁸⁹⁹ Soulignant ce caractère particulièrement attentatoire et requérant pour cette raison le contrôle d'un juge et non du procureur not. MONTGOLFIER, Eric (de), « La réforme de la GAV - Point de vue du parquet », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV*, art. cit., p. 74, à noter que ses observations nous semblent avoir d'autant plus de poids qu'elles sont portées par son expérience personnelle en tant que parquetier alors en charge du contrôle de la garde à vue. C'est ce que rappelait d'ailleurs la Cour fédérale constitutionnelle allemande avec fermeté pour justifier le caractère ultime du délai de 48 h, pendant lequel une personne pouvait être retenue par la police sans avoir été présentée au juge, prévu en cas de détention provisoire (v. § 128 al. 1 StPO en relation avec l'art. 104 al. 2 et 3 GG). Celui-ci ne constitue qu'une extrême limite, ce qui signifie que l'individu arrêté doit être traduit le plus rapidement possible dans la limite de ce délai, la durée de retenue jusqu'à 48 h ne pouvant être exploitée que lorsqu'une raison factuelle le légitime, v. not. BVerfG, déc. du 04.09.2009 - 2 BvR 2520/07, consultable sur BeckO, réf. BeckRS 2009, 39529, dont une version courte a été publiée au *NJW-Spez.*, 2010, p. 24 ; v. à ce propos dans la doct. not. NELLES, Ursula, « "Kleines U-Haft-Recht" für Polizei u. StA? », *StV*, 8-1992, art. cit., avant n° 1.

²⁹⁰⁰ Nous partageons en ce sens pleinement l'opinion de MONTGOLFIER, Eric (de), « La réforme de la GAV - Point de vue du parquet », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV*, art. cit., p. 73-75, cette opinion étant d'autant plus intéressante qu'elle vient d'un parquetier lui-même, à noter qu'il propose ici d'accorder le contrôle non pas au JI mais au JLD ; HODGSON, Jacqueline, « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, 4-2010, art. cit., p. 1370.

²⁹⁰¹ V. not. CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 3394/03, Medvedyev et autres c. France, ici spéc. al. n° 123-126 ; CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 37104/06, Moulin c. France, n° 56-60. Se rapporter égal. aux n° 178 et s., p. 196 et s. et n° 259, p. 264 et s. de cette thèse.

principe d'une garde à vue sous le contrôle du procureur de la République.²⁹⁰² Il n'en reste pas moins que ce dernier ne présente assurément pas les mêmes garanties statutaires et fonctionnelles que son collègue du siège et n'apparaît donc pas comme l'acteur le plus légitime et approprié pour garantir une atteinte aux libertés individuelles de cette intensité²⁹⁰³ – en témoigne la grande préoccupation que suscite cette mesure dans l'opinion publique²⁹⁰⁴.²⁹⁰⁵ À cela s'ajoute la lourde charge de travail due à l'explosion des pouvoirs du parquetier au stade de l'avant-procès qui l'empêche de se livrer à un contrôle systématique et minutieux d'une mesure dont il n'aura obtenu que des informations parcellaires des autorités de police qui l'ont décidée.²⁹⁰⁶ Il en résulte une vérification brève et distante, pour ne pas dire superficielle, loin du contrôle approfondi que souhaitait mettre en place l'art. 62-3 al. 2 du CPP.²⁹⁰⁷ Ensuite, si le dernier alinéa de cette disposition rappelle les deux traits les plus notables du pouvoir du magistrat contrôleur de cette mesure, soit « *ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté* », les textes demeurent toujours silencieux sur la question toute aussi importante de savoir si l'appréciation de la proportionnalité et de la nécessité de la mesure dans un délai de 24 heures (c'est-à-dire avant la décision de prolongement) relève d'une décision discrétionnaire du magistrat non susceptible d'un contrôle de légalité par le juge des nullités.²⁹⁰⁸ Or, vu les oscillations constantes de la Cour de Cassation en matière de nullité et sa réticence certaine à

²⁹⁰² Défendant une telle interprétation not. LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 80 ; PRADEL, Jean, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? », *Rec. Dal.*, 4-2011, art. cit., p. 342-343 ; MONIN DE FLAUGERGUES, Joris, « GAV : une mesure privative de liberté sans contrôle juridictionnel effectif - Ét. 8 », *Dr. Pén.*, 3-2015, art. cit., n° 13, cette interprétation relativisant selon lui l'arg. selon lequel le procureur ne serait pas l'autorité appropriée pour le contrôle de la GAV.

²⁹⁰³ Sur les craintes fondées que font naître le contrôle de la GAV par le procureur not. LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 79, qui n'en trouve pas moins le contrôle par le procureur dans la limite de 48 h justifié, v. n° 80.

²⁹⁰⁴ À cet effet, le Monde relevait qu'« *encore aujourd'hui, la mesure est bien souvent vécue comme une humiliation* » s'appuyant ici sur l'exemple de Nicolas Sarkozy qui « *s'était dit "profondément choqué" après quinze heures passées dans les locaux de la police* » lors de sa GAV en juil. 2014, v. PIEL, Simon, « GAV, machine à intimider », *Le Monde*, 15.11.2014, art. cit., p. 7.

²⁹⁰⁵ Dans un sens similaire not. HODGSON, Jacqueline, « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, 4-2010, art. cit., p. 1370 ; MONTGOLFIER, Eric (de), « La réforme de la GAV - Point de vue du parquet », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV*, art. cit., p. 73-74.

²⁹⁰⁶ En ce sens not. MONIN DE FLAUGERGUES, Joris, « GAV : une mesure privative de liberté sans contrôle juridictionnel effectif - Ét. 8 », *Dr. Pén.*, 3-2015, art. cit., n° 13 et spéc. n. 30 ; LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 79 qui n'en trouve pas moins le contrôle par le procureur dans la limite de 48 h justifié.

²⁹⁰⁷ MONIN DE FLAUGERGUES, Joris, « GAV : une mesure privative de liberté sans contrôle juridictionnel effectif - Ét. 8 », *Dr. Pén.*, 3-2015, art. cit., n° 13 et spéc. n. 30.

²⁹⁰⁸ *Ibid*, n° 9-12.

admettre un contrôle par le juge des nullités, alors qu'elle retînt longtemps qu'il ne s'agissait ici que d'une décision souveraine des autorités de police sous le seul contrôle du procureur ou le cas échéant du juge d'instruction, qui ne disposent ni l'un, ni l'autre du pouvoir de prononcer la nullité d'un acte illégal, une mise au point explicite par la loi aurait été souhaitable afin de brider les pouvoirs d'interprétation de la haute juridiction plus fermement.²⁹⁰⁹

548. Si la garde à vue est mise en œuvre sur commission rogatoire dans le cadre d'une information, ce sera alors le magistrat instructeur qui disposera des pouvoirs sus-évoqués (art. 154 al. 2 CPP). Quel que soit le cadre juridique des investigations, seul est en principe compétent le magistrat – procureur ou juge d'instruction le cas échéant – en charge de la direction des investigations à l'occasion de laquelle la mesure a été décidée (art. 63-9 al. 1 CPP). Néanmoins, le magistrat du lieu d'exécution, s'il est différent du précédent, exercera pour la prolongation de la garde à vue une compétence concurrente (art. 63-9 al. 2 CPP). Le but est ici de rendre possible un contrôle effectif de la prolongation dans toutes les hypothèses, celui-ci requérant la présentation préalable de la personne.²⁹¹⁰ Par ailleurs, l'officier de police judiciaire est tenu d'informer le procureur, dès le début de la mesure et par tout moyen, du placement de la personne en garde à vue en lui communiquant les motifs justifiant ce placement et la qualification des faits retenue et notifiée à la personne concernée (art. 63 I CPP). Cette même disposition précise que le magistrat du parquet pourra modifier cette qualification, auquel cas il devra communiquer ces changements à la personne gardée à vue. De même, certaines règles protectrices, qui ne trouvaient auparavant application que lors de

²⁹⁰⁹ V. pour plus de détails à ce propos les dév. n° 689, p. 616 et s. Concernant not. le contrôle des nécessités de la garde à vue, la haute juridiction a finalement admis, acculée par la meilleure réglementation de la mesure depuis la loi 14 avril 2011 mais non sans une réticence certaine, qu'un recours en nullité pour vérifier la conformité d'un placement en GAV par rapport aux exigences légales était possible. Concernant le revirement jurisprudentiel en la matière, v. not. Cass. crim., déc. du 07.06.2017, n° 16-87.588, publiée au *bull.* ; pour un comm. ou note se rapportant à cette jurisprudence, v. e. a. CHAVENT-LECLÈRE, Anne-Sophie, « Prémices d'un véritable contrôle de nécessité de la GAV, comm. 210 », *Procédures*, 8/9-2017, *art. cit.* ; GOETZ, Dorothée, « GAV : contrôle des exigences de l'art. 62-2 du CPP », *Dal. act.*, 30.06.2017, *art. cit.* ; LESCLOUS, Vincent, « Un an de GAV (juin 2016 - juin 2017) - Chron. 8 », *Dr. Pén.*, 9-2017, *art. cit.*, n° 1. Sur la jurisprudence antérieure et sa difficile évolution e. a. Cass. crim., déc. du 04.01.2005, n° 04-84.876, publiée au *bull.* n° 3, p. 9 ; Cass. crim., déc. du 18.11.2014, n° 14-81.332, publiée au *bull.* n° 241 ; Cass. crim., déc. du 28.03.2017, n° 16-85.018 ; à ce sujet dans la doctrine not. : PELLÉ, Sébastien, « GAV : quel contrôle juridictionnel après la réforme? », *Rec. Dal.*, 23-2017, *art. cit.*, p. 1339-1344 ; CHAVENT-LECLÈRE, Anne-Sophie, « Contrôle réservé de la C. cass. sur la nécessité de la GAV - Comm. 107 », *Procédures*, 5-2017, *art. cit.* ; « La justification de la garde à vue », *Lexis Actualité*, 04.04.2017, *art. cit.* ; MARON, Albert et HAAS, Marion, « GAV - L'erreur est humaine - Comm. 80 », *Dr. Pén.*, 5-2017, *art. cit.*

²⁹¹⁰ V. aussi Circ. d'application du 23 mai 2011 (réf. exactes en n. 2880) p. 8 et DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1713, n° 2521, sous le chiffre 2°.

l'enquête préliminaire et de l'instruction, telle la nécessité d'une autorisation écrite et motivée du magistrat compétent pour la prolongation de la mesure ou le principe de présentation préalable de l'intéressé au magistrat avant prolongation, valent désormais également dans l'hypothèse d'une enquête de flagrance (v. nouvel art. 63 II CPP).²⁹¹¹ En outre c'est au magistrat que le législateur confie, dans de strictes limites, le soin de moduler les conditions de mise en œuvre des droits de la personne.²⁹¹² Enfin de manière plus marginale, il doit être désormais communiqué plus d'informations dans le procès-verbal concernant le déroulement de la garde à vue et dans le registre de garde à vue dans l'optique de faciliter un contrôle *a posteriori* (nouvel art. 64 CPP).²⁹¹³ Mais, là aussi, la portée de ces modifications est relative puisque l'on sait à cet égard que dans de nombreux ressorts, en violation de la règle fixée à l'art. 63 II, al. 3 du CPP, les mis en cause en cas de prolongation d'une mesure de garde à vue ne sont jamais présentés au procureur, alors qu'il ne devrait en aller ainsi qu'« à titre exceptionnel ». ²⁹¹⁴ Dans un article de novembre 2014, le Monde faisait également le triste constat selon lequel « aujourd'hui, [toujours] moins d'un gardé à vue sur dix [était] présenté à un magistrat ». ²⁹¹⁵ La loi du 3 juin 2016 poursuivra quant à elle également l'objectif de renforcement du rôle de directeur de l'enquête du procureur au-delà de la garde à vue par l'introduction d'un article 39-3 du CPP sans pour autant réussir à convaincre pleinement quant à l'effectivité de ces principes proclamés en pratique. ²⁹¹⁶

549. Mais les avancées les plus considérables de la loi du 14 avril 2011 portent sans doute sur le renforcement des droits de la personne gardée à vue : ²⁹¹⁷ Le droit de faire prévenir un tiers est renforcé (art. 63-2 CPP). ²⁹¹⁸ Le contenu de l'examen médical au cours de la mesure est précisé (art. 63-3 CPP). ²⁹¹⁹ De plus, après de longues tergiversations du législateur,

²⁹¹¹ V. aussi Circ. d'application du 23 mai 2011 (réf. exactes en n. 2880) p. 12 et DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1713, n° 2521, sous le chiffre 2°.

²⁹¹² DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1713, n° 2521, sous le chiffre 2°.

²⁹¹³ V. réf. en n. 2911.

²⁹¹⁴ En ce sens not. MONIN DE FLAUGERGUES, Joris, « GAV : une mesure privative de liberté sans contrôle juridictionnel effectif - Ét. 8 », *Dr. Pén.*, 3-2015, art. cit., n° 13 et spéc. n. 30.

²⁹¹⁵ PIEL, Simon, « GAV, machine à intimider », *Le Monde*, 15.11.2014, art. cit., p. 7.

²⁹¹⁶ Se rapporter pour une critique plus détaillée de ces avancées aux n° 303 et s., p. 294 et s. de cette thèse.

²⁹¹⁷ En ce sens, tout en soulignant les limites des avancées not. ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, art. cit., p. 1699-1707, n° 2.

²⁹¹⁸ V. aussi Circ. d'application du 23 mai 2011 (réf. exactes en n. 2880) p. 14-16 ; PRADEL, Jean, « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue. À propos de la loi du 14 avril 2011, ét. doct. 665 », *JCP G*, n° 22-23, mai 2011, p. 1108, n° 16.

²⁹¹⁹ V. aussi Circ. d'application du 23 mai 2011 (réf. exactes en n. 2880) p. 16-18 et réf. doct. en n. 2918.

l'obligation de notification concernant le droit du destinataire de la mesure de garder le silence est rétablie (art. 63-1 CPP).²⁹²⁰ Quant aux éléments les plus novateurs, il s'agit assurément de ceux accordant de nouveaux droits à l'avocat.²⁹²¹ En autorisant la présence de l'avocat lors de la garde à vue (art. 63-4-2 CPP), la nouvelle loi s'éloigne du rôle de simple conseil ou de soutien, principalement moral de ce dernier, pour encourager sa mission première de défense, ce qui n'est pas sans rappeler son entrée triomphante, un siècle plus tôt, dans les cabinets d'instruction.²⁹²² À côté de l'entretien de 30 minutes avec son mandant déjà instauré dans les lois antérieures (art. 63-4 CPP), l'avocat peut en principe désormais assister aux auditions (art. 63-3-1 CPP) à l'issue desquelles il sera autorisé à poser des questions de même qu'à formuler des observations écrites ou encore à consulter certaines pièces de la procédure – pour l'essentiel les procès-verbaux d'audition et de confrontation (actuel art. 63-4-1, 63-4-3 et 63-4-5 CPP). Certes il demeure possible de mener l'audition sans la présence de l'avocat, lorsque celui-ci ne se présente pas dans le délai imparti de 2 heures après formulation de la requête du gardé à vue (art. 63-4-2 al. 1 CPP) ou lorsque le magistrat chargé du contrôle de la mesure a reporté son intervention (art. préc. al. 4). Toutefois, dans ces dernières hypothèses, sera alors appliqué le principe nouveau tiré de l'arrêt Salduz²⁹²³ consacré dans l'art. prélim. III. dernier al. CPP, selon lequel « *en matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui* ». ²⁹²⁴ Enfin, le législateur réaffirme avec force le principe de dignité de la personne déjà consacré à l'art. prélim. dans l'art. 63-5 CPP,²⁹²⁵ celui-ci trouvant son prolongement dans l'interdiction des fouilles de sécurité intégrale et la proclamation du droit, pour la personne

²⁹²⁰ V. aussi Circ. d'application du 23 mai 2011 (réf. exactes en n. 2880) p. 18 ; PRADEL, Jean, « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue. À propos de la loi du 14 avril 2011, ét. doct. 665 », *JCP G*, n° 22-23, mai 2011, p. 1108, n° 17.

²⁹²¹ V. not. Circ. d'application du 23 mai 2011 (réf. exactes en n. 2880) p. 19-26 ; PRADEL, Jean, « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue. À propos de la loi du 14 avril 2011, ét. doct. 665 », *JCP G*, n° 22-23, mai 2011, p. 1108-1112, n° 18-31.

²⁹²² V. réf. en n. 2921.

²⁹²³ CEDH, déc. du 27.11.2008, n° 36391/02, Salduz c. Turquie, ici spéc. al. n° 55.

²⁹²⁴ V. not. Circ. d'application du 23 mai 2011 (réf. exactes en n. 2880) p. 29-30 ; PRADEL, Jean, « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue, ét. doct. 665 », *JCP G*, n° 22-23/2011, p. 1109-1110, n° 25-26 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1713-1714, n° 2521, 3°.

²⁹²⁵ V. not. Circ. d'application du 23 mai 2011 (réf. exactes en n. 2880) p. 27-29 ; PRADEL, Jean, « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue, ét. doct. 665 », *JCP G*, n° 22-23/2011, p. 1112, n° 32.

gardée à vue, de porter les objets ou effets nécessaires à sa dignité, tels des lunettes de vue ou un soutien-gorge par exemple (art. 63-6 CPP).

550. Dans le même sens, les articles 63 et 64 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sont dernièrement venus améliorer quelque peu les droits du suspect dans le cadre d'une garde à vue et augmenter les cas où il peut bénéficier de l'assistance de l'avocat.²⁹²⁶ Ainsi l'article 61-3 du CPP prévoit-il désormais la possibilité de se faire assister par un avocat à l'occasion d'une opération de reconstitution de l'infraction ou lors d'une séance d'identification des suspects dont elle fait partie. Toutefois il convient de souligner que cet élargissement était une fois encore imposé par le droit de l'Union (v. art. 3 al. 3c Dir. 2013/48/UE) et le législateur national s'est malheureusement bien gardé de faire sien l'esprit de la directive pour dépasser les exigences européennes, en élargissant par exemple ce droit à la perquisition.²⁹²⁷ De plus, la nouvelle loi substitue à la possibilité pour le procureur de refuser la communication avec un tiers en raison des « *nécessités de l'enquête* » un dispositif de report dans la mise en œuvre de ce droit lorsqu'il apparaît « *indispensable afin de permettre le recueil ou la conservation des preuves ou de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne* » (v. actuel art. 63-2, I. al. 3). Ce mécanisme se révèle en raison d'une plus grande précision des critères plus protecteur *a priori*.²⁹²⁸ Les nouveaux textes précisent également au bénéfice du suspect d'une part que le report ne pourra aller au-delà de 48 h dans l'hypothèse d'une demande de communication avec les autorités consulaires et, d'autre part, que l'officier de police judiciaire pourra, dès lors que les conditions de l'actuel art. 63-2 § II. du CPP seront satisfaites, autoriser lui-même la personne gardée à vue à communiquer

²⁹²⁶ LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 39. Pour un commentaire de cette loi, se rapporter e. a. à PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, art. cit., p. 2134-2140 ; VERGÈS, Etienne, « La procédure pénale à son point d'équilibre », *Rev. sc. crim.*, 3-2016, art. cit., p. 551-563 ; FUCINI, Sébastien, « Ce que prévoit la loi renforçant la lutte contre le crime organisé », *Dal. act.*, 14.06.2016, art. cit. ; RIBEYRE, Cédric, « Crime organisé - Loi du 3 juin 2016 – Et maintenant ? - Ét. 17 », *Dr. Pén.*, 9-2016, art. cit. ; BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, art. cit., p. 1340 ; DUPIC, Emmanuel, « La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme, Perben III de la procédure pénale française ? », *Gaz. Pal.*, n° 22, juin 2016, p. 12.

²⁹²⁷ En ce sens not. BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, art. cit., p. 1340 ; FUCINI, Sébastien, « Ce que prévoit la loi renforçant la lutte contre le crime organisé », *Dal. act.*, 14.06.2016, art. cit. ; PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, art. cit., n° 9.

²⁹²⁸ BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, art. cit., p. 1340.

avec un tiers.²⁹²⁹ Ces avancées mineures cachent néanmoins mal le contenu majoritairement répressif et inspiré directement de l'état d'urgence de cette dernière loi qu'elles étaient censées compenser.²⁹³⁰

551. Dans les faits, la réforme a indéniablement rempli l'un de ses objectifs principaux, à savoir la baisse du nombre de gardes à vue.²⁹³¹ Ainsi, le ministère intérieur faisait état en juin 2012, soit un peu plus d'un an après l'entrée en vigueur des nouvelles règles adoptées, d'un déclin de 50 % pour les gardes-à vue du chef de délit routier et de 26 % pour celles décidées hors délits routiers, les raisons principales tenant certainement à l'observation plus consciencieuse du principe de proportionnalité et à la difficulté de mettre en œuvre des normes plus contraignantes.²⁹³² Toutefois, outre les défaillances déjà signalées, l'une des faiblesses majeures de cette législation reste qu'elle ne s'intéressait aux droits de la défense que dans le cadre particulier de la garde à vue et ne s'appliquait pas à l'audition libre, quand bien même la personne entendue « librement » faisait l'objet de soupçons se rapportant à la commission d'une infraction, ce qui heurtait les principes européens qui commandaient d'ouvrir les droits de la défense à toute personne « accusée ».²⁹³³

552. Pour solutionner ce dernier problème, le législateur finit dans un deuxième temps par étendre les droits de la défense – encore une fois moins spontanément que sous la pression

²⁹²⁹ LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 39 et 144 ; PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, art. cit., n° 10 ; BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, art. cit., p. 1340 ; FUCINI, Sébastien, « Ce que prévoit la loi renforçant la lutte contre le crime organisé », *Dal. act.*, 14.06.2016, art. cit.

²⁹³⁰ En ce sens e. a. égal. BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, art. cit., p. 1339-1343 ; PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, art. cit., not. n° 1-2 ; RIBEYRE, Cédric, « Crime organisé - Loi du 3 juin 2016 – Et maintenant ? - Ét. 17 », *Dr. Pén.*, 9-2016, art. cit., v. p. ex. av. n° 1 ; CONTE, Philippe, « Bas les masques ! - Repère 6 », *Dr. Pén.*, 6-2016, art. cit.

²⁹³¹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1714, n° 2521-1 ; FRIZON, Philippe, « Le point de vue d'un officier de police judiciaire », dans *La réforme de la garde à vue, op. cit.*, p. 108-109, qui faisait état, déjà 4 mois après l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011, d'une baisse d'environ 25 % des gardes à vue, déplorant néanmoins une diminution significative corrélative du taux d'élucidation des affaires en cours.

²⁹³² V. en ce sens not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1714, n° 2521-1 ; FRIZON, Philippe, « Le point de vue d'un OPJ », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV*, p. 111-113.

²⁹³³ V. sur ce point not. MATHIAS, Éric, « Pour une loi des suspects... libres, ét. n° 6 », *Dr. pén.*, 4-2011, art. cit. ; ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, art. cit., p. 1699-1707, e. a. spéc. n° 2 et n° 7 ; BACHELET, Olivier, « Avocat et garde à vue : Voyage dans le temps », *Gaz. Pal.*, n° 109, avril 2011, p. 10 et s., sous II ; MATSOPOULOU, Haritini, « Une réforme inachevée, ét. 542 », *JCP G*, 19-2011, art. cit., p. 910-911.

des objectifs concrets fixés par les directives européennes n° 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information et n° 2013/48/UE du 22 octobre 2013 transposées notamment par les lois des 27 mai 2014 et 3 juin 2016 – aux cas d'auditions « libres », c'est-à-dire hors situation de garde à vue.²⁹³⁴

553. Ainsi, lors de son audition, la personne envers laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un délit, dispose-t-elle depuis la loi du 27 mai 2014 des droits suivants, indépendamment du fait qu'elle soit entendue librement (art.61-1 CPP), au cours d'une mesure de garde à vue (art. 63-1 CPP) ou à l'issue de l'enquête par un parquetier en cas de défèrement devant un magistrat (art. 393 CPP) :²⁹³⁵

- droit d'être informée de « *la qualification, de la date et du lieu présumé de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre* » (v. p. ex. art. 61-1 n° 1 CPP), ce qui se traduira ici par une notification de l'accusation dont elle fait l'objet ;
- « *droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* » (v. p. ex. art. 61-1 n° 4 CPP) ;
- droit d'être assistée par un avocat, qui n'a cependant été ouvert, en cas d'audition libre qu'au 1^{er} janvier 2015 et uniquement si l'infraction reprochée est un crime ou un délit puni d'emprisonnement (v. not. art. 61-1 n° 5 CPP ainsi que la note sous ledit art. qui renvoie à l'art. 15 de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014) ;
- le cas échéant, droit d'être assistée par un interprète (v. p. ex. art. 61-1 n° 3 CPP).

En cas d'audition libre, le destinataire de la mesure doit être en outre informé de « *la possibilité de bénéficier, le cas échéant gratuitement, de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit* », art. 61-1 n° 6 CPP.

554. Il convient toutefois de souligner, que, si l'assistance de l'avocat rend sa présence en principe possible lors des auditions, le rôle de celui-ci, réglé à l'art. 63-4-3 CPP, est clairement plus limité que lors des interrogatoires et confrontations menés par le magistrat instructeur (se référer à titre comparatif à l'art. 120 CPP).²⁹³⁶ En effet, le moment et la manière

²⁹³⁴ V. e. a. TOULLIER, Marc, « Le statut du suspect à l'ère de l'europanisation de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1-2015, *art. cit.*, p. 128-130 ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1547-1548, n° 1 ; MÉSA, Rodolphe, « Renforcement relatif des droits procéduraux du suspect », *Gaz. Pal.*, 263-2014, *art. cit.*, p. 17 et s.

²⁹³⁵ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1065, n° 1583.

²⁹³⁶ COTELLE, Guillaume, « La réforme de la garde à vue et la pratique de l'instruction », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV, op. cit.*, p. 96.

d'intervenir de l'avocat sont explicitement encadrés : les questions ne pourront être posées qu'en fin d'audition et il n'est pas prévu que l'avocat expose oralement ses observations (art. 63-4-3 al. 2 et 3 CPP). Son rôle semble ainsi cantonné à celui d'un observateur du déroulement de l'audition.²⁹³⁷ Quant à la question de savoir s'il pourra s'entretenir spontanément avec son client lors de l'audition, celle-ci dépend entièrement de la décision de l'officier de police judiciaire dans le cas d'espèce auquel revient la direction exclusive de la mesure en question.²⁹³⁸

555. Cette impression n'est que renforcée par l'accès toujours restreint au dossier qu'autorise la loi au stade de l'enquête²⁹³⁹ et dont la moindre ampleur a été justifiée par les juridictions unanimement en droit interne par le fait, d'un côté qu'un plein accès était possible à un stade ultérieur, devant les juridictions d'instruction ou de jugement, et d'autre part, que la consultation des pièces énumérées permettait à l'avocat d'avoir connaissance des informations pour apprécier la légalité de la détention de son client.²⁹⁴⁰ Selon la jurisprudence nationale, le rôle de l'avocat au cours de la garde à vue correspond donc toujours moins à celui d'un défenseur qu'à celui d'un observateur passif de la légalité de la mesure.²⁹⁴¹ Certes, si l'on réduit l'avocat à ce rôle, force est de constater que les pièces auxquelles il a accès sont suffisantes pour lui permettre de procéder à un tel contrôle de légalité de la mesure.²⁹⁴² Mais cela revient à admettre que les droits de la défense peuvent être garantis selon une intensité

²⁹³⁷ *Ibid.* Dans le même sens : OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1553, n° 21.

²⁹³⁸ COTELLE, Guillaume, « La réforme de la GAV et la pratique de l'instruction », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV*, *art. cit.*, p. 96.

²⁹³⁹ Se rapporter aux développements n° 142, p. 150 et s. Concernant le droit d'accès au dossier lors de l'information, celui-ci est réglé à l'art. 114 al. 3 CP. V. not. ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, n° 26-29 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1065, n° 1584 ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1553, n° 20 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Une réforme inachevée, ét. 542 », *JCP G*, 19-2011, *art. cit.*, p. 910 ; BACHELET, Olivier, « Avocat et GAV », *Gaz. Pal.*, 109-2011, *art. cit.*, p. 10 et s., sous II B ; LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 37 ; TAUPIAC-NOUVEL, Guillemine et BOTTON, Antoine, « La réforme du droit à l'information en procédure pénale, ét. doct. 802 », *JCP G*, n° 27, juillet 2014, p. 1355-1357, n° 10-17.

²⁹⁴⁰ En ce sens not. CC, déc. du 18.11.2011 n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, Mme Élise A. et autres [GAV II], publiée au *JO* du 19.11.2011, p. 19480, texte n° 99, ici spéc. al. n° 28 ; Cass. crim., déc. du 04.09.2012, n° 12-83.997, publiée au *bull.*, n° 177 ; CE, 11.07.2012, n° 349752, non publiée.

²⁹⁴¹ OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1553, n° 21 ; dans le même sens COTELLE, Guillaume, « La réforme de la GAV et la pratique de l'instruction », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV*, *art. cit.*, p. 96.

²⁹⁴² OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1553, n° 22.

variable au cours des différentes phases de la procédure, comme si la nécessité de se défendre ne s'imposait pas dès les premiers pas de l'enquête, avec l'apparition des premiers soupçons.²⁹⁴³

556. Mais revenons aux avancées - somme toute timorées – apportées par la loi du 27 mai 2014 en la matière.²⁹⁴⁴ Conformément aux art. 63-1, 3°, 5^e tiret et 63-4-1 CPP, les personnes placées en garde à vue ne bénéficient donc toujours que d'un accès réduit au dossier pénal.²⁹⁴⁵ Certes, elles disposent maintenant d'un droit de consultation direct des mêmes pièces du dossier que l'avocat, sans être obligées de passer par son intermédiaire (art. 63-1, 3°, 5^e tiret CPP). Toutefois, comme par le passé, l'art. 63-4-1 CPP limite l'accès à la consultation des pièces restrictivement énumérées (certificat médical, procès-verbaux de placement en garde à vue, de notification des droits et d'audition de la personne retenue), et ce à l'exclusion de tout autre élément, quand bien même celui-ci serait susceptible de constituer une pièce à charge (telles l'audition des témoins, les preuves matérielles, etc.).²⁹⁴⁶ La portée de ce droit est de surcroît minorée du fait des nombreuses dérogations au principe consacré (par exemple à l'art. 63-4-2 lui-même, al. 3 ou 4, ou en matière de criminalité organisée, art. 706-88 al. 6 CPP).²⁹⁴⁷ Par ailleurs, un droit d'accès au dossier dans l'hypothèse d'une audition libre continue de faire entièrement défaut.²⁹⁴⁸ Or, le procès équitable s'imposant dès la phase policière, il semblerait logique que les droits de la défense en découlant puissent s'y exercer pleinement, également

²⁹⁴³ *Ibid.*

²⁹⁴⁴ En ce sens not. OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1553, n° 20 ; BACHELET, Olivier, « GAV : la persistante religion de l'aveu », *Gaz. Pal.*, 24-2012, *art. cit.*, p. 7 et s., sous II, B ; MATSOPOULOU, Haritini, « Une réforme inachevée, ét. 542 », *JCP G*, 19-2011, *art. cit.*, p. 910 ; MÉSA, Rodolphe, « Renforcement relatif des droits procéduraux du suspect », *Gaz. Pal.*, 263-2014, *art. cit.*, p. 17 et s. ; TAUPIAC-NOUVEL, Guillemine et BOTTON, Antoine, « Réforme du droit à l'information », *JCP G*, 27-2014, *art. cit.*, p. 1355-1357.

²⁹⁴⁵ V. réf. en n. 2939.

²⁹⁴⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1065, n° 1584 et p.1779-1780, n° 2594 ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1553, n° 20 ; LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 186. La haute juridiction confirme cette analyse. Elle affirme ainsi dans plusieurs arrêts récents qu'à ce stade de la procédure l'absence de communication de l'ensemble du dossier n'est pas de nature à priver la personne d'un droit effectif et concret à un procès équitable, l'accès au dossier étant garanti devant les juridictions d'instruction et de jugement, v. Cass. crim., déc. du 14.04.2015, n° 14-88.515, publiée au *bull.* n° 83 ; Cass. crim., déc. du 19.01.2016, n° 15-81.039, inédite ; Cass. crim., déc. du 15.06.2016, n° 15-86.043, publiée au *bull.* n° 186.

²⁹⁴⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1065, n° 1584 et p. 1779-1780, n° 2594 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Une réforme inachevée, ét. 542 », *JCP G*, 19-2011, *art. cit.*, p. 910-911 ; BACHELET, Olivier, « Avocat et GAV », *Gaz. Pal.*, 109-2011, *art. cit.*, p. 10 et s., sous II B.

²⁹⁴⁸ V. réf. en n. 2946.

dans l'hypothèse de cette dernière situation.²⁹⁴⁹ Il est vrai que si le droit d'accès au dossier est protégé par le droit européen (v. art. 6 al. 3 CESDH), la jurisprudence n'en a à ce jour pas pour autant systématisé de manière générale sa teneur.²⁹⁵⁰ La Cour de Strasbourg s'adonne ici bien plus à une appréciation globale au cas par cas et contrôle l'effectivité des facilités nécessaires offertes au suspect pour la préparation de sa défense, vérifiant notamment s'il a bel et bien disposé de tous les éléments pertinents recueillis par l'accusation afin de se disculper.²⁹⁵¹ Quant à la directive européenne n° 2012/13/UE du 22 mai 2012, elle laissait elle-même la possibilité aux législations internes de limiter l'accès de l'avocat aux pièces essentielles du dossier, et même de refuser la communication de certaines pièces dans des circonstances particulières (menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux, d'un tiers, ou bien nécessité de préserver un intérêt public important comme dans le cas où l'accès au dossier risque de compromettre une enquête en cours).²⁹⁵² Il n'en fallait pas plus pour que le légiférant s'engouffre dans cette brèche afin de ne légitimer qu'un accès restreint au dossier au stade de l'enquête.²⁹⁵³

557. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence européenne précédemment évoquée exige à notre sens que l'avocat puisse, dès les premiers stades de la procédure, c'est-à-dire également lors de l'enquête, élaborer une défense efficace pour son mandant.²⁹⁵⁴ Cela induit notamment la faculté pour l'avocat d'organiser la défense, de rechercher des preuves

²⁹⁴⁹ ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, n° 26 ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? *Doctr.* 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1553, n° 22.

²⁹⁵⁰ V. réf. en n. 2949. Partant du même constat sans pour autant partager les conclusions des auteurs cités en n. 2949, PRADEL, Jean, « Du droit de l'avocat d'accéder au dossier, *doctr.* 1223 », *JCP G*, 46-2012, *art. cit.*, p. 2060-2061, n° 16-22 ; LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 186.

²⁹⁵¹ V. sur ce point not. Com.EDH, rapport du 14.12.1981, requête n° 8403/78, *Jespers c. Belgique*, p. 17-18, n° 55-58.

²⁹⁵² PRADEL, Jean, « Du droit de l'avocat d'accéder au dossier, *doctr.* 1223 », *JCP G*, 46-2012, *art. cit.*, p. 2060-2061, n° 20-22 ; LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 186 ; TAUPIAC-NOUVEL, Guillemine et BOTTON, Antoine, « Réforme du droit à l'information », *JCP G*, 27-2014, *art. cit.*, p. 1356-1357, n° 16.

²⁹⁵³ PRADEL, Jean, « Du droit de l'avocat d'accéder au dossier, *doctr.* 1223 », *JCP G*, 46-2012, *art. cit.*, p. 2061, n° 24, qui défend lui aussi la conception adoptée par le législateur, la qualifiant à cet d'"équilibrée", v. p. 2061-2063, n° 25-37 ; LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 186, lui aussi en accord avec la solution consacrée par le CPP ; TAUPIAC-NOUVEL, Guillemine et BOTTON, Antoine, « Réforme du droit à l'information », *JCP G*, 27-2014, *art. cit.*, p. 1356-1357, n° 16.

²⁹⁵⁴ V. à ce propos e. a. égal. BACHELET, Olivier, « Transposition ambivalente de la "directive information" », *Gaz. Pal.*, 32-2014, *art. cit.*, p. 9 et s., ici spéc. n. 13 ; ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, n° 27-28.

favorables à son client, ou encore de préparer les interrogatoires.²⁹⁵⁵ En d'autres termes, il est clair que cette jurisprudence impose que l'avocat ait un accès « utile » au dossier.²⁹⁵⁶ Dans une décision Padin Gestoso c/ Espagne du 8 décembre 1998, la Cour décida même que « les "facilités" dont doit jouir tout accusé comprennent la possibilité d'avoir connaissance, pour préparer sa défense, du résultat des investigations faites **tout au long de la procédure** ».²⁹⁵⁷ À cet égard, il est permis de se demander si les seuls procès-verbaux de placement en garde à vue, d'auditions et de confrontations de la personne gardée à vue en droit français sont suffisants pour mettre en place une stratégie effective de défense.²⁹⁵⁸ On peut dès lors regretter que le légiférant n'ait pas saisi les dernières occasions pour aller au-delà des directives.

558. Bien conscient de cette situation précaire concernant l'accès au dossier du mis en cause lors de l'enquête préliminaire, le législateur a prévu certaines exceptions permettant un accès intégral au dossier, celles-ci n'intervenant cependant à la différence d'un interrogatoire par le juge d'instruction (v. art. 114 al. 3 CPP) qu'une fois la garde à vue achevée.²⁹⁵⁹

559. Il s'agit ici d'abord de l'art. 706-105 CPP issu de la loi du 9 mars 2004 qui prévoit que la personne qui a été placée en garde à vue pour une infraction relevant de la criminalité organisée et qui a fait l'objet d'une mesure d'investigation coercitive spécialement applicable

²⁹⁵⁵ V. not. CEDH, déc. du 13.10.2009, n° 7377/03, Dayanan c. Turquie, ici spéc. al. n° 32. Dans un sens similaire, la CEDH n'a pas hésité récemment à retenir une violation de l'art. 5 CESDH dans un cas où le requérant, suspecté d'être en lien avec le crime organisé, s'était vu privé de liberté pendant 24 h et refusé l'accès aux écoutes téléphoniques le mettant en cause au moment où sa détention avait été prolongée. À cet égard, les juges de Strasbourg précisèrent que si les pièces figurant au dossier avaient été gardées secrètes pour éviter de compromettre le succès de l'enquête en cours, cet objectif légitime ne saurait être poursuivi au prix de restrictions importantes apportées aux droits de la défense, et n'était donc pas en mesure de justifier l'impossibilité pour la défense d'avoir accès aux pièces du dossier sur lesquelles se fondaient essentiellement les soupçons, v. CEDH, déc. du 26.11.2013, n°21249/05, Emilian-George Igna c. Roumanie, ici spéc. n° 25-27. V. à ce propos e.a. égal. BACHELET, Olivier, « Transposition ambivalente de la "directive information" », *Gaz. Pal.*, 32-2014, *art. cit.*, p. 9 et s., ici spéc. n. 13.

²⁹⁵⁶ ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, n° 27 ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1553, n° 22 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Une réforme inachevée, ét. 542 », *JCP G*, 19-2011, *art. cit.*, p. 910.

²⁹⁵⁷ CEDH, déc. du 08.12.1998, n° 39519/98, Padin Gestoso c. Espagne, v. sous 2. dans la décision en droit de la Cour.

²⁹⁵⁸ Egal. sceptiques sur l'étendue du droit d'accès au dossier au cours de l'enquête ; v. not. les auteurs en n. 2939.

²⁹⁵⁹ LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 142 ; ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, n° 28 et spéc. aussi n. 72.

en cette matière, peut obtenir qu'un avocat désigné par elle ou commis d'office puisse consulter son dossier. Conformément à cette disposition, qui souffre d'un certain manque de clarté,²⁹⁶⁰ ce droit est accordé à l'intéressé lorsque plus de six mois se sont écoulés depuis sa garde à vue dans la mesure où le procureur, à la demande de l'intéressé, lui a indiqué qu'il entendait poursuivre l'enquête en procédant à son audition. Le dossier doit alors être mis à disposition de l'avocat au plus tard dans un délai de 15 jours à compter de la demande et avant toute nouvelle audition (art. 706-105 al. 2 *in fine* CPP).²⁹⁶¹

560. Une deuxième exception intervient dans l'hypothèse de défèrement devant le procureur de la République, lorsque le dossier paraît en état.²⁹⁶² La loi du 27 mai 2014 est même venue élargir les droits dans cette dernière hypothèse en organisant l'accès au dossier de la procédure lors du défèrement permis aux personnes déférées, **directement et/ou** par l'intermédiaire de leur avocat et leur permettant de présenter au procureur des observations « *portant notamment sur la régularité de la procédure, sur la qualification retenue, sur le caractère éventuellement insuffisant de l'enquête, sur la nécessité de procéder à de nouveaux actes qu'[elles] estime[nt] nécessaires à la manifestation de la vérité et sur les modalités d'engagement éventuel des poursuites ou le recours éventuel à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* ». Il est clair que ce dispositif tendait, à l'image de l'art. 175 du CPP en matière d'instruction, à aménager une sorte de débat contradictoire avant que le ministère public ne décide du déclenchement et le cas échéant des modalités de l'action publique.²⁹⁶³

561. Dans le même sens, le nouvel article 388-5 du CPP introduit par la loi du 27 mai 2014 prévoit dans le cadre d'une citation directe ou d'une convocation par un officier de police judiciaire, que les parties ou leur avocat puissent « *avant toute défense au fond ou à tout moment au cours des débats, demander par conclusions écrites, qu'il soit procédé à tout acte*

²⁹⁶⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1066, n°1584.

²⁹⁶¹ V. sur ce point not. LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 142 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1066, n° 1584.

²⁹⁶² BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, art. cit., p. 84 et s. ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1066, n°1584 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, art. cit., p. 563.

²⁹⁶³ BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, art. cit., p. 84 et s. ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, art. cit., p. 563.

qu'ils estiment nécessaires à la manifestation de la vérité ». Manifestement, le législateur souhaitait par là apporter une réponse à la forte critique doctrinale²⁹⁶⁴,²⁹⁶⁵ jusque-là pourtant toujours rejetée par la Cour de cassation,²⁹⁶⁶ selon laquelle le pouvoir discrétionnaire du parquetier de choisir entre l'ouverture d'une enquête préliminaire ou d'une instruction porterait atteinte au droit à procès équitable et aux principes d'égalité devant la justice, la personne mise en cause lors d'une enquête préliminaire ne disposant pas, jusqu'aux dernières réformes, de la possibilité d'accéder au dossier et de solliciter des mesures d'enquête contrairement au mis en examen et dans une moindre mesure au témoin assisté dans le cadre d'une instruction. Certes, ce n'est ici pas au procureur mais au tribunal qu'est confié le droit de statuer sur la requête exprimée, mais le légiférant n'en entendait pas moins par cette nouvelle mesure couper court à la controverse, en accordant à la personne mise en cause de même qu'à la partie civile, au terme de l'enquête préliminaire et après saisine du tribunal, un accès au dossier, afin de leur permettre de disposer d'un délai suffisamment long pour préparer une défense effective et éventuellement requérir des mesures d'investigation supplémentaires.²⁹⁶⁷

562. Toujours dans le même esprit, le législateur prétextant explicitement prendre acte en terme d'utilisation du recul de l'information,²⁹⁶⁸ la loi du 3 juin 2016 a considérablement élargi le droit originel reconnu à la personne gardée à vue de s'informer des suites des procédures (v. ancien art. 77-2 CPP), le nouvel 77-2 au CPP offrant désormais dans le cadre d'une enquête préliminaire sous de nombreuses conditions la possibilité à la personne mise en cause, la victime ou leurs avocats, de demander d'accéder au dossier de la procédure et de formuler, auprès du procureur et dans un délai d'un mois, des observations ou des demandes d'actes utiles à la manifestation de la vérité. Cette « *lucarne* »²⁹⁶⁹ vers d'avantage de contradictoire,

²⁹⁶⁴ V. not. MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 818-820 ; QUENTIN, Bruno, « Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable, doct. 323 », *JCP G*, 11-12/2013, *art. cit.*, p. 577. Se rapporter égal. aux développements au n° 405, p. 369 et s. de cette thèse.

²⁹⁶⁵ En ce sens not. BACHELET, Olivier, « Transposition ambivalente de la "directive information" », *Gaz. Pal.*, 32-2014, *art. cit.*, p. 9 et s.

²⁹⁶⁶ Cass. crim., déc. du 06.03.2013, n° 12-90.078, inédite ; Cass. crim., déc. du 22.11.2017, n° 16-84.154, inédite.

²⁹⁶⁷ V. aussi BACHELET, Olivier, « Transposition ambivalente de la "directive information" », *Gaz. Pal.*, 32-2014, *art. cit.*, p. 9 et s.

²⁹⁶⁸ ASS. NAT. « Rapport sur le projet de l. renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement », n° 3515, 2016, *rap. préc.*, p. 42.

²⁹⁶⁹ Selon la formule de la rapporteure devant l'Ass. nat., v. ASS. NAT. « Rapport sur le projet de l. renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement », n° 3515, 2016, *rap. préc.*, p. 294.

bien que soumise à de multiples exigences, illustre une nouvelle fois l'intention de confier aux parties plus de droits pour rapprocher le régime de l'enquête préliminaire à celui de l'instruction, vouée, selon les vœux du légiférant en matière délictuelle à disparaître progressivement.²⁹⁷⁰

563. Par ailleurs, à propos d'un autre droit mais encore une fois en vue d'assurer un certain contradictoire, la loi du 23 juin 1999 a ouvert au suspect la possibilité, sur instruction d'un parquetier, de prendre connaissance des résultats des examens techniques et scientifiques prescrits en application des art. 60 al. 4 et 77-1 al. 2 CPP.²⁹⁷¹

564. Au vu de ces derniers aménagements vers plus de contradictoire, faut-il en conclure pour autant, comme semble le penser le législateur et comme nous l'avons concédé plus haut concernant les prérogatives de la victime dans le système français, que les droits du mis en cause sont désormais, si non identiques, du moins équivalents à ceux dont dispose un mis en examen au stade de l'instruction ? La réponse est ici assurément non.²⁹⁷² En effet, d'une part la simple comparaison des droits aux deux stades de l'enquête et de l'instruction met à nu des lacunes sérieuses du dispositif de protection du mis en cause, qui trouve application au cours de l'enquête.²⁹⁷³ D'autre part, afin d'assurer la relative viabilité d'un système dans lequel le procureur assurerait une place similaire au juge d'instruction conformément aux velléités législatives, il est impératif d'élaborer des garanties d'ordre fonctionnel efficaces qui font ici entièrement défaut.²⁹⁷⁴

²⁹⁷⁰ V. à ce sujet e. a. BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563 ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. ; BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341.

²⁹⁷¹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1066, n° 1585.

²⁹⁷² Partageant cette même conclusion e. a. not. CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 411-412 ; PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, not. n° 16 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-565 ; du même auteur, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341 ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1064, n° 1583.

²⁹⁷³ PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, n° 13-14 ; CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 411-412 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-565 ; du même auteur, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341.

²⁹⁷⁴ PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, n° 15 ; CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 412-412 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-564 ; du même

565. Concernant par exemple le nouvel art. 77-2 du CPP, loin de consacrer ? l'accès au dossier lors de la garde à vue comme il l'avait pourtant originellement été envisagé par la commission des lois de l'Assemblée nationale,²⁹⁷⁵ le mécanisme, conditionné et reporté dans le temps, finalement adopté n'est en rien comparable à celui inconditionné et immédiat s'appliquant en matière d'instruction (v. art. 114 al. 3 et 175 CPP)²⁹⁷⁶. Il convient d'abord de souligner que cette nouvelle disposition ne profite qu'au suspect et à la victime, le témoin restant ainsi exclu.²⁹⁷⁷ Ensuite, ce droit est limité temporellement.²⁹⁷⁸ L'accès au dossier ne peut-être requis qu'un an après la première garde à vue ou audition libre (art. 77-2 I. al. 1 CPP) alors même que la jurisprudence de la CEDH pose qu'en matière pénale le suspect en bénéficie immédiatement²⁹⁷⁹. Certes, les maigres moyens mis à disposition de la justice rendaient la communication du dossier, lors de toutes les enquêtes, utopiques.²⁹⁸⁰ Cela est toutefois regrettable qu'encore une fois des contraintes budgétaires aient raison de la protection des droits fondamentaux des personnes.²⁹⁸¹ Il est clair que la prévision d'un tel délai poursuit un

auteur, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341.

²⁹⁷⁵ En effet, la commission des lois de l'Ass. nat. avait adopté le 29.04.2014 dans le cadre de l'examen de la loi transposant la dir. du 22.05.2012 l'amendement n° CL 7 qui proposait de modifier l'art. 63-4-1 du CPP pour prévoir qu' « à sa demande, l'avocat peut, dès le début de la garde à vue, consulter l'ensemble des pièces du dossier utiles à la manifestation de la vérité et indispensables à l'exercice des droits de la défense », v. ASS. NAT., « Rapport législatif concernant la transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales », n° 1895, Paris, 29 avril 2014, p. 116, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1895.asp>>, consulté dernièrement le 05.08.2018. Mais ce n'est finalement pas cette version qui sera retenue par l'Ass., v. not. PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, spéc. n. 49.

²⁹⁷⁶ Sur ce point et procédant explicitement à une comparaison avec l'instruction not. BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-564 ; du même auteur, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341.

²⁹⁷⁷ CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 411-412.

²⁹⁷⁸ PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, n° 13 ; CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 411-412 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-564 ; du même auteur, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341.

²⁹⁷⁹ En ce sens not. CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 411-412. C'est aussi le raisonnement avancé pour justifier l'amendement n° CL7 présenté par M. Coronado et M. Molac à propos du droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (n° 1814) dont il était question en n. 2975, v. CORONADO et MOLAC, « Art. 3 Amendement CL7 - Droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (n° 1814) », 24 avril 2014, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/1814/CION_LOIS/CL7.asp>, consulté dernièrement le 05.08.2018.

²⁹⁸⁰ V. à ce sujet not. PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, n° 13.

²⁹⁸¹ *Ibid.*

objectif précis, à savoir celui de réduire de façon drastique les cas dans lesquels la communication du dossier peut être demandée.²⁹⁸² Pour que l'intéressé puisse demander l'accès au dossier, l'enquête doit donc durer.²⁹⁸³ La durée des investigations pourrait pourtant être le signe de la complexité de l'affaire et donc de la nécessité d'ouvrir une information judiciaire ; l'heure n'est toutefois pas à l'octroi d'une place plus importante à l'instruction.²⁹⁸⁴ De plus, le légiférant a considérablement limité la portée de l'accès au dossier en le soumettant à de multiples conditions.²⁹⁸⁵ Il doit en premier lieu s'agir d'une infraction d'une certaine gravité, c'est-à-dire punie d'une peine privative de liberté.²⁹⁸⁶ Le champ d'application temporel est comme nous l'avons vu plus restreint (lorsque « l'enquête paraît terminée » au procureur et, au minimum, un an après l'audition libre ou la garde à vue du mis en cause) et surtout la communication du dossier est soumise à l'appréciation du procureur sur l'état d'avancement de l'enquête.²⁹⁸⁷ Enfin, les modalités de saisine du tribunal correctionnel jouent également un rôle, puisqu'il est nécessaire que le procureur envisage une citation directe ou une convocation par officier de police judiciaire.²⁹⁸⁸ Bref, on le voit, une demande est certes permise, mais l'issue de celle-ci demeure plus qu'incertaine.²⁹⁸⁹ L'article 77-2, II du CPP permet quelque peu de relativiser ces observations décevantes en ce qu'il permet à tout

²⁹⁸² Ainsi la commission des lois de l'Ass. nat. avait-elle originellement proposé qu'une copie de la procédure soit transmise à tous les suspects, indépendamment du fait qu'ils aient ou non été auditionnés et que cette transmission ait lieu aussitôt que l'enquête préliminaire paraissait terminée, sans condition de durée, une seule exception valant en cas de défèrement, ASS. NAT. « Rapport sur le projet de l. renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement », n° 3515, 2016, *rap. préc.*, p. 293 et s. Finalement le gouvernement s'opposa en séance à cette proposition en avançant qu'une telle communication aurait concerné environ 375.000 procédures chaque année, ce qui poussa l'Ass. à réintroduire un délai de 6 mois, finalement porté à un an par le Sénat, v. PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, n. 52.

²⁹⁸³ *Ibid.*

²⁹⁸⁴ En ce sens RIBEYRE, Cédric, « Crime organisé - Loi du 3 juin 2016 – Et maintenant ? - Ét. 17 », *Dr. Pén.*, 9-2016, *art. cit.*, n° 24 et s. ; PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, n° 13 ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s.

²⁹⁸⁵ Sur ce point e. a. not. BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-564 et spéc. n. 14 et 38 ; du même auteur, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341 ; PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, n° 14.

²⁹⁸⁶ V. sur ce point not. BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-564 et spéc. n. 14 et 38 ; du même auteur, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341.

²⁹⁸⁷ Se rapporter not. aux réf. préc. en n. 2986 et à PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, n° 14.

²⁹⁸⁸ V. les réf. préc. en n. 2986.

²⁹⁸⁹ En ce sens égal. PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, n° 14.

moment de la procédure, et même en l'absence de demande en ce sens, au procureur de communiquer tout ou partie de la procédure à la personne mise en cause ou à la victime, afin de recueillir leurs observations ou celles de leur avocat.²⁹⁹⁰ La place du contradictoire peut donc s'étendre, temporellement et matériellement, lorsque le procureur le souhaite, ce qui n'est pas sans renvoyer, à certains égards, à un rôle quasi juridictionnel de la direction de l'enquête.²⁹⁹¹

566. Mais cela met également d'ores et déjà en lumière le second problème à savoir que le sort réservé aux demandes d'actes éventuellement formulés par les parties est laissé à l'entière appréciation du procureur.²⁹⁹² Et, la décision de ce dernier est de surcroît - à la différence de ce qui s'appliquerait en matière d'instruction selon l'art. 186-1 du CPP - insusceptible de recours ; tout au plus les observations et demandes d'actes sont-elles versées au dossier de la procédure, ce qui ne peut manquer de faire craindre l'arbitraire.²⁹⁹³ Il avait certes été envisagé notamment dans l'avant-projet du futur CPP que certaines des décisions prises par le parquetier, entre autres concernant des demandes d'actes des parties ou renvois devant une juridiction puissent tout du moins faire l'objet d'un recours juridictionnel devant un juge de l'enquête.²⁹⁹⁴ Or rien de tel ne se retrouve dans les dernières réformes adoptées.²⁹⁹⁵ À cela s'ajoute que, contrairement au mis en examen lors de l'instruction, qui pourra faire appel devant la chambre de l'instruction de l'ordonnance du magistrat instructeur maintenant sa mise en examen (art. 81-1 et 186 CPP), la personne mise en cause dans le cadre d'une enquête préliminaire ne dispose à aucun moment de la possibilité de contester la décision d'attribution de son statut conditionnant, le cas échéant, son renvoi devant une

²⁹⁹⁰ Cette possibilité ouvrant sensiblement « *la lucarne* » du contradictoire paraît procéder d'un fondement similaire à celui proposé par le rapport Beaume, v. BEAUME, Jacques, « Rapport sur la procédure pénale », 2014, *rap. préc.*, p. 60 et s. Il semble ainsi s'agir d'assurer plus de contradictoire tout en laissant l'initiative et donc le contrôle à l'enquêteur. Conforme aux préconisations du rapport de la commission présidée par M. Jean Louis Nadal (v. le dit rap. « Refonder le ministère public », 2013, *rap. préc.*, p. 82-83), la réforme reste toutefois bien en deça de ce que proposait la commission présidée par M. Beaume ou une grande partie de la doctrine qui prônaient un principe d'accès aux pièces qui, concernant la seule personne mise en cause, seraient invoquées par l'enquêteur lors de son audition (v. Rap. Beaume, 2014, *préc.*, p. 57-65). Se rapporter à ce propos not. à BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341.

²⁹⁹¹ PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, n° 15.

²⁹⁹² CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 412 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 564.

²⁹⁹³ V. les réf. préc. en n. 2992.

²⁹⁹⁴ LÉGER, Philippe (dir.), « Avant-projet du futur CPP », mars 2010, *rap. préc.*, p. 167 et s., art. 341 et s.

²⁹⁹⁵ BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-564.

juridiction pénale.²⁹⁹⁶ L'enquête préliminaire fait donc assurément une place au contradictoire, mais *a minima*.²⁹⁹⁷ De sorte que si l'on compare ce régime à celui prévu en matière d'instruction, on ne peut que mesurer la perte qu'impliquerait un remplacement définitif en l'état.²⁹⁹⁸

567. Le même constat vaut pour les droits concédés aux art. 60 al. 4 et 77-1 al. 2 CPP qui sont encore loin d'être aussi aboutis que le dispositif prévu au cours de l'information pour la notification des expertises (art. 161 et s. CPP).²⁹⁹⁹

568. En résumé, si les dernières évolutions en matière de droits de la personne soupçonnée sont assurément positives, elles n'ont toutefois pas suffi à dissiper entièrement les divergences de régime de protection des droits en matière d'enquête et d'instruction.³⁰⁰⁰ En effet, comme il vient d'être démontré, les droits de la défense accordés demeurent moindres et plus précaires que ceux dont dispose la personne mise en examen lors de l'information ou, *a fortiori*, le prévenu devant la juridiction de jugement.³⁰⁰¹ Notamment les prérogatives du suspect et de son avocat restent plus restreintes, son droit d'accès au dossier et de demande d'actes d'investigation, de même que les garanties juridictionnelles prévues pour contester celles-ci dans le cadre de l'enquête étant encore loin d'être comparables à leurs pendants au cours d'une information judiciaire.³⁰⁰² Ces différences de régime sont jusqu'à un certain point

²⁹⁹⁶ *Ibid.*, p. 564.

²⁹⁹⁷ La formule est empruntée à PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, n° 15.

²⁹⁹⁸ Dans le même sens BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-565 ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. ; CONTE, Philippe, « Bas les masques ! - Repère 6 », *Dr. Pén.*, 6-2016, *art. cit.* ; PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, n° 13.

²⁹⁹⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1066, n° 1585.

³⁰⁰⁰ CNCDH, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », ass. plén., 2014, *rap. préc.*, p. 13, n° 35 ; QUENTIN, Bruno, « Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable, doct. 323 », *JCP G*, 11-12/2013, *art. cit.*, p. 577 ; MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 819 ; LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 16 ; BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341 ; du même auteur, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-565 ; CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 411-412 ; PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, v. e. a. n° 15-16 et 20 ; CONTE, Philippe, « Bas les masques ! - Repère 6 », *Dr. Pén.*, 6-2016, *art. cit.*

³⁰⁰¹ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3000.

³⁰⁰² V. pour un tel constat dernièrement not. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-564 ; du même auteur, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1340-1341 ; PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, n° 12-16.

compréhensibles, puisque, sauf à paralyser le système pénal, on ne saurait d’emblée octroyer la plénitude des droits au stade précoce de l’enquête.³⁰⁰³ Toutefois, la difficulté réside en ce que durant l’enquête et faute de disposition équivalente à celle de l’art. 105 CPP, le suspect n’accèdera jamais pleinement à ces droits et ce quelles que soient la consistance et la gravité des indices réunis à son égard.³⁰⁰⁴

§ 2. Une faible responsabilité du procureur en cas de pratiques abusives

569. Dans les deux ordres procéduraux à l’étude le procureur joue donc un rôle décisif dans l’ouverture d’une enquête et dans l’attribution du statut d’inculpé au sens large du terme lourd de conséquences pour la situation juridique du mis en cause dont dépendront les droits. La responsabilité décisionnelle du ministère public en l’espèce est quasi totale en raison des pouvoirs tantôt discrétionnaires, tantôt résultant de la très grande marge d’appréciation du fait de l’imprécision des critères distinctifs. Cette toute puissance des autorités de poursuite contraste donc d’autant plus avec les faibles possibilités offertes notamment au prévenu, sujet principal de la procédure, de demander aux parquetiers de répondre de leurs actes.

570. En Allemagne comme en France, vaut au niveau civil un mécanisme de substitution de la responsabilité de l’État à celle des magistrats selon lequel il revient à l’État de répondre prioritairement de son administration devant les justiciables.³⁰⁰⁵ En conséquence la responsabilité civile d’un magistrat pour faute personnelle de service ne pourra pas en principe être directement recherchée par les justiciables.³⁰⁰⁶ À cette irresponsabilité relative correspond toutefois la responsabilité de l’état tenu de réparer tout dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public.³⁰⁰⁷

571. En France cette responsabilité peut être engagée sur le fondement des articles 11-1 de l’ordonnance statutaire du 22 décembre 1958 et 141-1 du Code de l’organisation judiciaire.³⁰⁰⁸

³⁰⁰³ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1064, n° 1582.

³⁰⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁰⁵ GORÉ, Marie, « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, p. 3, n° 5 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 107, n° 138.1 ; LECERF, Jean-René, « Rapport sur le projet de loi organique relatif à l’application de l’article 65 de la Constitution », n° 635, Sénat, Paris, 29 septembre 2009, p. 31-32, en ligne : <<https://www.senat.fr/rap/I08-635/I08-635.html>>, consulté dernièrement le 01.11.18.

³⁰⁰⁶ V. l’ens. des réf. préc. en n. 3005.

³⁰⁰⁷ V. l’ens. des réf. préc. en n. 3005.

³⁰⁰⁸ V. à ce propos not. LECERF, Jean-René, « Rapport n° 635 rel. à l’application de l’art. 65 de la Constitution », Sénat, 2009, *rap. préc.*, p. 31-32 ; BELFANTI, Ludovic, « Du droit de tout justiciable de saisir le CSM », *AJP*, 7/8-2017, *art. cit.*, p. 346.

Le demandeur devra alors établir une faute lourde ou de déni de justice,³⁰⁰⁹ ce qui malgré l'interprétation dernièrement plus large de cette exigence par la jurisprudence,³⁰¹⁰ minore évidemment les chances de voir l'action en responsabilité couronnée de succès, lorsque le procureur n'a fait qu'exercer son pouvoir d'appréciation lui revenant de droit au cours de l'enquête.³⁰¹¹ Ainsi la haute juridiction précisait-elle à cet effet concernant les pouvoirs décisionnels du procureur dans l'avant-procès, que par une plainte en déni de justice fondée sur une décision de classement sans suite, l'auteur de celle-ci n'alléguait que des faits ne pouvant manifestement comporter aucune sanction pénale³⁰¹² et qu'il en était de même, s'agissant du réquisitoire définitif du procureur de la République et de l'ordonnance du juge d'instruction renvoyant un inculpé devant le tribunal correctionnel³⁰¹³.³⁰¹⁴

572. Outre-Rhin, il est possible de demander réparation d'un préjudice résultant d'un manquement du procureur dans ses fonctions auprès de l'État en vertu du § 839 BGB en relation avec l'article 34 GG. Contrairement à la France, ici une simple négligence du parquetier suffit à engager cette responsabilité à la condition toutefois, dès lors que la faute n'est pas intentionnelle, que le plaignant n'ait pas d'autre moyen d'obtenir réparation (v. § 839 al. 1 BGB). L'État ne disposera d'une action récursoire envers son agent que dans l'hypothèse d'une faute grossière ou délibérée (v. art. 34, 2^e phrase GG).³⁰¹⁵ Dans le cadre de ce mécanisme, la jurisprudence a par exemple alloué des dommages-intérêts en cas de classement sans suite tardif,³⁰¹⁶ dans l'hypothèse d'une requête d'ouverture du procès

³⁰⁰⁹ Cass., civ. 1^e, déc. du 20.02.1996, n° 94-10.606, publiée au *bull.* n° 94, p. 63, la faute y est alors décrite comme « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi », v. à ce propos égal. CANIVET, Guy et JOLY-HURARD, Julie, « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », *RIDC*, vol. 58, n° 4, 2006, p. 1067 ; LEMOINE, Pascale, « Art. 30 à 44 - Fasc. 20 : Ministère public – Organisation/Attributions du garde des Sceaux », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, Paris, 26 février 2005, n° 175.

³⁰¹⁰ Cass., ass. plén., déc. du 23.02.2001, n° 99-16.165, publiée au *bull.* n° 5, p. 10.

³⁰¹¹ CANIVET, Guy et JOLY-HURARD, Julie, « Responsabilité des juges, ici et ailleurs », *RIDC*, 4-2006, *art. cit.*, p. 1065-1066, qui relativise cependant cet effet au vue de l'interprétation extensive de la faute par la jurisprudence.

³⁰¹² Cass. crim., déc. du 06.07.1982, n° 82-92.446, publiée au *bull.* n° 181 : « Ne sont pas susceptibles d'être inculpés, au sens des articles 679 et suivants du Code de procédure pénale, les magistrats ou fonctionnaires visés par ces articles lorsque la partie civile leur impute des faits ne pouvant manifestement comporter aucune sanction pénale. Ainsi en est-il d'une plainte en déni de justice fondée sur une décision de classement sans suite du Procureur de la République ».

³⁰¹³ Cass. crim., déc. du 03.05.1983, n° 83-91.935, publiée au *bull.* n° 127.

³⁰¹⁴ V. sur ce point not. LEMOINE, Pascale, « Art. 30 à 44 - Fasc. 20 : Ministère public – Organisation/Attributions du garde des Sceaux », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2005, *art. cit.*, n° 173.

³⁰¹⁵ V. pour une traduction française de l'art. 34 GG : CANIVET, Guy et JOLY-HURARD, Julie, « Responsabilité des juges, ici et ailleurs », *RIDC*, 4-2006, *art. cit.*, p. 1063, spéc. n. 47.

³⁰¹⁶ BGH, déc. du 21.04.1988 - III ZR 255/86, reproduite dans *NJW*, 1989, p. 96-99.

illicite³⁰¹⁷ ou concernant une affaire dans laquelle un mandat d'arrêt avait été émis en l'absence de soupçon initial³⁰¹⁸. Mais, il sera en pratique difficile de prouver tout au moins une négligence dans l'appréciation des notions de soupçon initial ou d'inculpé, puisque le procureur dispose d'une large marge d'interprétation de droit à cet égard³⁰¹⁹ auquel s'ajoute ce que l'on pourrait appeler une présomption d'agissement conforme à l'égard des membres du parquet, dès lors que son action a été validée par un second membre de l'autorité judiciaire, tel par exemple le juge de l'enquête (« Kollegialrichtlinie »)³⁰²⁰.

573. Par ailleurs, le ministère public demeure soumis des deux côtés de la frontière aux sanctions prévues par le Code pénal.³⁰²¹

574. De fait, du côté allemand, chaque personne à même de décider si des éléments factuels concrets suffisent à retenir un soupçon initial susceptible de justifier l'ouverture d'une enquête, s'expose, en cas d'abus, à devoir répondre pénalement de ses actes : si elle place trop haut les exigences pour retenir cette condition, elle risque elle-même d'être sanctionnée pénalement en raison d'obstruction à la justice conformément au § 258a StGB.³⁰²² Si elle ouvre au contraire une enquête en l'absence de soupçon initial légitime, elle est passible de poursuite pour persécution d'innocent (§ 344 StGB) ou/et dénonciation calomnieuse (§ 164 StGB).³⁰²³ Si l'on peut supposer que ces sanctions ont un effet dissuasif sur les autorités de

³⁰¹⁷ BGH, déc. du 16. 10. 1997 - III ZR 23/96, reproduite dans *NJW*, 1998, p. 751-753.

³⁰¹⁸ BGH, déc. du 18. 5. 2000 - III ZR 180/99, reproduite dans *NJW*, 2000, p. 2672-2675.

³⁰¹⁹ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 231, n° 346.

³⁰²⁰ V. not. BGH, déc. du 06.02.1986 - III ZR 109/84 (BGHZ 97, 97), reproduite dans *NJW*, 1986, p. 2309-2312. À ce propos égal. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 107, n° 138.1.

³⁰²¹ GORÉ, Marie, « Responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, *art. cit.*, p. 8, n° 14 ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2241 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 230-231 ; ANGBAUD, Brigitte, *Le parquet*, *op. cit.*, p. 37 ; LEMOINE, Pascale, « Art. 30 à 44 - Fasc. 20 : Ministère public – Organisation/Atributions du garde des Sceaux », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2005, *art. cit.*, n° 181.

³⁰²² EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2241 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 231, n° 346 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 143-145 ; WERNER, Karin, *Der Einfluß des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der Staatsanwaltschaft*, München, Wilhelm Fink Verl., 1986, p. 82-86.

³⁰²³ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2241. V. par ex. OLG München, déc. du 03.04.1985 - 2 Ws 232/85, reproduite dans *NStZ*, 1985, p. 549 qui refuse néanmoins une condamnation du policier inculpé, en accordant à ce dernier une certaine marge d'appréciation, justifiée par le fait que sans cette marge d'appréciation, le risque considérable de poursuite pénale serait susceptible de paralyser l'action des autorités de poursuite.

poursuite du fait de leur caractère pénal,³⁰²⁴ leur impact en pratique est modeste.³⁰²⁵ En effet, elles ne sont que rarement appliquées, notamment du fait de la large marge d'appréciation laissée à la discrétion des autorités d'investigation pour déterminer s'il y a un soupçon initial.³⁰²⁶ En outre, même en cas de défaut manifeste de cette condition, il sera difficile de prouver l'élément intentionnel requis par les paragraphes en question qui ne saurait résulter de la seule négation – même grossière – d'une suspicion initiale.³⁰²⁷

575. Du côté français, l'irresponsabilité du ministère public de principe ne va pas non plus jusqu'à exonérer les magistrats de leurs agissements délictueux ou criminels qui ne disposent plus – depuis que l'article 102 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 a aboli les dispositions prévues aux art. 679-688 du CPP – d'aucun privilège de juridiction ni d'aucune immunité.³⁰²⁸ Leur responsabilité pénale pourra donc être engagée au même titre que tout justiciable, à noter que leur qualité de magistrat, dépositaire de l'autorité publique jouera alors un rôle aggravant.³⁰²⁹ Ils sont à cet égard notamment passibles de délits spécifiques tels l'abus d'autorité (art. 432-4 CP), la corruption active ou passive (art. 434-9 CP) ou le déni de justice (art. 434-7-1 CP).³⁰³⁰ Mais ces mesures auront un impact encore plus restreint que celles allemandes, dans le sens où la jurisprudence s'oppose à ce qu'elles permettent de sanctionner un abus du procureur dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation concernant les

³⁰²⁴ Sur l'effet préventif du § 258 StGB, v. not. : HECKER, Bernd, « § 258 StGB », dans A. SCHÖNKE et H. SCHRÖDER (éds.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 30^e éd., München, Beck, 2019, p. 2430, n° 1 ; LENCKNER, Theodor, « Zum Tatbestand der Strafvereitelung », dans *GS-Schröder*, 1978, *op. cit.*, p. 344 ; RUDOLPHI, Hans-Joachim, « Strafvereitelung durch Verzögerung der Bestrafung und Selbstbegünstigung durch Vortäuschen einer Straftat - Bay OLG NJW 1978, 2503 », *JuS*, 1979, p. 861 ; WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der StA*, *op. cit.*, p. 85.

³⁰²⁵ WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der StA*, *op. cit.*, p. 85-86 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 231, n° 246 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 145.

³⁰²⁶ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 231, n° 346 ; v. dans ce sens égal. dans le domaine de la délinquance environnementale le comm. de jurisprudence concernant la déc. de l'OLG Karlsruhe du 03.08.2004, *Ws 157/03*, SCHALL, Hero, « Systematische Übersicht der Rechtsprechung zum Umweltstrafrecht - 2. Teil », *NStZ-RR*, n° 9, 2006, p. 264.

³⁰²⁷ Dans ce sens not. : WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der StA*, *op. cit.*, p. 85 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 231, n° 346 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 144.

³⁰²⁸ LECERF, Jean-René, « Rapport n° 635 rel. à l'application de l'art. 65 de la Constitution », Sénat, 2009, *rap. préc.*, p. 31 ; GORÉ, Marie, « Responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, *art. cit.*, p. 8, n° 14 ; LEMOINE, Pascale, « Art. 30 à 44 - Fasc. 20 : Ministère public – Organisation/Attributions du garde des Sceaux », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2005, *art. cit.*, n° 182.

³⁰²⁹ V. sur ce point not. LECERF, Jean-René, « Rapport n° 635 rel. à l'application de l'art. 65 de la Constitution », Sénat, 2009, *rap. préc.*, p. 31-32.

³⁰³⁰ *Ibid.*

poursuites comme nous l'avons déjà évoqué concernant le déni.³⁰³¹ De même la Cour de cassation jugeait-elle qu'une décision de classement sans suite, prise en application de l'art. 40 du CPP « *ne peut comporter aucune sanction pénale* ». ³⁰³²

576. Enfin, l'irresponsabilité civile de principe des magistrats n'altère pas non plus la responsabilité disciplinaire ou administrative des parquetiers. ³⁰³³

577. À ce titre, chaque justiciable dispose en Allemagne de la possibilité de se plaindre auprès de l'autorité hiérarchique (« Dienstaufsichtsbeschwerde »). ³⁰³⁴ En France, tout citoyen depuis la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, complétée par la loi organique du 22 juillet 2010 et entrée en vigueur en 2011, peut saisir le CSM pour évoquer un manquement disciplinaire. ³⁰³⁵ Mais, cette voie ne sera pas d'une grande aide dans le cas de la détermination des différents paliers de suspicion ou de l'exercice des poursuites car il s'agit en l'espèce de caractériser une faute disciplinaire, et non simplement de critiquer l'acte juridictionnel des parquetiers. ³⁰³⁶ Ainsi sa responsabilité disciplinaire ne pourra-t-elle pas être mise en cause en raison de ses décisions judiciaires. ³⁰³⁷

578. En définitive, la responsabilité personnelle du procureur est un bien triste lot de consolation en particulier pour le mis en cause, sujet principal de la procédure, qui ne dispose pas, contrairement à la victime, bien que celle-ci n'ait qu'une place accessoire dans le procès, de mécanisme spécifique pour s'opposer à la décision d'inculpation et ne rétablit donc en rien l'équilibre des forces dans l'enquête.

³⁰³¹ Se rapporter à ce propos au n° 571, p. 517, spéc. n. 3012 et 3013 de cette thèse.

³⁰³² Cass. crim., déc. du 09.03.1983, n° 83-90.963, publiée au *bull.* n° 75 : « *Une décision juridictionnelle, qui ne peut être critiquée que par l'exercice des voies de recours prévues par la loi, ne peut être considérée comme constitutive par elle-même d'un crime ou d'un délit (1). Il en est de même de la décision que peut prendre, en application de l'article 40 du Code de procédure pénale, le Procureur de la République, de classer sans suite une plainte ou une dénonciation (2). Dans l'un et l'autre cas, les faits dénoncés ne pouvant recevoir aucune qualification pénale, les magistrats visés ne sont pas susceptibles d'être inculpés d'un crime ou d'un délit, et il n'y a pas lieu de désigner une juridiction en application de l'article 681 du Code de procédure pénale (3)* ». V. à ce propos égal. LEMOINE, Pascale, « Art. 30 à 44 - Fasc. 20 : Ministère public – Organisation/Attributions du garde des Sceaux », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2005, *art. cit.*, n° 174.

³⁰³³ V. e. a. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 231-232, n° 346 et 348 ; ANGIBAUD, Brigitte, *Le parquet, op. cit.*, p. 37.

³⁰³⁴ V. not. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 231-232, n° 346 et 348.

³⁰³⁵ V. à propos de ce nouveau dispositif not. BELFANTI, Ludovic, « Du droit de tout justiciable de saisir le CSM », *AJP*, 7/8-2017, *art. cit.*, p. 344-348. Se rapporter égal. aux dév. n° 586 et s., p. 526 et s.

³⁰³⁶ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 231, n° 346 ; BACQUET, Alain, « Réflexion sur l'éthique et la déontologie... », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence, art. cit.*, p. 58 ; DUFOUR, Olivia, « La saisine directe du CSM par les justiciables cherche encore ses marques », *LPA*, n° 197, octobre 2013, p. 4, selon laquelle il s'agit là de tout le problème de ce recours (« *Or, c'est précisément là que le bât blesse* ») mal compris par les justiciables.

³⁰³⁷ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3036.

Conclusion Section I

579. Le procureur est lié dans l'exercice de ses fonctions au cours de l'avant-procès par une série de devoirs et de conditions qu'il devra respecter. Il lui revient de veiller à l'application de la loi et des droits qu'elle garantit lors de l'enquête. À cet égard, les statuts accordés au stade de l'avant-procès des deux protagonistes privés de toute procédure pénale que sont la victime et le mis en cause sont capitaux car ils détermineront les droits qui pourront s'appliquer à leurs détenteurs respectifs.

580. Concernant la victime, sa position de sujet accessoire à la procédure justifie qu'il ne lui soit accordé des droits qu'avec parcimonie et n'appelle donc à notre sens pas à être renforcée sauf à mettre en danger l'équilibre fragile des forces de l'avant-procès au détriment du suspect. La différence fondamentale entre la France et l'Allemagne réside à notre sens moins dans l'ampleur des droits ouverts à la partie lésée que dans la praticabilité des voies de recours offertes à cette dernière en cas d'inertie du ministère public, les dispositifs allemands jouant en pratique un rôle dérisoire qui réduit la participation de la victime *de facto* à l'insignifiance. Or, c'est dans ce dernier rôle, non d'alliée, mais bien plus d'opposante au procureur, que la victime nous paraît constituer un atout particulièrement intéressant pour améliorer l'équilibre des pouvoirs dans l'avant-procès, puisqu'elle pourra alors proposer un contrepoids de force aux pouvoirs opportunistes du procureur. C'est ce qu'il conviendra d'examiner de plus près lors de l'analyse détaillée des recours de la victime et de leur efficacité.

581. La situation juridique du mis en cause au stade de l'enquête est quant à elle d'autant plus problématique qu'il s'agit ici du protagoniste privé principal de la procédure pénale. Les droits dont il dispose sont, malgré une évolution positive au cours des dernières années, toujours en deçà de ce qu'il serait nécessaire de garantir à ce stade de la procédure pour permettre une défense efficace, au vu de l'impact toujours plus important des conclusions de l'enquête sur l'issue de la procédure. C'est ici au procureur auquel revient la responsabilité de l'attribution du statut d'inculpé au sens large du terme, même si, en pratique, ce sont les agents de police qui en décident régulièrement ; ils agissent ici sous le contrôle du ministère public qui sera lié par leurs agissements. Le statut du mis en cause se construit de part et d'autre du Rhin autour du critère principal des indices factuels susceptibles de laisser présumer qu'une infraction a été commise. Il laisse donc une importante marge d'appréciation aux autorités de poursuite dans le devoir d'inculpation, au sens large du terme, qui leur incombent, ce qui rend un contrôle par le juge du siège difficile. Cela pose problème

dans le sens où c'est bien ce statut qui déterminera l'étendue des droits accordés au mis en cause. Une erreur à ce niveau aura un impact négatif considérable sur le reste de la procédure, ce qui pourra réduire fortement les chances du prévenu d'organiser une défense efficace et sera extrêmement difficile à corriger par la suite. Eu égard au poids toujours plus important de l'enquête dans le procès pénal, cela ne saurait être considéré comme satisfaisant. La situation est d'autant plus préoccupante dans le système français, où la notion de suspect, statut du mis en cause lors de l'enquête, est souvent étroitement lié à l'exercice de la contrainte policière, dont la garde à vue est l'exemple le plus illustratif. Omniprésente de ce côté du Rhin, cette mesure privative de liberté par excellence est quasiment absente du système allemand. S'il s'agissait ici de tirer un enseignement de cette comparaison, c'est donc ici moins sur le cadre juridique unique de l'avant-procès germanique que sur l'usage plus restreint et plus mesuré de la coercition dans cette phase de la procédure qu'il pourrait porter. Ainsi celle-ci apporte-t-elle selon nous la preuve qu'un système sans garde à vue fonctionne tout aussi bien sans que l'efficacité de la répression en pâtisse pour autant. Peut-être cela pourrait-il encourager le législateur français à se défaire de ses tendances répressives pour réfléchir à une autre forme d'efficacité plus respectueuse des libertés individuelles qui se révélerait à long terme beaucoup plus prometteuse pour atteindre l'objectif ultime de paix sociale recherchée par la procédure pénale. Tout du moins, au vu du caractère particulièrement attentatoire de cette mesure conviendrait-il de redonner au juge la mission de son contrôle.³⁰³⁸

582. Ces importants pouvoirs décisionnels du procureur dans l'avant-procès contrastent fortement avec la faible responsabilité personnelle de cet acteur envers les justiciables, caractérisée très largement par la règle de l'irresponsabilité civile du ministère public. En effet, c'est ici en principe l'État qui aura à répondre des fautes commises par ses agents dans le cadre de leur service. Les recours administratifs pour faute disciplinaire ou l'engagement de la responsabilité pénale des parquetiers restent certes possible. Toutefois, ces moyens revêtent ici peu d'intérêt car ils ne permettront pas de mettre en cause une décision

³⁰³⁸ Nous partageons en ce sens pleinement l'opinion de MONTGOLFIER, Eric (de), « La réforme de la GAV - Point de vue du parquet », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV*, art. cit., p. 73-75, cette opinion étant d'autant plus intéressante qu'elle vient d'un parquetier lui-même, à noter qu'il propose ici d'accorder le contrôle non pas au JI mais au JLD ; HODGSON, Jacqueline, « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, 4-2010, art. cit., p. 1370.

inoportune du procureur quand celui-ci dispose d'une marge d'interprétation de droit. À préciser toutefois qu'il ne s'agit ici pas d'un régime spécifique de responsabilité du parquet mais bien plus de celui qui s'applique généralement à l'ensemble des membres de la force publique ; un juge d'instruction, par exemple, sera donc tout autant irresponsable.³⁰³⁹ Cette faible responsabilité personnelle des membres de l'autorité judiciaire se justifie à vrai dire pour garantir l'indépendance de la justice et son bon fonctionnement, afin d'éviter que les justiciables mécontents d'une décision rendue à leur égard ne submergent les juridictions d'actions infondées contre leurs auteurs.³⁰⁴⁰ Toutefois, une si faible responsabilité personnelle présuppose à notre sens d'autres garanties, telles par exemple statutaires et/ou reposant sur un solide socle de recours *a posteriori* contre l'action du membre de l'autorité publique en question afin d'assurer un contrôle objectif, efficace et entier de l'acteur concerné et éviter d'engendrer l'impression d'une impunité non justifiée. Or justement dans le cas du procureur, son statut ne présente pas les mêmes garanties que le juge et le contrôle de ses actions *a posteriori* par le biais des recours ouverts aux protagonistes privés de l'avant-procès contre son action est lacunaire, aspect qu'il convient désormais d'examiner plus en détail.

³⁰³⁹ Concernant le régime de responsabilité similaire des magistrats du siège et du parquet en France, v. not. BACQUET, Alain, « Réflexion sur l'éthique et la déontologie... », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 56 et s. En Allemagne, la règle de l'irresponsabilité civile est même encore accentuée s'agissant des magistrats du siège en raison du « privilège du juge dans le cadre de ses fonctions juridictionnelles » (« **Richterspruchprivileg** »). Un peu comme la France qui n'ouvre la responsabilité de l'État pour faute de ses magistrats que dans l'hypothèse d'une faute lourde ou d'une infraction pénale, une action en responsabilité pour faute de la part d'un juge requiert en Allemagne en vertu du § 839 al. 2 BGB en relation avec l'art. 34 GG que ce dernier ait commis une infraction pénale. Elle se distingue alors de la responsabilité du procureur pour lequel la simple négligence suffit, v. PAPIER, Hans-Jürgen, « Art. 34 GG », dans T. MAUNZ et G. DÜRIG (éds.), *Grundgesetz-Kommentar*, 83^e édition, 2018. Concernant la responsabilité du procureur, se reporter aux n° 570-572, p. 517 et s.

³⁰⁴⁰ V. not. CANIVET, Guy et JOLY-HURARD, Julie, « Responsabilité des juges, ici et ailleurs », *RIDC*, 4-2006, art. cit., p. 1160-1161.

– SECTION II –

DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE DU PROCUREUR A POSTERIORI LACUNAIRES

583. La souveraineté du procureur dans la mise en état de l'affaire s'accompagne de son large pouvoir de prendre de nombreuses décisions sous sa propre responsabilité – souvent en dehors de l'intervention du juge – qui influenceront de manière déterminante sur le cours et l'issue de l'enquête.³⁰⁴¹ Or, comme nous venons de l'établir,³⁰⁴² les règles de fond et de procédure auxquelles sont soumis les magistrats du parquet ne suffisent pas à garantir une « bonne justice ». ³⁰⁴³ Les procureurs continuent bien plus à disposer de larges marges d'appréciation, de qualification et d'interprétation qui constituent le cœur de leur exercice professionnel et dont la résolution appelle justement la mise en place de solides mécanismes de contrôle.³⁰⁴⁴

584. Un moyen pour les protagonistes privés de contester l'action du procureur repose avant tout dans les recours *a posteriori* prévus par le législateur à certaines occasions. Quelles sont ici possibilités qui s'offrent alors à eux ?

585. Les considérations d'ordre éthique et déontologique des membres du ministère public au titre desquelles les devoirs d'impartialité et d'égalité revêtent une importance toute particulière³⁰⁴⁵ seront d'abord garanties par la structure hiérarchique qui pourra permettre une vérification « interne » (au sens d'administratif), par le biais d'un recours gracieux ou hiérarchique à tout moment (§ 1). Il est en revanche loin d'en être de même concernant le contrôle externe par un juge indépendant qui n'apparaît que parcellaire (§ 2).

³⁰⁴¹ HEINRICH, Bernd, « Die gerichtliche Nachprüfbarkeit von Entscheidungen der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Anklageerhebung », *NStZ*, n° 3, 1996, p. 110 ; dans un sens similaire du côté français, v. not. SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 13, n° 2.

³⁰⁴² Se rapporter à l'ens. des dév. sous la section I de ce chapitre aux n° 471 et s., p. 434 et s.

³⁰⁴³ Faisant un constat similaire not. BACQUET, Alain, « Réflexion sur l'éthique et la déontologie... », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 57.

³⁰⁴⁴ En ce sens égal. BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 562 ; dans un sens similaire mais pour moins pour appuyer l'importance des recours *a posteriori* en général que pour souligner la nécessité des principes de l'éthique et de la déontologie des magistrats BACQUET, Alain, « Réflexion sur l'éthique et la déontologie... », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 57 ; dans un sens similaire du côté allemand not. HEINRICH, Bernd, « Gerichtliche Nachprüfbarkeit v. Entscheidungen der StA », *NStZ*, 1996, *art. cit.*, p. 111-112.

³⁰⁴⁵ Dans un sens similaire not. BACQUET, Alain, « Réflexion sur l'éthique et la déontologie... », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 57.

§ 1. La possibilité de recours « internes »

586. Du côté allemand, expression du droit de pétition issu de l'art. 17 GG,³⁰⁴⁶ un recours hiérarchique informel contre les agissements du procureur ou des fonctionnaires de police («*Dientsaufsichtsbeschwerde*») peut-être déposé par chaque citoyen à tout moment indépendamment du motif de la décision attaquée ou du fait que le plaignant ait subi un préjudice.³⁰⁴⁷ Il a pour but de permettre à l'autorité de surveillance d'exercer un contrôle hiérarchique interne sur ses subalternes³⁰⁴⁸ et d'influer par là sur une pratique et un traitement uniforme des dossiers au sein de l'institution du ministère public.³⁰⁴⁹ Il s'étend aussi bien à la légalité qu'à la pertinence ou à l'adéquation de la mesure comme il en ressort du § 145 al. 1 GVG qui, du fait de son effet dévolutif, transfère l'ensemble des pouvoirs de ses subordonnés à l'autorité supérieure.³⁰⁵⁰ Si le recours est dirigé contre l'acte d'un procureur du tribunal régional («*Landgericht*»), le procureur général («*Generalstaatsanwalt*») sera appelé à trancher la question en tant que supérieur hiérarchique (§§ 147 n° 3, 144 GVG).³⁰⁵¹ Mais le procureur dont la décision est attaquée peut aussi choisir de donner lui-même une suite favorable au recours en reprenant l'enquête ou en renvoyant l'affaire devant le tribunal.³⁰⁵² Les décisions de classement sans suite n'acquérant, selon l'opinion largement majoritaire, pas l'autorité de la force jugée, rien ne s'oppose en règle générale à ce que l'autorité hiérarchique demande à ce que l'enquête soit reprise.³⁰⁵³ Une exception vaut néanmoins pour le § 153a StPO : si le mis en cause a accepté les conditions posées par le

³⁰⁴⁶ V. p. ex. BVerwG, déc. du 01.09.1976, VII B 101/75, reproduite dans *NJW*, 1977, n° 3, p. 118-119 ; FRISCH, Wolfgang, « Vor §§ 296 ff. StPO », dans *SK, op. cit.*, p. 31, n° 37 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, *StPO-Ko., op. cit.*, p. 1302, Vor § 296, n° 22.

³⁰⁴⁷ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 75 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Vor § 296 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, p. 1302, n° 22 ; FRISCH, Wolfgang, « Vor §§ 296 ff. StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 31, n° 37 ; dans le même ouvrage, WOHLERS, Wolfgang, « § 172 StPO », p. 872-873, n° 6 ; GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten, « § 172 StPO », dans *LR²⁶, op. cit.*, p. 906 n° 9.

³⁰⁴⁸ PAUL, Carsten, « Vorbemerkungen, §§ 296 ff. StPO », dans *KK, op. cit.*, n° 4.

³⁰⁴⁹ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 75 ; WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der StA, op. cit.*, p. 158. Dans ce sens égal. DREHER, Eduard, « Behandlung der Bagatelldelinquenz », dans *FS-Welzel*, 1974, *art. cit.*, p. 937 qui en tire néanmoins la conclusion excessive que ce moyen d'action offre de ce fait une meilleure garantie au requérant qu'un recours devant le juge.

³⁰⁵⁰ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 76.

³⁰⁵¹ FRISCH, Wolfgang, « Vor §§ 296 ff. StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 31, n° 38 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 76.

³⁰⁵² HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 76.

³⁰⁵³ RIEß, Peter, « Zukunft des Legalitätsprinzips », *NStZ*, 1981, *art. cit.*, p. 9 ; SCHROEDER, Friedrich-Christian, « Z. Rechtskraft staatsanwaltschaftlicher Einstellungsverfügungen », *NStZ*, 7-1996, *art. cit.*, p. 320 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 76 ; DIEMER, Herbert, « § 153 StPO », dans *KK*, n° 26.

procureur pour classer l'affaire et a accompli les obligations requises, l'obstacle procédural prévu par le § 153a al. 1, 5^e phrase StPO empêche que l'enquête soit réouverte sauf s'il s'agit, concernant l'infraction en question, d'un crime.³⁰⁵⁴ Si le procureur général déboute le requérant de sa demande, il pourra alors être formé un autre recours hiérarchique adressé cette fois au ministre de la justice (§ 147 n° 2 GVG).³⁰⁵⁵

587. Les mesures prises au cours de l'enquête peuvent également être dénoncées au niveau interne par le biais d'une demande d'audition contradictoire (« *Gegenvorstellung* »)³⁰⁵⁶ résultant pareillement du droit de pétition de l'art. 17 GG.³⁰⁵⁷ À la différence du recours hiérarchique, ces moyens d'action ne sont pas adressés au supérieur hiérarchique mais à l'autorité qui a rendu la décision, soit, pour les mesures des procureurs aux tribunaux régionaux, le procureur principal (« *der leitende Oberstaatsanwalt* »), et, pour les actes des procureurs des tribunaux régionaux supérieurs (« *Oberlandesgericht* »), le procureur général (§ 144 GVG).³⁰⁵⁸ Du fait de leur fondement légal similaire (art. 17 GG), l'ampleur du contrôle par une demande d'audition contradictoire est la même que pour le recours hiérarchique et n'offre pas de perspectives plus larges que ce dernier.³⁰⁵⁹

588. En France, des règles similaires s'appliquent tout en présentant quelques particularités. Aux recours informels allemands correspondent les recours administratifs de droit commun, souvent appelés réclamations, destinés à obtenir de l'administration qu'elle

³⁰⁵⁴ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 76 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 153a StPO », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 45 ; DIEMER, Herbert, « § 153a StPO », dans *KK*, n° 44-45.

³⁰⁵⁵ FRISCH, Wolfgang, « Vor §§ 296 ff. StPO », dans *SK*, art. cit., p. 31, n° 38 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 76.

³⁰⁵⁶ V. sur ce moyen de recours not. l'article détaillé de WÖLFL, Bernd, « Die Gegenvorstellung im Strafprozess », *StraFo*, 2003, p. 222-228.

³⁰⁵⁷ La Cour fédérale constitutionnelle reconnaît l'existence de cette voie de recours dans sa décision du 03.02.1959 (BVerGE, 1.BvR 396/55, reproduite dans *NJW*, 1959, p. 427-430) en se fondant cependant sur le seul le droit d'être entendu (art. 103 al. 1 GG). Il convient ici néanmoins de préciser que si la requête d'une audition contradictoire est effectivement une forme de manifestation du droit d'être entendu, la véritable base légale de ce recours est l'art. 17 GG qui vient concrétiser le droit d'être entendu de l'art. 103 al. 1 GG et prévoit explicitement la possibilité du justiciable d'agir pour défendre ce droit, WÖLFL, Bernd, « Die Gegenvorstellung im Strafprozess », *StraFo*, 2003, p. 223. En ce sens égal. MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 153 StPO », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 9, « § 153a StPO » n° 36 et « Vor § 296 StPO », n° 22-23 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 76 ; WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahreneinstellungen der StA*, op. cit., p. 94.

³⁰⁵⁸ V. concernant l'organisation hiérarchique du ministère public p. ex. : MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 142 GVG », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 5-8 ; MAYER, Herbert, « § 142 GVG », dans *KK*, art. cit., n° 7-11.

³⁰⁵⁹ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 77 ; WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahreneinstellungen der StA*, op. cit., p. 94-95.

modifie la position qu'elle avait originellement adoptée envers le requérant.³⁰⁶⁰ Faute de véritable théorie générale des recours administratifs ou de texte synthétique, les règles qui s'appliquent sont d'origine prétorienne.³⁰⁶¹ Comme évoqué plus haut, malgré leur proximité certaine avec les décisions juridictionnelles, les décisions du procureur, tels par exemple les classements sans suite, sont de nature purement administratives.³⁰⁶² Certes il ne s'agit pas ici d'actes émanant d'une autorité administrative mais bien plus d'une autorité judiciaire, raison pour laquelle, en vertu de la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif, un recours formel en excès de pouvoir, essentiellement administratif, ne saurait être employé contre les actes de la fonction judiciaire.³⁰⁶³ En revanche, les justiciables disposent envers ces actes de la ressource universelle des recours administratifs de droit commun,³⁰⁶⁴ soit les recours gracieux, adressés à l'auteur de l'acte critiqué, soit les recours hiérarchiques, déposés auprès du supérieur hiérarchique de l'agent à l'origine de la mesure,³⁰⁶⁵ qui existent sans textes et sont toujours possibles³⁰⁶⁶ sans être obligatoires³⁰⁶⁷. Ici aussi le recours administratif présente l'avantage de son très large contrôle, puisque l'administration appelée à vérifier la décision

³⁰⁶⁰ TRUCHET, Didier, « Recours administratifs », dans *Répertoire de contentieux administratif*, Paris, Dalloz, octobre 2000, n° 6. Il est fréquent également de retrouver le terme de plainte, v. p. ex. BELFANTI, Ludovic, « Du droit de tout justiciable de saisir le CSM », *AJP*, 7/8-2017, *art. cit.*, p. 344-348, qui utilise tout au long de l'article aussi bien les termes de réclamation que de plainte.

³⁰⁶¹ TRUCHET, Didier, « Recours administratifs », dans *Rép. contentieux adm.*, 2000, *art. cit.*, n° 2 et 6.

³⁰⁶² SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 3 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 652, n° 748. V. égal. dév. sous le n° 437, p. 406.

³⁰⁶³ Ce principe vaut depuis longtemps, v. à ce propos not. CE, déc. du 06.08.1897, Sieur R, publiée au recueil et la note de jurisprudence correspondante HAURIU, Maurice, « Les actes de l'autorité judiciaire ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir, note sous CE, déc. du 06.08.1987, Sieur R, S. 1898.3.81 », *Revue générale du droit on line*, n° 15360, 2015, sous I., en ligne : <www.revuegeneraledudroit.eu/?p=15360>, consulté dernièrement le 12.11.18 ; v. égal. LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. 1, Paris/Nancy, Berger-Levrault et Cie, 1896, p. 486-487.

³⁰⁶⁴ V. not. HAURIU, Maurice, « Note sous CE, déc. du 6.08.1987, Sieur R, S. 1898.3.81 », *Revue générale du droit on line*, 15360-2015, *art. cit.*, sous I.

³⁰⁶⁵ TRUCHET, Didier, « Recours administratifs », dans *Rép. contentieux adm.*, 2000, *art. cit.*, n° 80.

³⁰⁶⁶ *Ibid.*, n° 81. V. égal. CE, sect., déc. du 23.03.1945, Vinciguerra, publiée au rec., p. 56: « *Les particuliers ont toujours la faculté, sauf si des législations spéciales ont créé des procédures particulières, de porter d'abord leurs réclamations contre un acte administratif devant l'auteur de cet acte ou devant le ministre, supérieur hiérarchique, et de ne se pourvoir par la voie contentieuse que lorsque cette réclamation a été rejetée* ». Plus récemment, la jurisprudence réaffirmait ce principe dans les termes suivants : « *Sauf dans les cas où des dispositions législatives ou réglementaires ont organisé des procédures particulières, toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours de ce délai* », v. CE, 10/ 7 SSR, déc. n° 152654 du 06.01.1995, Assemblée territoriale de la Polynésie française, publiée au rec., p. 10.

³⁰⁶⁷ CE, sect., déc. du 28.01.1938, Maire, publiée au rec., p. 98 ; v. égal. TRUCHET, Didier, « Recours administratifs », dans *Rép. contentieux adm.*, 2000, *art. cit.*, n° 82.

dénoncée par ce biais, étudie en principe l'affaire en légalité et en opportunité et disposera le cas échéant des possibilités que lui offre sa position hiérarchique.³⁰⁶⁸ Faute de caractère juridictionnel, les décisions du procureur ne sont pas dotées de l'autorité de la force jugée, le parquetier pourra donc à tout moment revenir sur sa décision dans le cadre d'un recours gracieux par exemple, sans même avoir à s'en justifier spécifiquement.³⁰⁶⁹ Le destinataire d'une décision d'un procureur pourra ensuite également adresser une réclamation au procureur général en tant que supérieur hiérarchique (v. art. 36 CPP). La loi du 9 mars 2004 est venue quant à elle accorder explicitement au plaignant un recours hiérarchique spécial qu'il pourra former auprès du procureur général contre la décision du parquet (art. 40-3 CPP). Théoriquement, il devrait également pouvoir être déposé une réclamation contre la décision du procureur général auprès du ministre de la Justice comme supérieur hiérarchique (art. 30 CPP). Il convient toutefois de rappeler que les pouvoirs de l'autorité hiérarchique sont ici considérablement plus limités que dans le système allemand puisque tant les procureurs généraux que les procureurs de la République sont investis de pouvoirs propres (art. 41 CPP) qui leur permettent de poursuivre sans l'ordre ou même contre l'ordre de leurs supérieurs, sans que la poursuite engagée sans instruction ou en contradiction avec celles-ci en soit pour autant entachée d'irrégularité.³⁰⁷⁰ En effet, les procureurs généraux seront certes en mesure de donner des instructions à ces derniers (v. art. 36 CPP) mais, à la différence de ce qui vaut Outre-Rhin, il leur sera en revanche impossible de se substituer au procureur de la République en cas de refus de sa part de déclencher les poursuites et ils ne pourront pas non plus arrêter une action du parquetier qu'il aurait mise en mouvement.³⁰⁷¹ À ces limites s'ajoutent concernant spécifiquement le garde des Sceaux que ce dernier ne dispose plus de la possibilité de donner des instructions dans des affaires individuelles (v. actuel art. 30 al. 2 CPP).³⁰⁷² Finalement, la subordination ne sera plus étroite qu'à l'intérieur d'un même parquet où les

³⁰⁶⁸ *Ibid.*, n° 48-49.

³⁰⁶⁹ Cass. crim., déc. du 05.12.1972, n° 72-92.579, publiée au *bull.* n° 375 p. 945 ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14, n° 3 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 652, n° 748. V. égal. dév. sous le n° 437, p. 406.

³⁰⁷⁰ V. not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 162, n° 191. Se rapporter égal. aux dév. sous les n° 184 et s., p. 198 et s.

³⁰⁷¹ *Ibid.*, p. 623, n° 725. Se rapporter égal. aux dév. sous les n° 184 et s., p. 198 et s.

³⁰⁷² À ce propos not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 39 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, *art. cit.*, p. 79.

substitués sont tenus de se conformer aux instructions du procureur, ceux-ci gardant toutefois leur liberté de parole à l'audience conformément à l'art. 33 du CPP.³⁰⁷³

589. Par ailleurs, le législateur français a renforcé les mécanismes de contrôle interne avec la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, complétée par la loi organique du 22 juillet 2010 et entrée en vigueur en 2011, en ouvrant à tout justiciable la possibilité de saisir le CSM pour évoquer un manquement disciplinaire (v. actuel art. 50-3 de l'ord. du 22 déc. 1958).³⁰⁷⁴ Les protagonistes privés de la procédure pénale sont donc désormais en mesure de déclencher un contrôle par le CSM au même titre que le ministre de la justice, qui était originellement le seul à disposer de ce droit, et les chefs de cours, auxquels cette prérogative fut également confiée par la suite.³⁰⁷⁵ Il s'agissait ici de répondre à la crise de confiance qu'avait suscitée l'affaire d'Outreau.³⁰⁷⁶ L'ouverture de la saisine est réservée au justiciable concerné par une procédure et implique donc qu'il soit directement partie à une procédure dans laquelle un magistrat – du siège comme du parquet – intervient, indépendamment de son statut particulier (demandeur, défendeur, accusé, prévenu, plaignant, victime).³⁰⁷⁷ Le comportement allégué s'apprécie à la lumière du serment du magistrat et des obligations statutaires contenues dans l'article 43 al. 1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 qui énonce que « *tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire* ». ³⁰⁷⁸ Les principes fondamentaux de l'éthique et de la déontologie des membres du parquet valant en l'espèce sont semblables à ceux s'appliquant aux juges, à la différence près que pour un magistrat du parquet, la faute disciplinaire s'apprécie à l'aune des obligations spécifiques découlant de sa subordination au pouvoir exécutif.³⁰⁷⁹ La loi organique du 22 juillet 2010 a étendu la notion de faute disciplinaire

³⁰⁷³ V. not. ALIX, Julie, « Quel visage pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 77 ; RENOUX, Thierry Serge, « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, op. cit., p. 53.

³⁰⁷⁴ V. à propos de ce nouveau dispositif not. BELFANTI, Ludovic, « Du droit de tout justiciable de saisir le CSM », *AJP*, 7/8-2017, art. cit., p. 344-348. Se rapporter égal. aux dév. n° 586 et s., p. 526 et s.

³⁰⁷⁵ *Ibid.*, p. 345.

³⁰⁷⁶ *Ibid.*

³⁰⁷⁷ *Ibid.*

³⁰⁷⁸ Le serment se trouve à l'art. 6 de l'ord. du 22. déc. 1958. Le CSM indiquait pour sa part clairement qu'une violation du serment était constitutive d'une faute disciplinaire, v. CSM, *Rapport annuel d'activité 1999, 2000*, p. 95. V. à ce propos égal. RENOUX, Thierry Serge, « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 52-53 ; BELFANTI, Ludovic, « Du droit de tout justiciable de saisir le CSM », *AJP*, 7/8-2017, art. cit., p. 346.

³⁰⁷⁹ Art. 43, al. 3 ord. du 22 déc. 1958. V. à ce propos égal. BACQUET, Alain, « Réflexion sur l'éthique et la déontologie... », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 56 et 61 et s. ; dans

à certains actes juridictionnels, consacrant par là une jurisprudence du CSM³⁰⁸⁰ qui assimilait « la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties constatée par une décision de justice devenue définitive » à une faute disciplinaire (v. désormais l'actuel art. 43 al. 2 de l'ord. du 22 déc. 1958). Cette définition a été complétée par un recueil des obligations déontologiques des magistrats contenant une série non exhaustive de préceptes moraux et comportements recommandés, afin de mieux cerner les actes débordant les strictes exigences éthiques de la fonction de magistrat et caractérisant un certain excès.³⁰⁸¹ Finalement, la notion de manquement visée par la loi est très large et le justiciable pourra mettre en cause tant le comportement professionnel du magistrat que l'irrespect volontaire d'une garantie procédurale fondamentale.³⁰⁸² Toutefois, demeurent exclues de la saisine directe les décisions juridictionnelles *stricto sensu*, lesquelles ne peuvent être contestées que par l'exercice des voies de recours prévues par les textes en faveur des parties au litige.³⁰⁸³ De même convient-il de souligner que la saisine du justiciable ne pourra pas constituer une cause de récusation du magistrat visé par la plainte (art. 50-3, al. 1 *in fine* de l'ord. du 22 déc. 1958). En l'absence de manquement disciplinaire, la partie s'estimant lésée par un fonctionnement défectueux du service de la justice pourra toujours tenter de rechercher la responsabilité de l'État sur le fondement des articles 11-1 de l'ordonnance statutaire du 22 décembre 1958 et 141-1 du Code de l'organisation judiciaire.³⁰⁸⁴ En instaurant ce nouveau mécanisme de contrôle pré-disciplinaire, le législateur poursuivait des objectifs louables : il permettait une simplification en centralisant les plaintes traitées jusque-là de manière très hétérogène par une pluralité d'acteurs à différents niveaux au sein d'une unique instance clairement identifiée pour assurer un examen attentif, cohérent de même que plus objectif et impartial, puisque le

le même ouvrage RENOUX, Thierry Serge, « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 52-53.

³⁰⁸⁰ Déc. S 44 du 08.02.1991, publiée au rec. déc. disc. CSM.

³⁰⁸¹ CSM, *Rapport annuel d'activité 2009, Le recueil des obligations déontologiques*, Paris, direction de l'information légale et administrative, 2010, p. 63 et s., en ligne : <<http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/publications/rapports-annuels-dactivite?page=1>>, consulté dernièrement le 13.11.18.

³⁰⁸² BELFANTI, Ludovic, « Du droit de tout justiciable de saisir le CSM », *AJP*, 7/8-2017, art. cit., p. 346.

³⁰⁸³ DUFOUR, Olivia, « La saisine directe du CSM par les justiciables cherche encore ses marques », *LPA*, 197-2013, art. cit., p. 4 et s. ; BELFANTI, Ludovic, « Du droit de tout justiciable de saisir le CSM », *AJP*, 7/8-2017, art. cit., p. 346.

³⁰⁸⁴ Se rapporter à ce propos aux dév. préc. sous le n° 571, p. 517.

CSM est composé du moins en partie de personnalités extérieures au corps des magistrats.³⁰⁸⁵ La possibilité de saisir directement le CSM offerte au justiciable concurremment aux prérogatives des autres organes de surveillance hiérarchique – soit ici le garde des Sceaux et les chefs de juridiction – correspond en ce sens à un gage de transparence de l'action disciplinaire et dénote une volonté certaine d'ouverture vers l'extérieur que l'on perçoit déjà dans l'aspect public des audiences disciplinaires.³⁰⁸⁶ Ce nouveau dispositif est toutefois loin d'avoir rencontré le succès escompté, les justiciables confondant faute disciplinaire et voies de recours.³⁰⁸⁷ En effet, sur les 245 plaintes enregistrées en 2017, dont 230 étaient effectivement examinées, 163 étaient manifestement irrecevables et 65 clairement infondées.³⁰⁸⁸ Finalement il n'en resta que deux dont aucune ne justifiait de poursuites contre les magistrats concernés, raison pour laquelle le CSM envisage maintenant d'imposer le recours à un conseil dans l'intérêt du justiciable qui aurait plus de chance de voir prospérer sa réclamation.³⁰⁸⁹

590. L'auto-régulation du ministère public aux moyens de ces recours internes peut se révéler plus rapide, moins bureaucratique et moins chère qu'un contrôle extérieur par le juge.³⁰⁹⁰ Il présente par là des atouts indéniables.³⁰⁹¹ Cette surveillance hiérarchique permet

³⁰⁸⁵ BELFANTI, Ludovic, « Du droit de tout justiciable de saisir le CSM », *AJP*, 7/8-2017, *art. cit.*, p. 345 ; DUFOUR, Olivia, « La saisine directe du CSM ne fonctionne pas du tout! », *LPA*, n° 29, février 2015, p. 4.

³⁰⁸⁶ BELFANTI, Ludovic, « Du droit de tout justiciable de saisir le CSM », *AJP*, 7/8-2017, *art. cit.*, p. 345-346.

³⁰⁸⁷ V. le dernier constat du CSM lui-même, *Rapport annuel d'activité 2017*, Paris, direction de l'information légale et administrative, 2018, p. 78-79, en ligne : <<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/184000408.pdf>>, consulté dernièrement le 14.11.2018 ; se rapporter égal. à DUFOUR, Olivia, « Le Conseil supérieur de la magistrature revendique une évolution de son statut », *LPA*, n° 137, juillet 2018, p. 3 ; DUFOUR, Olivia, « La saisine directe du CSM par les justiciables cherche encore ses marques », *LPA*, 197-2013, *art. cit.*, p. 4 ; DUFOUR, Olivia, « La saisine directe du CSM ne fonctionne pas du tout! », *LPA*, 29-2015, *art. cit.*, p. 4.

³⁰⁸⁸ V. le dernier constat du CSM lui-même, *Rapport annuel d'activité 2017*, Paris, direction de l'information légale et administrative, 2018, *préc.*, p. 78-79 ; se rapporter égal. à DUFOUR, Olivia, « Le CSM revendique une évolution de son statut », *LPA*, 137-2018, *art. cit.*, p. 3

³⁰⁸⁹ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3088.

³⁰⁹⁰ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 77 ; WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der StA*, *op. cit.*, p. 158 ; BAUMANN, Claude, *Die Stellung des Geschädigten im schweizerischen Strafprozeß*, Aarau, Sauerländer, 1958, p. 125-126 ; Sur ces aspects positifs que l'on retrouve égal. du côté français, v. not. TRUCHET, Didier, « Recours administratifs », dans *Rép. contentieux adm.*, 2000, *art. cit.*, n° 46-52.

³⁰⁹¹ V. sur les atouts des procédures internes : BAUMANN, Claude, *Die Stellung des Geschädigten im schweizerischen Strafprozeß*, *op. cit.*, p. 125-126 ; WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der StA*, *op. cit.*, p. 158-159 ; du côté français not. TRUCHET, Didier, « Recours administratifs », dans *Rép. contentieux adm.*, 2000, *art. cit.*, n° 46-52.

de surcroît de veiller à une cohérence d'ensemble dans l'exercice des fonctions des parquetiers ainsi qu'à l'égalité d'application de la politique d'action publique.³⁰⁹²

591. En revanche, il est évident que ces procédures administratives internes ne sauraient suffire pour garantir un contrôle effectif et entièrement indépendant de l'action du ministère public.³⁰⁹³ Elles peuvent notamment s'avérer problématiques lorsque le litige relève de l'application d'une vision particulière sur un point de droit commune à l'ensemble de l'autorité en question ou imposée au procureur par une instruction de son supérieur hiérarchique.³⁰⁹⁴ De plus, comme nous l'avons déjà évoqué concernant la responsabilité disciplinaire des magistrats du parquet, cette voie ne sera pas d'une grande aide puisqu'elle ne permet pas de simplement critiquer l'acte juridictionnel des parquetiers.³⁰⁹⁵ Ainsi sa responsabilité disciplinaire ne pourra-t-elle pas être mise en cause en raison de ses décisions judiciaires, cela valant également pour la décision précontentieuse devant le CSM.³⁰⁹⁶

592. Par ailleurs, est-il besoin de rappeler que le législateur du Code d'instruction criminelle de même que celui du RStPO craignaient dès les origines de notre procédure pénale moderne

³⁰⁹² HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 77 ; BAUMANN, Claude, *Die Stellung des Geschädigten im schweizerischen Strafprozeß*, *op. cit.*, p. 126 ; WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der StA*, *op. cit.*, p. 158. Dans ce sens également DREHER, Eduard, « Behandlung der Bagatellkriminalität », dans *FS-Welzel*, 1974, *art. cit.*, p. 937, qui en tire néanmoins la conclusion excessive que ce moyen d'action offre de ce fait une meilleure garantie au requérant qu'un recours devant le juge ; du côté français, v. à ce propos not. BACQUET, Alain, « Réflexion sur l'éthique et la déontologie... », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 62 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire... - N. jurisp. 51 », *JPC G*, 3-2018, *art. cit.*, p. 82.

³⁰⁹³ Dans ce sens not. HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 77 ; BAUMANN, Claude, *Die Stellung des Geschädigten im schweizerischen Strafprozeß*, *op. cit.*, p. 126 ; WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der StA*, *op. cit.*, p. 159-161. D'un avis divergent DREHER, Eduard, « Behandlung der Bagatellkriminalität », dans *FS-Welzel*, 1974, *art. cit.*, p. 937, qui estime que cette voie présente de meilleures garanties pour le requérant qu'un recours devant le juge. RENOUX, Thierry Serge, « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 53 ; DUFOUR, Olivia, « La saisine directe du CSM ne fonctionne pas du tout ! », *LPA*, 29-2015, *art. cit.*, p. 4, qui souligne, tout en relativisant concernant la procédure de saisine directe par le justiciable du CSM en raison de la composition mixte de cet organe, les soupçons de corporatisme que peuvent susciter les mécanismes de surveillance internes.

³⁰⁹⁴ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 77 ; WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der StA*, *op. cit.*, p. 159 ; BAUMANN, Claude, *Die Stellung des Geschädigten im schweizerischen Strafprozeß*, *op. cit.*, p. 124 ; du côté français sur ce point not. RENOUX, Thierry Serge, « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 53.

³⁰⁹⁵ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 231, n° 346 ; BACQUET, Alain, « Réflexion sur l'éthique et la déontologie... », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 58 ; DUFOUR, Olivia, « La saisine directe du CSM par les justiciables cherche encore ses marques », *LPA*, 197-2013, *art. cit.*, p. 4, selon laquelle il s'agit là de tout le problème de ce recours (« Or, c'est précisément là que le bât blesse ») mal compris par les justiciables.

³⁰⁹⁶ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3095.

les abus gouvernementaux pouvant résulter de la structure hiérarchique du ministère public que seul un contrôle judiciaire externe à l'administration était en mesure d'exclure ?³⁰⁹⁷

§ 2. Des possibilités de contrôle externe lacunaires

593. La prévision de mesures de contrôle externes par le juge était donc une absolue nécessité.³⁰⁹⁸ Le législateur a agi ici à plusieurs niveaux : les libertés individuelles étant directement en cause lors de la mise en état de l'affaire pénale, il n'est pas surprenant de voir que le juge constitutionnel en tant que gardien par excellence des droits et libertés fondamentaux joue un rôle important également sur la scène pénale (A). Mais c'est bien entendu avant tout au juge judiciaire que revient la responsabilité principale de s'assurer de l'intervention des autorités de poursuite lors de l'avant-procès respectueuses des règles de droit en vigueur, le légiférant ayant prévu des recours judiciaires et des procédures de contrôle spécifiques réservés à la victime (B) ainsi qu'au prévenu, la protection notamment de ce dernier demeurant toutefois très incomplète et largement en dessous de celle dont il bénéficierait à l'égard de l'action d'un juge du siège (C).

A – Le rôle important du juge constitutionnel en procédure pénale

594. Le juge constitutionnel allemand joue, depuis longtemps, un rôle sans commune mesure avec son homologue français dans l'ordre pénal procédural allemand (1). Sans bénéficier d'une influence aussi déterminante, le Conseil des Sages n'en a pas moins réussi ces dernières années à s'imposer sur la scène pénale française pour devenir un contrôleur incontournable de la procédure pénale grâce notamment au dispositif novateur de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), (2).

³⁰⁹⁷ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 55-58 et 77 ; WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der StA*, op. cit., p. 13 et 159 et les nombreuses références à cet égard ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 72. V. du côté français not. HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, vol. 1, op. cit., p. 578, n° 487. Se rapporter égal. aux dév. historiques en introduction, not. sous le n° 20, p. 30 et s. et n° 34, p. 50 et s.

³⁰⁹⁸ Dans ce sens not. : HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 77 ; WEIGEND, Thomas, *Anklagepflicht und Ermessen*, op. cit., p. 84-85 ; JUNG, Heike, « Stellung des Verletzten », *ZStW*, 4-1981, art. cit., p. 1165 ; BAUMANN, Claude, *Die Stellung des Geschädigten im schweizerischen Strafprozeß*, op. cit., p. 126-127 ; du côté français, dans un sens similaire BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, art. cit., p. 563-564, qui déplore ici que ces mécanismes de contrôle extérieur soient trop faibles au cours de l'enquête.

1) Le rôle primordial du juge constitutionnel allemand dans la procédure pénale

595. La Cour fédérale constitutionnelle de Karlsruhe joue un rôle primordial en procédure pénale.³⁰⁹⁹ En effet, à côté des contrôles *a priori* abstraits de textes légaux (« abstrakte Normenkontrolle »)³¹⁰⁰ auxquels se dédient traditionnellement les juridictions constitutionnelles,³¹⁰¹ peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi fondamentale en mai 1949, la loi d'organisation judiciaire relative à la Cour fédérale constitutionnelle du 12 mars 1951 permit à chaque citoyen, estimant que l'un de ses droits fondamentaux avait été violé par la puissance publique, de saisir la juridiction constitutionnelle directement par le biais d'une plainte constitutionnelle (« Verfassungsbeschwerde »).³¹⁰² Les parties privées à la procédure pénale peuvent donc en ce sens faire valoir une violation d'un de leurs droits constitutionnels intervenue dans le cadre préliminaire des investigations, si besoin est, directement grâce à ce dispositif.³¹⁰³ La 19^e loi réformatrice de la loi fondamentale en date du 29 janvier 1969 vint souligner toute l'importance de cette voie de recours en l'ancrant à l'art. 93 al. 1, n° 4a de la loi fondamentale.³¹⁰⁴ De même, les textes constitutionnels (complétés ensuite par la loi d'organisation judiciaire correspondante du 12 mars 1951) prévoyaient dès le départ l'intervention de la Cour fédérale constitutionnelle dans les procès en cours pour la sauvegarde des libertés sur saisine des juridictions répressives, dès lors que celles-ci estimaient une loi contraire à la loi fondamentale (« konkrete Normenkontrolle », soit littéralement contrôle concret des normes prévu à l'art. 100 GG en combinaison avec les §§ 13 n° 11 et 80 et s. BVerfGG).³¹⁰⁵ La juridiction constitutionnelle allemande est ainsi

³⁰⁹⁹ GLEß, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et. al. (éd.), *Opinio doctorum, art. cit.*, p. 213 ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention, op. cit.*, p. 625-626, n° 1564.

³¹⁰⁰ Cette procédure est prévue à l'art. 93 al. 1, n° 2 GG en relation avec les §§ 13 n° 6 et 76 et s. BVerfGG.

³¹⁰¹ V. sur ce mécanisme en France les dév. au n° 597, p. 536 et s.

³¹⁰² V. not. §§ 13 n° 8a, 90, 92 BVerfGG ; se rapporter égal. à ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1392, n° 103 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 217 et s. ; GLEß, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et. al. (éd.), *Opinio doctorum, art. cit.*, p. 213 ; AUTEXIER, Christian, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, p. 81, n° 74.

³¹⁰³ V. à ce sujet not. ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1392, n° 103 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Einl. », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 217 et s.

³¹⁰⁴ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3102.

³¹⁰⁵ AUTEXIER, Christian, *Introduction au droit public allemand, op. cit.*, p. 8073 ; GLEß, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et. al. (éd.), *Opinio doctorum, art. cit.*, p. 213 et spéc. n. 55.

susceptible d'intervenir dans les procès pénaux en cours et sera, le cas échéant, en mesure d'en imposer le recommencement à la suite de recours émanant de particuliers, ou formés par les tribunaux pénaux eux-mêmes.³¹⁰⁶ C'est à cette occasion qu'elle sera alors éventuellement amenée à se prononcer sur la répartition des rôles des acteurs de l'avant-procès et leurs missions respectives, afin d'en délimiter plus précisément les contours. À cet égard, les juges à la robe rouge de Karlsruhe ont notamment joué un rôle décisif dans l'encadrement plus étroit du recours à la clause d'urgence que les autorités de poursuite tendent à utiliser abusivement pour contourner la compétence protectrice du juge de l'enquête, question sur laquelle il sera revenue en détail ultérieurement.³¹⁰⁷

2) Le rôle juge constitutionnel français sur la scène procédurale en pleine évolution

596. Le rôle du juge constitutionnel est plus modeste du côté français.³¹⁰⁸

597. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, le seul mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des dispositions législatives devant le Conseil des Sages était celui de type préventif,³¹⁰⁹ c'est-à-dire abstrait, prévu à l'art. 61 al. 2 de la Constitution qui intervient après le vote de la loi mais avant sa promulgation.³¹¹⁰ Cette procédure présentait le mérite de la simplicité et de l'efficacité³¹¹¹ et on ne saurait sous-estimer son rôle dans la protection des libertés fondamentales sur la scène procédurale

³¹⁰⁶ LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, op. cit., p. 625-626, n° 1564 ; GLEB, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et al. (éd.), *Opinio doctorum*, art. cit., p. 213.

³¹⁰⁷ V. p. ex. la déc. de principe à ce propos BVerfG, déc. du 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, reproduite dans *JuS*, 2001, p. 701 ; en ce sens égal. : GLEB, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et al. (éd.), *Opinio doctorum*, art. cit., p. 213. Pour plus de précisions à ce sujet, se rapporter aux dév. aux n° 773 et s., p. 680 et s. de cette thèse.

³¹⁰⁸ *Arg. a contrario* : GLEB, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et al. (éd.), *Opinio doctorum*, art. cit., p. 213. ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, op. cit., p. 625-626, n° 1564. Toujours après la réforme, André Roux constatait que l'exception française en matière de contrôle de constitutionnalité des normes (caractérisée, selon l'auteur, par la faiblesse des contrôles de cette juridiction) n'avait pas disparu, v. « Constitution et pouvoirs publics - Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, n° 31-35, juillet 2008, p. 54, n° 38.

³¹⁰⁹ Il s'agit ici certes d'un contrôle *a priori* qui aurait dû être traité dans la section précédente. Pour mieux comprendre l'évolution du rôle du juge constitutionnel, il nous a toutefois semblé plus approprié de rassembler tous les dév. à ce propos dans une et même section.

³¹¹⁰ ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, art. cit., p. 52, n° 26 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 162-163, n° 257.

³¹¹¹ ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, art. cit., p. 52, n° 26.

pénale³¹¹². C'est en effet dans le cadre de ce contrôle que le Conseil constitutionnel fut amené à se prononcer dans des décisions de principe par exemple sur le caractère constitutionnel des droits de la défense,³¹¹³ sur le droit à la présomption d'innocence³¹¹⁴ ou encore sur la protection constitutionnelle du rôle primordial de l'avocat dans l'assistance des parties³¹¹⁵. Toujours aujourd'hui, on observe un certain dynamisme des saisines *a priori*,³¹¹⁶ même si le nombre a, depuis 2010 (24 saisines sur un an), quelque peu diminué (en 2016 il était totalisé 18 saisines).³¹¹⁷ Mais ce seul dispositif dévoila rapidement ses limites dont la plus importante réside sûrement dans l'inconvénient qu'il présente d'ignorer les applications futures possibles que la loi peut connaître et les risques qu'elle peut développer pour les libertés.³¹¹⁸ Par ailleurs, le simple justiciable n'a ici aucun moyen d'impulser ce contrôle qui est réservé aux acteurs politiques, la saisine des parlementaires représentant ici la quasi-totalité des recours dirigés contre les lois (plus de 90 %).³¹¹⁹ Enfin, le caractère facultatif de la saisine rend le contrôle aléatoire puisque certaines lois ordinaires restreignant les libertés échappaient au contrôle, dès lors qu'elles avaient fait l'objet d'un consensus pour ne pas les déférer à la juridiction constitutionnelle.³¹²⁰ En ce sens, les avancées, apportées par la loi du 22 juillet 2008 à l'origine de l'introduction de la QPC, étaient plus nécessaires.³¹²¹

³¹¹² V. en ce sens e. a. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 42-43, n° 109 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 160 et s., n° 252 et s.

³¹¹³ V. p. ex. CC, déc. n° 76-70 DC du 02.12.1976 - Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail, ici, spéc. considérant n° 2 ; CC déc. n° 77-83 DC du 20.07.1977, Loi modifiant l'art. 4 de la loi de finances rectificative pour 1961 (obligation de service des fonctionnaires), ici spéc. considérant n° 1, 3 et 4.

³¹¹⁴ V. p. ex. CC déc. n° 93-334 DC du 20.01.1994 - Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau CP et à certaines dispositions de procédure pénale ici spéc. cons. n° 22 ; CC, déc. n° 80-127 DC du 20.01.1981 - Sécurité et liberté, spéc. cons. n° 33 et 37.

³¹¹⁵ V. p. ex. CC déc. préc. en n. 3114 n° 93-334 DC du 20.01.1994 ici spéc. cons. n° 16-19 et 25 ; CC, déc. préc. en n. 3114 n° 80-127 DC du 20.01.1981 - Sécurité et liberté, spéc. cons. n° 29, 34 et 48-52.

³¹¹⁶ GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, n° 24, juin 2012, p. 1178, n° 9.

³¹¹⁷ Se rapporter pour les derniers chiffres not. à CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Bilan statistique au 30 septembre 2017 », janvier 2018, en ligne: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahier-n-58/bilan-statistique-au-30-septembre-2017.150638.html>>, consulté dernièrement le 18 avril 2018.

³¹¹⁸ ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, art. cit., p. 52, n° 26.

³¹¹⁹ Ibid., p. 52, n° 26 et p. 53, n° 29.

³¹²⁰ Tel cela fut le cas p. ex. pour la loi sur la sécurité quotidienne en 2001, la loi prorogeant l'état d'urgence en 2005, ou encore la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, alors que toutes ces normes interpellent dans des mesures différentes au regard de la Constitution, v. ibid., p. 52-53, n° 27.

³¹²¹ Dans ce sens notamment: SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 162-163, n° 26-29 ; ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, art. cit., p. 52-53, n° 26-29.

598. Il a déjà été souligné à plusieurs reprises dans cette thèse l'importance des droits et libertés fondamentaux et des principes constitutionnels pour la procédure pénale. De fait, il peut sembler étonnant que le rôle de l'organe ici prédestiné à trancher des litiges mettant en cause la conformité de certains agissements à la Constitution, à savoir le Conseil Constitutionnel, ait été jusqu'à très récemment cantonné à un contrôle *a priori* des normes, qui plus est, facultatif et laissé à la seule initiative d'un cercle très restreint de praticiens.³¹²² Par ailleurs, le juge ordinaire était certes compétent pour exercer le contrôle de conventionnalité de la loi.³¹²³ Il demeurait en revanche incompetent pour apprécier si la même disposition législative était contraire à un principe constitutionnel et il n'existait jusqu'à la création de la QPC aucun mécanisme permettant de demander au Conseil constitutionnel de statuer sur ce point.³¹²⁴ Cela menait à une situation paradoxale et en contradiction avec la hiérarchie des normes alors que les principes conventionnels se voyaient *de facto* privilégiés face à leurs équivalents constitutionnels, la Constitution perdant assurément une grande part de son utilité.³¹²⁵

599. Le Conseil constitutionnel eut grand peine à imposer sa légitimité en tant que juridiction constitutionnelle.³¹²⁶ Il est bien plus, longtemps resté dans l'ombre des juridictions judiciaires et administratives auxquelles le simple justiciable avait un accès direct, ces dernières, à défaut de pouvoir procéder à un contrôle constitutionnel des normes, accordant plus de valeur aux principes conventionnels qu'elles pouvaient apprécier librement.³¹²⁷ Les mêmes constatations valaient sur la scène européenne où le Conseil des sages était clairement en retrait du fait de ses attributions mineures par rapport à ses homologues européens, et *a*

³¹²² V. sur ce point e.a. ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, p. 52, n° 26 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 164, n° 258.

³¹²³ Roux, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, p. 53-54, n° 33 ; GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le CC est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, 24-2012, *art. cit.*, p. 1183-1184, n° 29-30.

³¹²⁴ V. réf. en n. 3123.

³¹²⁵ Certains qualifiant ici au vue de « *l'expansionnisme du contrôle de conventionalité* » ce mécanisme de « *substitut au contrôle par voie d'exception, devenu entre-temps superfétatoire* », v. GICQUEL, Jean, « L'article 26 », *LPA*, n° 97, 2008, p. 77. V. sur ce point égal. ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, p. 54, n° 33 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 168, n° 266. n° 33.

³¹²⁶ V. not. l'ens. de l'art. de ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, et not. sa conclusion p. 54, n° 39.

³¹²⁷ V. e. a. GICQUEL, Jean, « Art. 26 », *LPA*, 97-2008, *art. cit.*, p. 77 et s. ; ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, p. 53-54, n° 33.

fortiori à son homologue germanique, une des juridictions constitutionnelles les plus influentes.³¹²⁸

600. En France, des attributions comparables à celle de la Cour fédérale constitutionnelle allemande concernant notamment les justiciables faisaient jusqu'à 2010 entièrement défaut.³¹²⁹ Ce n'est qu'avec la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 qu'un contrôle *a posteriori* de conformité de la loi à la Constitution (dans une certaine mesure similaire au contrôle concret des normes en Allemagne venant d'être évoqué) a fait son entrée dans le système français, réforme qui n'est devenue effective qu'au 1^{er} mars 2010.³¹³⁰ Appelée de ses vœux depuis longtemps par une large majorité de la doctrine, proposée par le Comité Balladur, la question préjudicielle de constitutionnalité aussi appelée communément la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), a finalement été adoptée après deux premiers échecs en 1990 et 1993,³¹³¹ non sans quelques réticences initiales de la part notamment de la Cour de Cassation³¹³².

³¹²⁸ SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 163-164, n° 258 ; ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, art. cit., p. 52, n° 26 ; GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le CC est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, 24-2012, art. cit., p. 1181-1182, n° 21-22.

³¹²⁹ V. plus haut n° 327, p. 316 et plus spéc. réf. en n. 3122.

³¹³⁰ V. not. GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le CC est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, 24-2012, art. cit., p. 1176, n° 1.

³¹³¹ V. pour plus de détails à ce sujet SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 163, n° 258 ; ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, art. cit., p. 53, n° 28.

³¹³² Dans un épisode très commenté, la Cour de cassation défiait not. le législateur en privilégiant en contradiction au nouvel art. 23-5 ord. du 7 nov. 1958 le contrôle de conventionnalité et en renvoyant la QPC par une question préjudicielle à la CJUE au lieu de saisir le CC. Mais la CJUE mit rapidement fin aux vives controverses déclenchées en validant la procédure de QPC telle que prévue par le législateur français, cette dernière n'empêchant pas les juridictions nationales de saisir la CJUE d'une question préjudicielle et ne portant pas préjudice à la suprématie du droit européen, puisque celui-ci aura vocation à s'imposer normalement si la QPC est rejetée. V. à ce sujet e. a. not. LEVADE, Anne, « Renvoi préjudiciel versus Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit ! », *Rec. Dal.*, n° 20, mai 2010 ; CARCASSONNE, Guy et MOLFESSIS, Nicolas, « La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde.fr*, 22 avril 2010, en ligne : <http://www.lemonde.fr/idees/article/2010/04/22/la-cour-de-cassation-a-l-assaut-de-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-par-guy-carcassonne-et-nicolas-molfessis_1341147_3232.html>, consulté dernièrement le 22.04.2018 ; CASSIA, Paul et SAULNIER-CASSIA, Emmanuel, « Imbroglio autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *Rec. Dal.*, n° 20, mai 2010, p. 1234-1242 ; MATHIEU, Bertrand, « QPC - La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg (464) », *JCP G*, n° 17, avril 2010, p. 866-867 ; MATHIEU, Bertrand, « QPC - La guerre des juges n'aura pas lieu - Note jurispr. à propos de la décision n° 2010-605 DC du Conseil constitutionnel (576) », *JCP G*, n° 21, mai 2010, p. 1077-1080 ; GICQUEL, Jean, « Art. 26 », *LPA*, 97-2008, art. cit., p. 77 et s.

601. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008³¹³³ a, d'un côté aménagé la faculté, au cours d'une instance judiciaire ou administrative, de saisir le Conseil constitutionnel de ce « *qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* », sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation dans les conditions déterminées par une loi organique (art. 61-1 de la Constitution), et de l'autre côté réécrit l'art. 62 de la Constitution qui prévoit la non-application de la loi déclarée inconstitutionnelle, *ab initio* ou après la déclaration ultérieure d'inconstitutionnalité.³¹³⁴ Conformément aux termes de la loi organique du 10 décembre 2009, l'exception pourra être soulevée par un écrit distinct et motivé sous peine d'irrecevabilité, devant toute juridiction judiciaire ou administrative, y compris pour la première fois devant une cour d'appel ou la Cour de Cassation, sans qu'une juridiction ne puisse pour autant s'en saisir d'office.³¹³⁵ En matière criminelle, elle ne peut l'être que devant la Cour d'assises d'appel, par un écrit accompagnant la déclaration d'appel.³¹³⁶ Dans le cadre d'une instruction, c'est la chambre de l'instruction qui en est saisie.³¹³⁷

602. Les normes constitutionnelles susceptibles d'être invoquées par les justiciables à l'encontre des normes législatives sont nombreuses puisqu'il s'agit de tous les « *droits et libertés* » inscrits dans le « *bloc de constitutionnalité* », ce qui inclut le texte de la Constitution lui-même mais également les dispositions auxquelles il fait référence dans son Préambule (soit la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946, lequel renvoie à son tour aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et, enfin, la Charte de l'environnement de 2003).³¹³⁸ En revanche, le justiciable ne pourra pas s'appuyer dans le cadre de la QPC sur des dispositions constitutionnelles de nature procédurale (telles les conditions d'adoption d'une loi déjà promulguée) ou des « *objectifs de valeur constitutionnelle* » dégagés par le Conseil constitutionnel (comme par exemple la sauvegarde de l'ordre public, la préservation du pluralisme des courants

³¹³³ L. const. n° 2008-724, 23.07.2008 de modernisation des institutions de la V^e République, publiée au *JO* du 24.07.2008, p.1190 et s.

³¹³⁴ ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, p. 53, n° 29 et 31 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 794-795, n° 1360.

³¹³⁵ V. Art. 23-1 ord. n° 58-1067 du 7.11.1958 portant loi organique sur le CC dans sa version consolidée actuelle.

³¹³⁶ *Ibid.*, dernier al.

³¹³⁷ *Ibid.*, al. 3.

³¹³⁸ ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, p. 53, n° 29.

d'expression socio-culturels, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, la bonne administration de la justice ou le droit de disposer d'un logement décent...).³¹³⁹ Quant aux conventions internationales, y compris celles relatives aux droits fondamentaux, elles continueront comme aujourd'hui d'être invoquées uniquement devant le juge judiciaire ou le juge administratif.³¹⁴⁰

603. La juridiction saisie directement par le justiciable d'une QPC doit statuer sans délai sur sa transmission à la Cour de Cassation par une décision motivée.³¹⁴¹ Par ce « double » filtrage des questions de constitutionnalité (d'abord par les juridictions du fond puis par les juridictions suprêmes), le constituant souhaitait éviter une multiplication incontrôlée des recours devant le Conseil constitutionnel dont il n'aurait pas été en mesure de s'occuper dans des délais raisonnables, sauf à modifier profondément son organisation et son fonctionnement.³¹⁴²

604. La transmission aux juridictions suprêmes n'a lieu qu'à trois conditions : la disposition critiquée est applicable au litige ou à la procédure ou constitue le fondement des poursuites ; elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la constitution par une décision du Conseil constitutionnel, dans ses motifs ou son dispositif, à moins d'un changement de circonstances ; et la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.³¹⁴³ En outre, saisie simultanément d'une question de conformité à la Constitution et d'une autre de conformité aux engagements internationaux de la France, la juridiction originellement saisie par le citoyen doit se prononcer par priorité sur la transmission de la première des deux questions.³¹⁴⁴ Une fois prise, la décision de transmission de la question, insusceptible de recours, est adressée à la juridiction suprême respective dans les 8 jours, accompagnée des mémoires ou conclusions

³¹³⁹ *Ibid.*

³¹⁴⁰ GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le CC est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, 24-2012, *art. cit.*, p. 1184, n° 30 ; ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, p. 53, n° 29.

³¹⁴¹ V. Art. 23-2, al. 1 ord. n° 58-1067 préc. en n. 3135. V. égal. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 794-795, n° 1360.

³¹⁴² SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 164, n° 260 ; BERNAUD, Valérie et FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? Réflexions autour des articles 61-1 et 62 de la Constitution proposés par le comité Balladur », *RFD const.*, n° 5, HS n° 2, 2008, p. 178 ; ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, p. 54, n° 34.

³¹⁴³ V. art. 23-2, al. 1, n° 1-3 ord. n° 58-1067 préc. en n. 3135. V. égal. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 794-795, n° 1360 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 165, n° 261.

³¹⁴⁴ V. art. 23-2, al. 2 ord. n° 58-1067 préc. en n. 3135.

des parties.³¹⁴⁵ Après l'envoi de cette question, la juridiction doit en principe surseoir à statuer jusqu'à la décision de la Cour de Cassation ou du conseil d'État ou en cas de saisine du Conseil constitutionnel, jusqu'à la décision de celui-ci³¹⁴⁶ à moins que l'une des hypothèses des al. 2-4 de l'art. 23-3 de l'ordonnance n° 58-1067 n'impose la poursuite ininterrompue de la procédure en cours. De manière générale, la Cour suprême une fois saisie par la juridiction concernée devra se prononcer dans un délai maximal de 3 mois sous peine de transmission automatique de la question au Conseil constitutionnel.³¹⁴⁷ Par ailleurs, elle est tenue de statuer prioritairement sur la question de conformité à la constitution si elle est saisie simultanément d'une autre question de conformité aux engagements internationaux de la France.³¹⁴⁸ Si la Cour suprême respective saisit le Conseil constitutionnel, elle lui adressera la décision motivée correspondante accompagnée des mémoires ou des conclusions des parties, puis elle la communique à la juridiction du fond concernée et la notifie aux parties dans un délai de 8 jours.³¹⁴⁹ Elle a de même l'obligation d'informer le Conseil constitutionnel des décisions de non-saisine dont elle lui transmet une copie.³¹⁵⁰ Dans un délai de 3 mois à compter de sa saisine, le Conseil constitutionnel devra, et ce pareillement en cas d'extinction de l'instance à l'origine de la QPC, statuer par décision motivée notifiée aux parties et communiquée à la Cour de Cassation ainsi qu'aux quatre plus hauts représentants de l'État et se prononcera en principe après avoir entendu contradictoirement les parties lors d'une audience publique.³¹⁵¹

605. Force est de constater un bilan positif de la QPC.³¹⁵² Seulement deux ans après son entrée en vigueur, elle réussissait à faire consensus même entre adversaires politiques³¹⁵³ et était à juste titre considérée comme une « *petite révolution* »³¹⁵⁴. Le constituant poursuivait

³¹⁴⁵ V. art. 23-2, al. 3 ord. n° 58-1067 préc. en n. 3135.

³¹⁴⁶ V. art. 23-3 al. 1 ord. n° 58-1067 préc. en n. 3135.

³¹⁴⁷ V. art. 23-4 et 23-7 ord. n° 58-1067 préc. en n. 3135. Là aussi sont prévues deux exceptions en cas d'urgence ou de détention provisoire, v. art. 23-5 al. 4 ord. n° 58-1067 préc. en n. 3135.

³¹⁴⁸ V. art. 23-5 al. 2 ord. n° 58-1067 préc. en n. 3135.

³¹⁴⁹ V. art. 23-7 al. 2 ord. n° 58-1067 préc. en n. 3135.

³¹⁵⁰ V. art. 23-5 al. 1 ord. n° 58-1067 préc. en n. 3135.

³¹⁵¹ V. art. 23-9 à 23-11 ord. n° 58-1067 préc. en n. 3135.

³¹⁵² Soulignant ce bilan particulièrement positif e. a. GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le CC est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, 24-2012, art. cit., p.1176-1186, spéc. n° 1 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 168, n° 266 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 45, n° 113, qui parle à propos de la réforme de « *petite révolution* ».

³¹⁵³ GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le CC est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, 24-2012, art. cit., p. 1176, n° 1.

³¹⁵⁴ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 45, n° 113.

ici un triple objectif qu'il a bel et bien réalisé.³¹⁵⁵ Le premier tenait à conférer au simple justiciable un moyen d'accéder à la juridiction constitutionnelle.³¹⁵⁶ S'il ne s'agit pas, concernant la QPC, d'un recours direct à l'image de la plainte constitutionnelle en Allemagne,³¹⁵⁷ elle n'en élargit pas moins le cercle des personnes pouvant invoquer le droit constitutionnel à tout citoyen, celui-ci cessant d'être l'apanage d'une petite minorité de politiciens.³¹⁵⁸ Le citoyen dispose désormais d'une nouvelle arme procédurale d'un intérêt certain pour l'évolution du droit et surtout la sauvegarde des libertés en procédure pénale.³¹⁵⁹ La deuxième intention du législateur était de remédier à un contrôle constitutionnel des lois, jusque-là trop lacunaire, que favorisait un unique contrôle des lois *a priori* laissé de surcroît à la libre initiative d'un cercle de praticiens restreint.³¹⁶⁰ Là aussi, ces attentes semblent satisfaites, alors qu'il est désormais possible de demander la vérification de la conformité d'une disposition qui jusque-là avait été épargnée d'un contrôle *a priori* par le biais d'une QPC.³¹⁶¹ À cet égard, il convient de préciser que l'insécurité juridique que faisait craindre ce mécanisme n'a pas été constatée.³¹⁶² Au contraire, la QPC a immédiatement fait ses preuves, entre autres sur des sujets sensibles, tels que la garde à vue, l'hospitalisation sans consentement, la rétention douanière, la décrystallisation des pensions, la désignation de l'avocat pour la garde à vue en matière de terrorisme, la définition de l'inceste, la confiscation

³¹⁵⁵ SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 168, n° 266.

³¹⁵⁶ V. BALLADUR (COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION ET SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA V^e RÉPUBLIQUE), « Une Ve République plus démocratique », France, octobre 2007, p. 87-88, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697.pdf>>, consulté dernière le 08.10.2018 ; BERNAUD, Valérie et FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? », *RFD const.*, 5-2008 (HS 2), *art. cit.*, p. 184-185 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 168, n° 266.

³¹⁵⁷ V. sur ce point not. BERNAUD, Valérie et FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? », *RFD const.*, 5-2008 (HS 2), *art. cit.*, p. 185.

³¹⁵⁸ V. réf. en n. 3156.

³¹⁵⁹ V. e. a. BALLADUR (COMITÉ), « Une Ve République plus démocratique », *rap. préc.*, p. 188 ; GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le CC est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, 24-2012, *art. cit.*, p. 1179, n° 11 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 168, n° 266.

³¹⁶⁰ De fait, selon la formule de Jean Rivero après la décision du CC en 1981 sur la loi Sécurité et liberté telle que citée par GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le CC est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, 24-2012, *art. cit.*, p. 1179, n° 11, « Il n'est aujourd'hui plus possible de reprocher au Conseil constitutionnel de "filtrer le moustique et laisser passer le chameau" » ; faisant des constatations similaires SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 168, n° 266.

³¹⁶¹ V. réf. en n. 3160.

³¹⁶² V. sur ce point not. GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le CC est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, 24-2012, *art. cit.*, p. 1176, n° 1 ; ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doct. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, p. 53, n° 30.

de marchandises saisies aux douanes etc...³¹⁶³ Elle a permis, dans les domaines les plus divers et variés, des progrès de l'État de droit en matière de sauvegarde des droits fondamentaux sans précédent dans une période aussi brève.³¹⁶⁴ En effet, les droits et libertés constitutionnels sont désormais partagés par tous et dans toutes les disciplines juridiques.³¹⁶⁵ La QPC permet de purger l'ordre juridique efficacement de même que rapidement³¹⁶⁶ en provoquant des réformes textuelles.³¹⁶⁷ Enfin, il s'agissait pour le législateur de réaffirmer la prééminence de la Constitution sur les autres normes de droit.³¹⁶⁸ C'est également chose faite : la question de la conformité des normes pouvant désormais pleinement être soulevée par le biais de la QPC par tout justiciable, les juridictions judiciaires et administratives ne sont plus tenues de passer par un contrôle « *superfétatoire* »³¹⁶⁹ de conventionalité.³¹⁷⁰

606. Toutefois, ce succès ne saurait cacher que le juge constitutionnel garde un rôle limité en matière de sauvegarde des libertés par rapport notamment à son homologue allemand.³¹⁷¹ Dans ce sens, le système reste dans une large mesure perfectible.³¹⁷² En effet, la juridiction constitutionnelle n'est toujours pas directement saisissable par le citoyen qui devra bien plus passer par le double filtre des juridictions administratives ou judiciaires (en règle générale d'abord des juridictions du fond puis de la juridiction suprême respective) avant de voir sa question éventuellement traitée par le Conseil des sages.³¹⁷³ À cela s'ajoute que le juge du

³¹⁶³ GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le CC est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, 24-2012, *art. cit.*, p. 1178, n° 7 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 166-168, n° 265.

³¹⁶⁴ GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le CC est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, 24-2012, *art. cit.*, p. 1178, n° 7.

³¹⁶⁵ SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 168, n° 266 ; GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le CC est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, 24-2012, *art. cit.*, p. 1178, n° 7.

³¹⁶⁶ V. sur ce point not. GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le CC est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, 24-2012, *art. cit.*, p. 1178, n° 6.

³¹⁶⁷ SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 168, n° 266.

³¹⁶⁸ MATHIEU, Bertrand, « QPC - La guerre des juges n'aura pas lieu - N. jurispr. 576 », *JCP G*, 21-2010, *art. cit.*, p. 1180 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 168, n° 266 ; ROUX, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, p. 53-54, n° 33 ; BERNAUD, Valérie et FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? », *RFD const.*, 5-2008 (HS 2), *art. cit.*, p. 188-189.

³¹⁶⁹ La formule est tirée de GICQUEL, Jean, « Art. 26 », *LPA*, 97-2008, *art. cit.*, p. 78.

³¹⁷⁰ MATHIEU, Bertrand, « QPC - La guerre des juges n'aura pas lieu - N. jurispr. 576 », *JCP G*, 21-2010, *art. cit.*, p. 1080 ; SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 168, n° 266.

³¹⁷¹ C'est ce qui pousse André Roux à dire avec raison que l'exception française en matière de contrôle de constitutionnalité des normes n'a pas disparu, v. « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, p. 54, n° 38.

³¹⁷² Dans ce sens s'exprimait not. Denys de Béchillon dans des débats à ce sujet tel que cité par BERNAUD, Valérie et FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? », *RFD const.*, 5-2008 (HS 2), *art. cit.*, p. 198.

³¹⁷³ *Ibid.*, p. 179-180 et p. 185.

fond lui-même n'est habilité ni à saisir directement le juge constitutionnel, ni à agir sur sa propre initiative.³¹⁷⁴ Cela complique la procédure et la rend assurément moins accessible et attractive pour le justiciable que ne le serait par exemple un recours direct.³¹⁷⁵ Par ailleurs, l'intervention de différentes juridictions est un terreau fertile pour les conflits.³¹⁷⁶ De fait, comme le remarquaient fort à propos Valérie Bernaud et Marthe Stefanini, « *le filtrage par les juridictions supérieures, présent quelque temps en Allemagne, a été expressément rejeté en 1956, celui-ci étant source de tension entre les juridictions ordinaires et les juridictions suprêmes de leur ordre* ». ³¹⁷⁷ Ces dangers sont également bien présents en France³¹⁷⁸ et la Cour de Cassation n'a d'ailleurs pas manqué dès l'introduction de la QPC de faire obstacle à la QPC exprimant avec force toute sa méfiance à l'égard de ce nouveau mécanisme³¹⁷⁹. La réforme a en effet abouti à accorder un formidable pouvoir d'appréciation aux juridictions suprêmes, qui deviennent à leur tour *de facto* juges de la constitutionnalité des lois dans la mesure où, en s'abstenant de saisir le Conseil constitutionnel, elles sont amenées à reconnaître implicitement la constitutionnalité de la disposition législative contestée.³¹⁸⁰ Or, il est établi que ces juridictions ne saisissent le juge constitutionnel que dans une minorité de cas et le risque de faire apparaître des divergences entre la Cour de cassation et le Conseil d'État est latent.³¹⁸¹ La peur exprimée pour justifier l'exigence de filtres d'un encombrement excessif du Conseil constitutionnel à la suite de l'instauration de cette procédure n'a pas été confortée, la réforme n'ayant pas conduit à un déferlement de QPC submergeant les

³¹⁷⁴ *Ibid.*

³¹⁷⁵ Roux, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doct. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, p. 54, n° 33 ; Denys de Béchillon dans des débats à ce sujet tel que cité par BERNAUD, Valérie et FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? », *RFD const.*, 5-2008 (HS 2), *art. cit.*, p. 198.

³¹⁷⁶ Roux, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doct. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, p. 54, n° 33 ; BERNAUD, Valérie et FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? », *RFD const.*, 5-2008 (HS 2), *art. cit.*, p. 193-194.

³¹⁷⁷ BERNAUD, Valérie et FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? », *RFD const.*, 5-2008 (HS 2), *art. cit.*, p. 179.

³¹⁷⁸ *Ibid.* 179-180.

³¹⁷⁹ V. plus haut n. 3132.

³¹⁸⁰ Roux, André, « Le nouveau CC. Vers la fin de l'exception fr. ? - Ét. doct. I, 175 », *JCP G*, 31/35-2008, *art. cit.*, p. 54, n° 36 ; BERNAUD, Valérie et FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? », *RFD const.*, 5-2008 (HS 2), *art. cit.*, p. 179.

³¹⁸¹ Ainsi sur les 2 premières années seules 22 % des QPC dont traitaient le CE et la Cour de Cassation étaient-elles effectivement transmises pour contrôle au CC, v. sur ce point not. GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le CC est-il devenu une Cour suprême ? Doct. 722 », *JCP G*, 24-2012, *art. cit.*, p. 1177, n° 4.

juridictions.³¹⁸² Compte tenu de ces résultats encourageants, il semble tout à fait envisageable d'étendre encore un peu plus le contrôle de constitutionnalité en permettant par exemple au Conseil constitutionnel d'opérer lui-même le filtrage ou tout du moins de supprimer le filtre des juridictions suprêmes, la qualification professionnelle des juges du fond étant à même de garantir un contrôle « technique » suffisant de la QPC.³¹⁸³ Enfin, le Conseil des Sages reste plus timoré dans ses contrôles³¹⁸⁴ que la Cour fédérale constitutionnelle allemande. À titre d'exemple, cette juridiction refusait jusqu'à récemment d'examiner l'opportunité du recours à des procédures d'exception sous prétexte de ne pas vouloir empiéter sur la compétence exclusive du législateur pour concilier les objectifs de la procédure pénale.³¹⁸⁵ Ce n'est que lors de l'examen de la loi dite « Perben II » du 9 mars 2004 que le Conseil reconnut l'importance d'un contrôle de nécessité et de proportionnalité des dispositions dérogatoires prévues par le législateur, la vérification désormais admise demeurant toutefois pour le moins minimaliste.³¹⁸⁶ La juridiction constitutionnelle se borne ici en effet pour l'essentiel à s'assurer que les infractions faisant l'objet de règles dérogatoires répondent aux critères de gravité et de complexité et que le législateur n'a pas porté d'atteinte manifestement disproportionnée aux droits et libertés constitutionnellement protégés, sans aborder dans le fond les contours de ces droits, afin de définir clairement les limites aux règles prévues en matière dérogatoire.³¹⁸⁷ On mesure bien l'impact de cette timidité dans l'examen des règles dérogatoires à la garde à vue.³¹⁸⁸ Cela est d'autant plus préoccupant que les tendances abusivement répressives du législateur déjà dénoncées à plusieurs reprises constituent, selon nous, justement l'un des problèmes majeurs de la procédure pénale française que le Conseil

³¹⁸² V. les derniers chiffres CC, « Bilan statistique au 30 septembre 2017 », 2018, *rap. préc.*

³¹⁸³ Pour une proposition similaire v. not. BERNAUD, Valérie et FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? », *RFD const.*, 5-2008 (HS 2), *art. cit.*, p. 180-182.

³¹⁸⁴ En ce sens égal. TOULLIER, Marc, « Quelle politique criminelle (droits de la défense/ procédures dérogatoires) ? », *Arch. po. crim.*, 37-2015, *art. cit.*, p. 61.

³¹⁸⁵ V. p. ex. CC, déc. du 20.01.1981, n° 80-127 DC, Loi sécurité et liberté, publiée au *JO* du 22.01.1981, p. 308, ici spéc. considérant n° 62 de laquelle ressort not. qu'il appartient au législateur d'assurer « la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle ».

³¹⁸⁶ V. CC, déc. n° 2004-492 DC du 02.03.2004, *JO* 15.03.2004, p. 4637, not. n° 6 ; sur le caractère minimaliste du contrôle, v. not. TOULLIER, Marc, « Quelle politique criminelle (droits de la défense/ procédures dérogatoires) ? », *Arch. po. crim.*, 37-2015, *art. cit.*, p. 61-62 ; ALIX, Julie, *Terrorisme et droit pénal: étude critique des incriminations terroristes*, Paris, France, Dalloz, 2010, p. 354, n° 441.

³¹⁸⁷ V. CC, déc. préc. en n. 3186 du 02.03.2004, ici spéc. n° 16 et 19. V. aussi les réf. doctr. préc. en n. 3186.

³¹⁸⁸ TOULLIER, Marc, « Quelle politique criminelle (droits de la défense/ procédures dérogatoires) ? », *Arch. po. crim.*, 37-2015, *art. cit.*, p. 62.

constitutionnel pourrait contribuer à solutionner en procédant à un contrôle plus efficace, à l'image de celui de la Cour fédérale constitutionnelle allemande. Or, bien loin de renforcer le processus de vérification des procédures dérogatoires particulièrement intrusives, on dénote bien plus un relâchement du contrôle constitutionnel ces dernières années qui ne manque pas d'alarmer.³¹⁸⁹

607. Indépendamment de l'efficacité et l'influence des juridictions constitutionnelles respectives, il est toutefois évident que celles-ci ne sauraient en tout état de cause résoudre l'ensemble des problèmes du contentieux de la procédure pénale qui relèvent ici principalement des juridictions judiciaires, le législateur ayant à cet effet prévu certains recours spécifiques pour la victime (B) et le mis en cause (C).

B – Des possibilités d'action réservées à la victime contrastées des deux côtés du Rhin

608. Concernant les recours ouverts à la victime, la procédure pénale française propose par le biais de l'action civile un mécanisme régulateur du principe d'opportunité beaucoup plus complet et efficace (1) que les dispositifs allemands épars et marginalement mis en pratique du fait de leur complexité (2), ce qu'il convient désormais de démontrer.

1) L'action civile à la française comme mécanisme régulateur puissant et effectif du principe d'opportunité

609. L'action civile nous intéresse ici particulièrement en ce qu'elle représente un instrument puissant de la procédure pénale française face à l'éventuelle inertie du ministère public qui, informé des faits, ne jugerait pas opportun de poursuivre, en permettant aux victimes d'une infraction pénale commise de se constituer partie civile par le biais de la voie d'action.³¹⁹⁰ Ce procédé a pour conséquence de priver le procureur de son pouvoir de classer

³¹⁸⁹ En ce sens not. LAZERGES, Christine, « Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », *Cah. CC*, n° 26, août 2009, p. 34, en ligne : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-role-du-conseil-constitutionnel-en-matiere-de-politique-criminelle>>, consulté dernièrement le 14.11.2018 ; TOULLIER, Marc, « Quelle politique criminelle (droits de la défense/ procédures dérogatoires) ? », *Arch. po. crim.*, 37-2015, art. cit., p. 66.

³¹⁹⁰ V. concernant l'importance de ce mécanisme not. PIN, Xavier, « Le centenaire de l'arrêt Laurent-Atthalin », *Rec. Dal.*, 15-2007, art. cit., p. 1025 ; MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, op. cit., p. 97-98 ; MISSION MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès », *rap. préc.*, 2004, p. 138-139 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 695-696, n° 742.

sans suite pour des raisons d'opportunité et de mettre l'action publique en mouvement.³¹⁹¹ Par ailleurs, la constitution de partie civile confère à la victime la qualité de partie au procès pénal au titre de laquelle elle bénéficiera de droits lui permettant d'influer sur les investigations menées.³¹⁹²

610. Action en réparation tendant à l'indemnisation d'un dommage, l'action civile est pareillement en dépit du mutisme de l'art. 2 du CPP, une action à finalité répressive dans le sens où elle déclenche l'action publique si celle-ci n'a pas déjà été mise en œuvre par le ministère public.³¹⁹³ Elle a donc une nature dualiste à la fois indemnitaire et vindicative qui constitue l'un de ses traits caractéristiques.³¹⁹⁴

611. Elle est avant tout essentiellement réparatrice du dommage, qui s'entend principalement du préjudice corporel, matériel mais aussi moral subi par la victime de l'infraction et peut résider dans le détournement, la soustraction ou la saisie de certains biens par suite ou à cause de l'infraction ainsi que dans le paiement des frais occasionnés par le procès pénal.³¹⁹⁵ Certes, il est possible de douter de cette finalité alors que l'action civile est régulièrement exercée, moins pour obtenir une réparation que pour voir punir l'auteur de l'infraction, ce qui est le cas lorsque la victime ne réclame qu'une réparation symbolique,³¹⁹⁶

³¹⁹¹ Cela vaut depuis l'arrêt Atthalin, Cass. crim., déc. du 08.12.1906, publiée au *bull.* n° 443. V. à ce sujet not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 313-314, n° 345-346 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 695-696, n° 742.

³¹⁹² V. e. a. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 317-318, n° 350 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 694-695, n° 740. Se rapporter égal. aux dév. aux n° 885 et s., p. 787 et s.

³¹⁹³ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 286, n° 314.

³¹⁹⁴ La nature de l'action civile est très controversée. Nous suivons ici l'opinion e. a. de GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 718, n° 1181 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 287-288, n° 314 ; BOULAN, Fernand, « Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive, I (doctr.), 2563 », *JCP G*, 1973 ; défendant au contraire l'unicité de l'action civile poursuivant la seule réparation d'un dommage causé par une infraction VOUIN, Robert, « L'unique action civile, chron. XXXIX », *Rec. Dal.*, 1973, *art. cit.* ; considérant qu'il y aurait lieu de distinguer entre l'action civile en réparation, simple action en responsabilité, et le droit de participer au procès pour corroborer ou appuyer l'action civile, que l'auteur appelle « *action innommée d'ordre principalement vindicatif* », BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 30-36.

³¹⁹⁵ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 220-221, n° 257 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 255, n° 399.

³¹⁹⁶ Ainsi la haute juridiction déclarait-elle p. ex. dans un cas d'espèce que « *l'accusé ne saurait faire obstacle à l'intervention, au cours du débat sur l'action publique, d'une partie civile régulièrement constituée et qui réclame la réparation d'un préjudice résultant de l'infraction poursuivie* » en proposant à cette dernière de lui offrir le montant symbolique d'un franc qu'elle réclamait avant qu'elle ne prenne la parole à l'audience (le prévenu entendait par ce stratagème exclure la victime des débats), v. Cass. crim., déc. du 20.10.1966, n° 65-93.810, publiée au *bull.* n° 235.

se constitue partie civile devant un tribunal incompétent³¹⁹⁷ ou le plus souvent dans l'hypothèse où une action est exercée par une association^{3198, 3199}. À noter que la jurisprudence elle-même admet à cet égard, sur le fondement de l'art. 418 al. 3 du CPP, que la victime puisse se constituer partie civile sans pour autant réclamer de dommages-intérêts.³²⁰⁰ Mais, la réparation s'étendant au préjudice moral, il semble possible de percevoir dans chaque action civile, même en l'absence de demande explicite de dommages-intérêts quand celle-ci est en apparence purement répressive, l'objectif implicite d'une réparation – ne fût-elle que symbolique – du dommage moral qui en constitue le fondement.³²⁰¹ La jurisprudence rappelle d'ailleurs fréquemment que l'objet essentiel de l'action civile reste avant tout la réparation du préjudice résultant de l'infraction qui doit être intégrale³²⁰² et pour laquelle le juge ne saurait retenir une indemnité forfaitaire de principe^{3203, 3204}.

612. Cet aspect indemnitaire n'en efface pas pour autant le caractère vindicatif de l'action civile française,³²⁰⁵ puisque celle-ci est susceptible de mettre en mouvement l'action publique

³¹⁹⁷ V. p. ex. récemment not. Cass., crim., déc. du 30.06.2009, n° 08-85.954, publiée au *bull.* n° 139 : « *L'intervention d'une partie civile peut n'être motivée que par le souci d'établir l'existence de l'infraction et de corroborer l'action publique. Dès lors la constitution de partie civile est recevable quand bien même la réparation du dommage causé par l'infraction échapperait à la compétence de la juridiction répressive.* »

³¹⁹⁸ C'est ce qui justifie le principe général selon une jurisprudence constante depuis Cass. crim., déc. du 18.10.1913, reproduite dans *Gaz. Pal.*, 1913, 2^e semestre (348-349), p. 603 : un groupement ne peut en principe pas se constituer partie civile pour demander réparation du dommage causé par une infraction à des intérêts collectifs de portée générale puisque le préjudice dont il se prévaut résulte d'un trouble aux intérêts généraux de la société dont la réparation est déjà assurée par l'action publique, v. plus récemment égal. Cass. crim., déc. du 06.03.1990, n° 88-81.385, publiée au *bull.* 104, p. 270. Concernant ce principe et ses tempéraments, se rapporter aux n° 616, p. 552 et s.

³¹⁹⁹ V. à ce sujet not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 220-221, n° 257 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 255, n° 399.

³²⁰⁰ Cass. crim., déc. du 15.03.1977, n° 75-91.220, publié au *bull.* n° 94, p. 224 : « *L'intervention d'une partie civile peut n'être motivée que par le souci de corroborer l'action publique et d'obtenir que soit établie la culpabilité du prévenu. Dès lors, la constitution de partie civile doit être accueillie à ces fins, quand bien même il serait allégué, ou démontré que la réparation du dommage causé par l'infraction échapperait à la compétence de la juridiction répressive* » ; Cass. crim., déc. du 08.06.1971, n° 69-92.311, publiée au *bull.* n°182, p. 457 ; plus récemment not. Cass. crim., déc. du 18.05.1998, n° 97-82.470, inédite. Critiques quant à cette jurispr. not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 322, n° 361, qui doute de l'interprétation que fait la Cour de l'art. 418 al. 3 du CPP ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 222, n° 258 selon lesquels cette jurisprudence ne concerne que la recevabilité de l'action civile et ne signifie pas qu'une action civile non rattachée à une demande de dommages-intérêts soit fondée.

³²⁰¹ En ce sens p. ex. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 288, n° 314.

³²⁰² V. p. ex. Cass. crim., déc. du 24.02.2009, n° 08-83.956, publiée au *bull.* n° 43 ; Cass. crim., déc. du 29.06.2010, n° 09-82.462, publiée au *bull.* n° 118.

³²⁰³ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 10.02.2009, n° 08-85.167, publiée au *bull.* n° 29.

³²⁰⁴ V. à ce propos not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 222, n° 258.

³²⁰⁵ D'avis contraire not. VOUIN, Robert, « L'unique action civile, chron. XXXIX », *Rec. Dal.*, 1973, qui défend l'unicité de l'action civile reposant sur l'objectif de la seule réparation d'un dommage causé par une infraction.

en cas d'inertie du parquet, du fait que le tribunal appelé soit effectivement compétent³²⁰⁶ ou que la victime ait demandé une réparation, cette dernière pouvant poursuivre l'unique objectif de corroborer l'action publique afin d'obtenir que soit établie la culpabilité³²⁰⁷.³²⁰⁸ Elle obéit en ce sens à des règles évidemment bien différentes de celles applicables en responsabilité délictuelle purement civile.³²⁰⁹ Ce sont ces raisons qui justifient selon nous pleinement de parler d'une action civile à deux visages, pour reprendre l'image du Professeur Jean Pradel, tel le « *demi-dieu romain Janus bifrons* », qui poursuit deux finalités et présente une double nature.³²¹⁰

613. Malgré l'importance de sa nature vindicative, il serait toutefois à notre sens exagéré d'en conclure que l'action civile est mise sur le même plan que l'action publique.³²¹¹ En effet, dans le régime procédural mixte à dominante inquisitoire qu'est la procédure française, il est clair que la responsabilité de mettre en œuvre l'action publique relève prioritairement des magistrats, la victime ne pouvant occuper qu'un rôle accessoire ou secondaire, non pas dans le sens péjoratif d'insignifiant mais plus de subsidiaire.³²¹² Autrement dit, la position accordée à la victime correspond en quelque sorte à une « *dose* » de procédure accusatoire dans un système pénal mixte à dominante inquisitoire.³²¹³ Ce caractère accessoire de l'action civile ressort de la logique structurelle et textuelle même de l'art. 1 du Code de procédure pénale qui érige la mise en mouvement de l'action publique par le ministère public dans son premier alinéa en principe avant de préciser le rôle secondaire de la victime qui « *peut aussi* » déclencher l'action publique selon les conditions légales déterminées (al. 2).³²¹⁴

³²⁰⁶ Se rapporter ici à la jurispr. préc. en n. 3197.

³²⁰⁷ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3200.

³²⁰⁸ V. à ce propos not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 222-223, n° 259.

³²⁰⁹ *Ibid.*

³²¹⁰ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 288, n° 314 ; en ce sens égal. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 221-224, n° 258-259 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 717-719 n° 1180-1182.

³²¹¹ Tel que le considèrent p. ex. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 313, n° 345, qui estiment que le droit pour la partie lésée de mettre l'action publique en mouvement, malgré la négligence ou même contre le gré du ministère public, place celle-ci sur un pied d'égalité avec le parquet ; WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren, op. cit.*, p. 486.

³²¹² En ce sens not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 716, n° 1178.

³²¹³ *Ibid.*

³²¹⁴ *Ibid.*

614. Il existe une étroite dépendance de l'action civile par rapport à l'action publique.³²¹⁵ Cette dernière conditionne d'abord logiquement l'existence de l'action civile, une indemnisation de la victime pénale n'étant possible que consécutivement à une infraction punissable génératrice de ce préjudice.³²¹⁶ Elle déterminera ensuite également les modalités d'exercices du recours dans le sens où la victime mettra en œuvre différemment son droit selon le comportement du procureur : par le biais de l'action si ce magistrat n'a pas déclenché les poursuites ou par la voie de l'intervention dans l'hypothèse inverse.³²¹⁷ Ce lien de dépendance de l'action civile par rapport à l'action publique explique aussi les deux règles opératoires dans l'exercice de l'action civile selon lesquelles le criminel a autorité sur le civil qu'il tient consécutivement en l'état (art. 4 al. 2 CPP).³²¹⁸ Enfin, parce qu'elle poursuit aussi un but indemnitaire, il s'agit nécessairement d'un droit exceptionnel en ce qu'il n'entre pas dans la compétence naturelle du juge pénal de connaître de l'indemnisation d'un préjudice.³²¹⁹ C'est ce caractère exceptionnel qui justifie les conditions strictes posées à son existence, la victime pénale devant justifier d'un préjudice certain et personnel directement causé par l'infraction.³²²⁰ C'est la raison pour laquelle la jurisprudence de la haute juridiction a toujours affirmé que l'exercice de « l'action civile devant les tribunaux répressifs est un droit exceptionnel, qui en raison de sa nature, doit être enfermé dans les limites strictes posées par le Code de procédure pénale ». ³²²¹

615. Toutefois, il est permis de douter du caractère exceptionnel de l'action civile alors qu'elle reste très usitée en pratique,³²²² le justiciable recourant particulièrement volontiers au mécanisme de la plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction qui représentait, en 2016, 21 % des saisines de ce magistrat³²²³.

³²¹⁵ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 313, n° 345 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 719, n° 1183 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 683, n° 724.

³²¹⁶ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3215.

³²¹⁷ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 719, n° 1184 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 307, av. n° 337 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 689, n° 733.

³²¹⁸ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 719, n° 1183.

³²¹⁹ *Ibid.*, p. 718-719, n° 1182 et 1184.

³²²⁰ *Ibid.*, p. 719, n° 1184.

³²²¹ V. not. Cass. crim., déc. du 10.12.1969, n° 68-91.847, publiée au *bull.* n° 337 ; Cass. crim., déc. du 30.10.2002, n° 02-82.041, inédite ; Cass. crim., déc. du 25.09.2007, n° 05-88.324, publiée au *bull.* n° 220 et plus réc. Cass., 1^e civ., déc. du 26.09.2018, n° 17-16.089, publiée au *bull.*

³²²² V. en ce sens p. ex. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 720, n° 1184.

³²²³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Références statistiques Justice pour l'année 2017 », 2018, *rap. préc.*, p. 130, sous 13.4 ; constatant l'augmentation passée inquiétante des constitutions de parties civiles e. a. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2018, p. 315, n° 347 ; GUÉRY, Christian, « Le juge d'instruction et le voleur de

616. À côté de la pleine reconnaissance du caractère vindicatif de l'action civile française que nous venons d'évoquer, trois aspects caractéristiques nous semblent ici expliquer le succès de ce dispositif auprès du justiciable français.

617. La première spécificité tient d'abord à la règle « *le criminel tient le civil en l'état* » ancrée à l'art. 4 al. 2 du CPP selon laquelle il est sursis au jugement de l'action civile exercée devant la juridiction civile, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement.³²²⁴ La primauté du jugement pénal encouragerait ici le justiciable à recourir à la juridiction répressive, parfois à de seules fins dilatoires afin de retarder l'issue d'une instance civile où il était défendeur.³²²⁵

618. Le second trait caractéristique concerne la possibilité pour certains groupements d'intérêts généraux de recourir à l'action civile en dehors des conditions spécifiques de l'art. 2 al. 1 du CPP qui exige généralement la qualité de victime de la partie civile, c'est-à-dire, qu'elle puisse se prévaloir d'un préjudice certain, personnel et direct.³²²⁶ En principe, en l'absence d'habilitation législative expresse,³²²⁷ de tels groupements ne pourront se constituer partie civile que s'ils sont en mesure de faire valoir la défense d'un intérêt personnel, ou dans certains cas, de l'intérêt personnel de leurs membres, qui ne saurait résulter d'un trouble aux intérêts collectifs de portée générale.³²²⁸ Cela se justifie notamment par le fait que le préjudice dont se prévaut le groupement résulte d'un trouble aux intérêts généraux de la société dont la réparation est normalement déjà assurée par l'action publique

pommes », *Rec. Dal.*, 24-2003, *art. cit.*, p. 1575-1581, n° 5 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 696, n° 743 ; MISSION MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès », *rap. préc.*, 2004, p. 137-138.

³²²⁴ Sur ce point not. BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 13 et 28 ; MISSION MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès », *rap. préc.*, 2004, p. 139 et s. ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 696, n° 743 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 315, n° 347.

³²²⁵ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3224.

³²²⁶ WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren, op. cit.*, p. 487, qui souligne cet aspect comme l'une des spécificités de l'action civile française ; en ce sens égal. PIN, Xavier, « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.*, 2-2002, *art. cit.*, p. 63.

³²²⁷ Les associations spécialement habilitées par la loi sont listées aux art. 2-1 – 2-24 du CPP.

³²²⁸ Il s'agit ici d'une jurisprudence constante depuis Cass. crim., déc. du 18.10.1913, reproduite reproduite dans *Gaz. Pal.*, 1913, 2^e semestre (348-349), p. 603. V. à ce propos e. a. égal. LORRAIN, Rémi, « La problématique de la partie civile des fondations », *Dal. act.*, 11 septembre 2014 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 252-253, n° 285.

conduite par le procureur.³²²⁹ Mais, il est arrivé à la haute juridiction d'admettre certaines exceptions en interprétant le droit interne,³²³⁰ semble-t-il parfois à la lumière des conventions internationales notamment en matière de corruption, lorsqu'elle estime la loi interne non conforme³²³¹. Ainsi admit-elle par exemple dans l'affaire dite « *des biens mal acquis* » la recevabilité de l'action civile de l'association, à l'époque non habilitée par le législateur Transparence International en raison de « *la spécificité, du but et de l'objet de la mission* » de l'association ouvrant par là une réelle possibilité pour les groupements d'intérêts généraux de faire valoir un intérêt collectif devant les juridictions pénales.³²³² Elle préfigura en ce sens la modification résultant de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la grande délinquance économique et financière qui, suivant les préconisations de l'OCDE dans ses divers rapports, est venue peu de temps après consacrer cette jurisprudence à l'art. 2-23 du CPP.³²³³ Toutefois, s'il est vrai que les habilitations législatives se sont multipliées ces dernières années,³²³⁴ et qu'il est arrivé à la jurisprudence de déroger à la règle, le principe général demeure bien celui de l'irrecevabilité de l'action des associations et autres

³²²⁹ V. not. Cass. crim, déc. du 06.03.1990, n° 88-81.385, publiée au *bull.* n° 104, p. 270. V. à ce propos e. a. égal. LORRAIN, Rémi, « La problématique de la partie civile des fondations », *Dal. act.*, 11.09.2014, *art. cit.* ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 252-253, n° 285.

³²³⁰ V. à ce propos p. ex. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 335-336, n° 379, qui parle à cet effet d'un certain assouplissement de la jurisprudence.

³²³¹ Sur l'importance des conventions internationales dans la jurisprudence de la Cour de cassation not. FORTAS, Anne-Catherine, « La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *Rev. sc. crim.*, n° 1, mars 2014, p. 25-47, sur l'influence de la convention de Mérida dans l'affaire des biens mal acquis, v. spéc. p. 38-42.

³²³² Dans cette affaire dite des « *bien mal acquis* », l'association Transparence International France, organisation non gouvernementale anti-corruption, avait porté plainte avec constitution de partie civile contre 3 chefs d'Etat étrangers et certaines personnes de leur entourage, pour détournement de fonds publics, abus de biens sociaux, blanchiment, complicité de ces délits, abus de confiance et recel, faisant valoir que des biens provenant de ces infractions étaient détenus par les personnes en cause, sur le territoire français. La chambre d'instruction avait infirmé l'ordonnance du magistrat instructeur aux motifs que la partie civile ne justifiait pas d'un préjudice personnel, économique, directement causé par les infractions dénoncées et entendait de la sorte se substituer à l'État dans l'exercice de l'action publique. Saisie par l'association, la haute juridiction censure la décision de la chambre d'instruction en estimant que « *les délits poursuivis, spécialement le recel et le blanchiment en France de biens financés par des détournements de fonds publics, eux-mêmes favorisés par des pratiques de corruption mais distincts de cette infraction, seraient de nature à causer à l'association Transparence International France un préjudice direct et personnel en raison de la spécificité du but et de l'objet de sa mission* », Cass. crim., déc. du 09.11.2010, n° 09-88.272, inédite.

³²³³ ROBERT, Hervé, « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent - À propos de la loi du 6 décembre 2013 - Et. n° 182 », *JCP G*, n° 6, février 2014, sur ce point spéc. n° 27. Se rapporter à l'ensemble de l'art. pour un comm. de la loi n° 2016-1117 ; v. pour un comm. de cette loi égal. CUTAJAR, Chantal, « Le nouvel arsenal de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière - Aperçu rapide n° 1366 », *JCP G*, n° 52, décembre 2013, p. 2369-2372.

³²³⁴ Dénonçant cette tendance législative not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 739, n° 1122.

groupements fondée, sur la seule défense de l'intérêt collectif qui constitue leur objet social.³²³⁵

619. Enfin, la dernière spécificité française favorisant l'intervention de la partie civile par voie d'action tient au faible formalisme, notamment de la constitution de partie civile avec plainte devant le juge d'instruction, qui explique que cette forme de la voie d'action soit nettement plus usitée que le deuxième mode ouvert à la victime, soit la citation directe.³²³⁶

620. La citation directe est envisageable lorsque l'infraction reprochée est une contravention, pour laquelle il ne pourra en principe pas être ouvert d'instruction, ou un délit, pour lequel le recours au magistrat instructeur n'est que facultatif.³²³⁷ Cette forme d'action directe n'est en effet possible que devant le tribunal de police ou le tribunal correctionnel (art. 388, 392, 531) et dans l'hypothèse d'un auteur de l'infraction connu.³²³⁸ Dans les autres cas, la victime ne pourra saisir la juridiction répressive qu'en se constituant partie civile devant le juge d'instruction également possible quand l'auteur de l'acte est inconnu.³²³⁹ La citation directe est également ouverte à la victime lorsqu'il s'agit d'un délit dont l'instruction n'est que facultative, si elle estime qu'une information est utile ou nécessaire à l'établissement des faits ainsi qu'à la manifestation de la vérité.³²⁴⁰ En pratique, c'est très majoritairement cette voie que la victime privilégiera.³²⁴¹ En effet, la citation directe de la victime se présente comme un exploit d'huissier et est soumise en tant que telle aux mêmes lourdes conditions de formes que celles valant pour la citation directe délivrée par le procureur énoncée

³²³⁵ Ainsi la haute juridiction manifestait-elle à plusieurs occasions après sa déc. des biens mal acquis, qu'elle n'avait pas souhaité par cette jurisprudence, d'ailleurs non publiée, renoncer aux conditions légales strictes de principe posées à la recevabilité d'une plainte d'un groupement d'intérêt général, v. not. Cass. crim., déc. du 11.10.2017, n° 16-86.868, publiée au *bull.* et Cass. crim., déc. du 31.01.2018, n° 17-80.659, publiée au *bull.* À ce sujet dans la doct. égal. LORRAIN, Rémi, « La problématique de la partie civile des fondations », *Dal. act.*, 11.09.2014, *art. cit.* ; BOULOC, Bernard, « L'irrecevabilité de la constitution de partie civile d'une association de lutte contre la corruption - Note n° 316 sous l'arrêt Cass. crim., déc. du 31.01.2018, n° 17-80.659 », *JCP G*, n° 12, mars 2018, p. 540.

³²³⁶ Soulignant ce caractère peu formaliste de la constitution de partie civile not. Cass. crim., déc. du 15.05.2002, n° 01-83.337, publiée au *bull.* n° 116, p. 409 ; Cass. crim., déc. du 19.09.2006, n° 06-80.674, publiée au *bull.* n° 227, p. 800. V. égal. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 311, n° 343 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 691, n° 736 ; BONFILS, Philippe, « Il faut sauver la jurisprudence Atthalin », *Rec. Dal.*, 19-2010, *art. cit.*, p. 1153-1154 ; du même auteur, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 28 et 90.

³²³⁷ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 311, n° 342 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 694, n° 738.

³²³⁸ Se rapporter à l'ens. des réf. préc. en n. 3237.

³²³⁹ Se rapporter à l'ens. des réf. préc. en n. 3237.

³²⁴⁰ Se rapporter à l'ens. des réf. préc. en n. 3237.

³²⁴¹ BONFILS, Philippe, « Il faut sauver la jurisprudence Atthalin », *Rec. Dal.*, 19-2010, *art. cit.*, p. 1153-1154.

antérieurement.³²⁴² La victime devra elle-même apporter les preuves de son droit et en pratique verra généralement le parquet se désintéresser de ses poursuites, lorsqu'il n'y est pas ouvertement hostile.³²⁴³ À l'inverse, il suffit pour la plainte avec constitution de partie civile, en principe d'une lettre écrite, datée et signée par la partie lésée et adressée au juge d'instruction ou au doyen des juges d'instruction, s'ils sont plusieurs ou même d'une simple déclaration de la victime à ce magistrat consignée par lui-même sur un procès-verbal.³²⁴⁴ Ces exigences satisfaites, le juge d'instruction peut entendre à titre complémentaire le plaignant et transmet par une « ordonnance de soit-communié » la plainte au procureur en vue d'obtenir ses réquisitions (art. 86 al. 1 et 3 CPP). La personne qui se constitue de la sorte partie civile n'est de surcroît pas tenue de rapporter la preuve ni de l'infraction, ni de son préjudice, puisque ce sont les objets de l'instruction.³²⁴⁵ La jurisprudence décide en effet qu' « *il suffit, pour qu'une constitution de partie civile soit recevable, que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction* ». ³²⁴⁶ Par ailleurs, indépendamment du mode d'action choisi par victime, celle-ci devra remplir deux obligations : ³²⁴⁷ Elle devra d'abord indiquer à la juridiction un point géographique de rattachement.³²⁴⁸ Ensuite, de manière plus contraignante elle devra en principe verser une consignation.³²⁴⁹ Le juge d'instruction (en cas de constitution de partie civile, art. 88 CPP) ou le tribunal (dans l'hypothèse d'une citation directe, art. 392-1 al. 1 *in fine* et al. 2 CPP) fixeront en fonction des ressources de la partie civile un montant de consignation, que celle-ci – si elle n'a pas obtenu l'aide juridictionnelle

³²⁴² LEROY, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 281, n° 450 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 691, n° 736. Se rapporter à ce propos également au n° 408, p. 372 et s. de cette thèse.

³²⁴³ BONFILS, Philippe, « Il faut sauver la jurisprudence Atthalin », *Rec. Dal.*, 19-2010, art. cit., p. 1153-1154 ; du même auteur, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, art. cit., n° 28. Particulièrement éloquente en la matière fut ici l'affaire de Nanterre déjà évoquée précédemment au n° 216, p. 221 et s. de cette thèse où l'hostilité du procureur Courroye déclencha même une véritable « *guerre des magistrats* » alors que la partie civile avait doublé sa plainte devant le procureur d'une citation directe, outre les dév. préc. dans cette thèse, v. à ce sujet not. SAINT-PIERRE, François, « Réforme de l'instruction : 2010, l'année de la crise aiguë », *AJP*, 10-2010, art. cit., p. 428-429.

³²⁴⁴ BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, art. cit., n° 99 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 311, n° 343 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 281, n° 450.

³²⁴⁵ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 691-692, n° 736.

³²⁴⁶ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 06.10.1964, n° 64-90.560, publiée au *bull.* n° 256.

³²⁴⁷ GIUDICELLI, André, « Action civile devant le juge pénal, Chapitre 1223 », dans P. LE TOURNEAU (éd.), *Droit de la responsabilité et des contrats - Régimes d'indemnisation 2018-2019*, Dalloz, novembre 2017, n° 1223.81 et 1223.82 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 692-693, n° 737.

³²⁴⁸ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3247.

³²⁴⁹ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3247.

et si le juge ne l'en dispense pas – devra déposer au greffe, et le délai dans lequel celle-ci devra être faite.

621. Ces conditions favorables ont contribué très certainement à conférer une grande importance aux victimes dans la procédure pénale contemporaine française qui a pu à juste titre faire douter du caractère exceptionnel de l'action civile et paraître excessive, voire inquiétante.³²⁵⁰ Cela est d'autant plus vrai que ces craintes d'un dévoiement de l'action publique par les victimes se sont matérialisées dans la pratique :³²⁵¹

622. Les constitutions de parties civiles se sont multipliées, altérant la marche de la justice qui s'en trouvait ralentie.³²⁵² Face à la difficulté de trouver des données statistiques exactes à ce sujet autour des années 2000,³²⁵³ on ne peut ici que se fonder sur les chiffres évoqués dans divers articles d'alors : ainsi le doyen des juges d'instruction de Nice en 2003, Christian Guéry indiquait-il que ces dossiers représentaient un quart voire un tiers des ouvertures de chaque cabinet d'instruction.³²⁵⁴ Le rapport « célérité et qualité de la justice » déposé par la commission Magendie en juin 2004 faisait également état d'un constat similaire relevant qu'à la fin de l'année 2000, les plaintes avec constitution de partie civile représentaient 25 à 40 % du total des saisines, cette proportion atteignant dans certains cabinets spécialisés en matière économique et financière parfois 80 % !³²⁵⁵ Or, les nombreux non-lieux (dont la proportion était estimée dans les années 2000 à près de 80 %) auxquels elles conduisaient laisser présager un manque de sérieux manifeste d'une grande partie d'entre elles.³²⁵⁶ Les cabinets d'instruction étaient encombrés d'affaires ne méritant pas véritablement d'instruction poussant les magistrats instructeurs à se décharger d'une partie de leurs tâches insignifiantes sur les experts et les policiers, développant la pratique des commissions rogatoires

³²⁵⁰ V. sur ce phénomène not. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 282-283, n° 453-456 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 696, n° 743 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 315, n° 347 ; BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 28.

³²⁵¹ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3250.

³²⁵² V. l'ens. des réf. préc. en n. 3250.

³²⁵³ Alertant sur cette difficulté not. WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren, op. cit.*, p. 488.

³²⁵⁴ GUÉRY, Christian, « Le juge d'instruction et le voleur de pommes », *Rec. Dal.*, 24-2003, *art. cit.*, n° 5.

³²⁵⁵ MISSION MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès », *rap. préc.*, 2004, p. 137, 3^e Partie, sous le chap. 2, sect. 1. L'auteur Xavier Pin établissait un bilan plus modéré, les plaintes sur constitution de partie civile devant le magistrat instructeur représentant selon lui en 2006 20 % des ouvertures d'informations qui pour 65 % d'entre-elles étaient clôturées par des ordonnances de non lieu confirmées en appel, v. « Les victimes d'infractions, définitions et enjeux », *Arch. po. crim.*, n° 1, 2006, p. 64.

³²⁵⁶ MISSION MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès », *rap. préc.*, 2004, p. 137, 3^e partie, sous le chap. 2, sect. 1. V. égal. BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 13.

générales.³²⁵⁷ Certains plaideurs civils abusaient de la procédure pénale afin de réunir par exemple plus aisément des preuves (telles les perquisitions ou expertises) en vue d'un procès civil³²⁵⁸ ou tout bonnement pour retarder l'issue de l'instance civile en application de la règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'état³²⁵⁹. Enfin, certaines saisines poursuivaient un simple objectif de publicité, la justice pénale se révélant parfois particulièrement stigmatisante.³²⁶⁰

623. Il nous semble néanmoins que le législateur et la jurisprudence ont ici adopté une série de mesures qui ont, notamment ces dernières années, permis d'enrayer la prolifération des constitutions de parties civiles abusives, le nombre de constitutions de parties civiles avec plainte devant le juge d'instruction s'étant notamment stabilisé ces dernières années, alors qu'il représentait 23 % des saisines du magistrat instructeur en 2017³²⁶¹.³²⁶² Il convient d'abord de préciser, que si la constitution de partie civile de la victime lui ouvre des droits importants, dont celui de corroborer l'action publique, elle entraîne pareillement des conséquences défavorables.³²⁶³ Dans un premier temps, la partie lésée ne pourra plus témoigner dans sa propre cause mais seulement être entendue à titre informatif sans prestation de serment (art. 335 n° 6 CPP) et devra verser une consignation, comme nous l'avons évoqué précédemment. Cette dernière mesure ne s'est certes pas tout de suite révélée aussi dissuasive que le législateur l'avait escompté, puisque le montant est en principe

³²⁵⁷ Sur ce point not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 696, n° 743 ; GUÉRY, Christian, « Le juge d'instruction et le voleur de pommes », *Rec. Dal.*, 24-2003, *art. cit.*, p. 1575-1581, n° 5 ; MISSION MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès », *rap. préc.*, 2004, p. 137-138.

³²⁵⁸ V. not. GUÉRY, Christian, « Le juge d'instruction et le voleur de pommes », *Rec. Dal.*, 24-2003, *art. cit.*, n° 10.

³²⁵⁹ V. sur ce point not. les dév. détaillés de BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 13 et 27.

³²⁶⁰ V. not. GUÉRY, Christian, « Le juge d'instruction et le voleur de pommes », *Rec. Dal.*, 24-2003, *art. cit.*, n° 11 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 696, n° 743.

³²⁶¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Références statistiques Justice pour l'année 2017 », 2018, *rap. préc.*, p. 130, sous 13.4 ; les deux rapports statistiques précédents disponibles sur le site du ministère de la justice constataient déjà ces mêmes proportions en 2014 et 2015 (rap. correspondant pour l'année 2015, p. 119 et pour l'année 2014 p. 120).

³²⁶² Du moins si l'on se fonde sur les chiffres préc. au n° 622 p. 556, v. spéc. n. 3255 de l'auteur Christian Guéry et de la commission Magendie. S'il s'agit selon nous définitivement d'une diminution (notamment si l'on considère les valeurs absolues, puisque le nombre d'instructions n'a lui-même cessé de diminuer), ces données nous apparaissent encore trop importantes pour affirmer que la constitution de partie civile est redevenue exceptionnelle comme le prétendent DREYER, Emmanuel et MOUYSET, Olivier, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 143, n° 197. Cela vaut d'autant plus que les auteurs s'appuient ici sur l'art. de PIN, Xavier, « Les victimes d'infractions, définitions et enjeux », *art. cit.*, p. 64 qui faisait ici état de pourcentages similaires à ceux que publiait le ministère de la justice dernièrement.

³²⁶³ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 695, n° 740.

plafonné à 15.000 € (v. art. 392-1 al. 3 du CPP ou art. 88-1 al. 1 en relation avec l'art. 177-2 al. 1 du CPP), certaines parties civiles n'hésitant alors pas à réclamer des expertises largement plus coûteuses notamment en matière économique et financière dont il revenait la charge du surplus à l'État même en cas de pratiques abusives.³²⁶⁴ La loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale a toutefois renforcé l'efficacité de cette condition, en permettant au juge d'exiger en cours de procédure un complément de consignation à une partie civile ayant sollicité une expertise particulièrement onéreuse afin de prévenir les abus (art. 800-1 al. 2 CPP).³²⁶⁵ En outre, la partie lésée s'exposera également à subir, en cas d'échec et si elle avait pris l'initiative des poursuites, une triple condamnation : civile à des dommages-intérêts (art. 91 du CPP en cas de non-lieu et art. 472 et 516 du CPP en cas de relaxe),³²⁶⁶ pénale pour dénonciation calomnieuse (art. 226-10, C.P.)³²⁶⁷ et enfin quasi-pénale sous la forme d'une amende civile^{3268, 3269}

624. Dans un deuxième temps, la position du procureur a été également à maints égards réaffirmée. Tout d'abord, l'art. 190 du CPP est venu consacrer une jurisprudence antérieure³²⁷⁰ selon laquelle la partie civile, dont la constitution avait abouti à un non-lieu, n'était plus en mesure de demander la réouverture de l'instruction pour charges nouvelles, cette prérogative étant réservée au ministère public.³²⁷¹ En outre, si le procureur estime la plainte d'une partie civile insuffisamment infondée ou motivée, il pourra adopter un réquisitoire contre x (ou personne non dénommée), ce qui permettra de protéger le destinataire de la plainte d'un préjudice moral illégitime puisque sa mise en examen n'aura lieu, en l'absence de demande de sa part (art. 113-6 CPP), que si l'apparition ultérieure d'indices graves et concordants le justifie (art. 113-8 CPP).³²⁷²

³²⁶⁴ *Ibid.*, p.692, n° 737.

³²⁶⁵ *Ibid.*, p.692-693, n° 737.

³²⁶⁶ La loi a même ici instauré une procédure particulière, simple et rapide qui du reste n'exclut pas la procédure normale devant les juridictions civiles à laquelle il est toujours loisible pour le bénéficiaire du non-lieu de recourir. Pour plus de précisions sur ce point, se rapporter not. à BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 227-247.

³²⁶⁷ Pour plus de précisions sur ce point, se rapporter not. à *ibid.*, n° 207-215.

³²⁶⁸ Pour plus de précisions sur ce point, se rapporter not. à *ibid.*, n° 216-226. 227-247

³²⁶⁹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 695, n° 740.

³²⁷⁰ Cass. chb. réunies, déc. du 29.01.1931, reproduite dans *Rec. Dal.*, 1931.I.89.

³²⁷¹ V. not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 315, n° 348.

³²⁷² V. sur ce point not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 697, n° 744 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 315, n° 348.

625. Toutefois, ces divers mécanismes n'ayant pas conduit à endiguer véritablement le phénomène des plaintes abusives, notamment concernant la règle du « criminel tient le civil en l'état », le législateur, reprenant partiellement les conclusions du rapport Magendie précité, est finalement venu directement réaménager ce principe litigieux par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.³²⁷³ De fait, l'article 4 du Code de procédure pénale précise désormais dans un nouvel alinéa (al. 3) que cette règle ne saurait s'appliquer aux autres actions que l'action civile, qui ne comprend que les actions en réparation d'un dommage causé par une infraction pénale. Les autres actions ne sont donc plus suspendues automatiquement (telle l'action en licenciement consécutive à un vol commis par un salarié) et ce en dépit de leur lien avec un acte délictueux.³²⁷⁴ Cette même loi est venue également réformer l'art. 85 du CPP, en exigeant en principe – exception faite des crimes et des cas énumérés à l'al. 2 – le dépôt d'une plainte simple avant de se constituer partie civile en matière correctionnelle.³²⁷⁵ Sans restreindre drastiquement le droit des victimes à la constitution de partie civile comme le conseillait originellement le rapport Magendie,³²⁷⁶ ces mécanismes permettent une meilleure responsabilisation de la victime.³²⁷⁷ Le législateur prévoit ici que la prescription de l'action publique est suspendue au profit de la victime à partir du dépôt de la plainte jusqu'à la réponse du parquet ou au plus tard une fois écoulé le délai de 3 mois (art. 85 al. 2, 3^e phrase CPP). En pratique, cela signifie que, si le juge d'instruction reçoit une constitution de partie civile sans les justificatifs exigés par l'art. 85, al. 2 CPP (décision de classement du parquet ou écoulement du délai de 3 mois depuis le dépôt de la plainte, elle-même prouvée par un récépissé ou une lettre recommandée), il rendra une ordonnance d'irrecevabilité dont la partie civile pourra faire appel en vertu de l'art. 186 du CPP. Une atteinte beaucoup plus importante au droit d'action de la victime avait été imaginée dans le sillage de la suppression de l'instruction qui prévoyait, par voie de conséquence, la disparition pure et simple de la plainte avec constitution de partie civile devant le magistrat

³²⁷³ BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 13 et 28.

³²⁷⁴ *Ibid.* n° 13

³²⁷⁵ BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 13 et 28 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 311, n° 343.

³²⁷⁶ MISSION MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès », *rap. préc.*, 2004, p. 139 et s., 3^e Partie, sous le chap. 2, sect. 1.

³²⁷⁷ BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 28.

instructeur.³²⁷⁸ Certes le texte maintenait le mécanisme de la citation directe (v. art. 333-10, 334-14 et 334-64 dudit projet), mais celle-ci est d'utilisation délicate puisque la victime doit apporter elle-même les preuves de son droit et qu'en toute hypothèse, elle ne concerne pas la matière criminelle ni actuellement ni dans l'avant-projet.³²⁷⁹ Dans ce système, la victime n'avait que la possibilité de demander au parquet de bien vouloir poursuivre (art. 312-28 et s. du dit projet); en cas de refus (ou plus vraisemblablement de silence), elle pouvait demander au juge des libertés et de la détention de se prononcer sur la nécessité d'exercer des poursuites (art. 312-35 et s. du dit projet); ce magistrat aurait alors eu le pouvoir d'ordonner au parquet d'enquêter et de poursuivre.³²⁸⁰ Il est toutefois permis de douter des résultats d'une enquête menée par un ministère public forcé à enquêter malgré lui, il est ici bien plus évident que la bonne marche des investigations est assurément mieux desservie, lorsque qu'un acteur extérieur à la première décision tel le magistrat instructeur reprend les investigations.³²⁸¹

626. Concernant la particularité de la participation des groupements d'intérêts généraux à la procédure pénale, nombreux sont ceux qui y voient un danger encore plus grand de dévoiement de l'action publique.³²⁸² Non seulement il ne serait pas toujours aisé de distinguer le caractère collectif de l'intérêt général mais encore ces actions collectives sont à même de poursuivre des intérêts catégoriels menaçant en définitive l'action publique.³²⁸³ Si certains craignent du fait de l'étendue de la participation des associations au procès pénal une

³²⁷⁸ BONFILS, Philippe, « Il faut sauver la jurisprudence Atthalin », *Rec. Dal.*, 19-2010, *art. cit.*, p. 1153-1154 ; du même auteur, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 28 ; DECHENAUD, David, « Nouvelles menaces sur le droit pénal des affaires. Libres propos au sujet de l'avant-projet du futur Code de procédure pénale - Et. 13 », *Dr. Pén.*, n° 6, juin 2010, n° 8-10. Concernant le projet en lui-même, v. COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LA JUSTICE PÉNALE, « Rapport Léger », 2009, *rap. préc.*

³²⁷⁹ V. à ce sujet l'ens. des réf. citées préc.en n. 3278.

³²⁸⁰ *Ibid.*

³²⁸¹ BONFILS, Philippe, « Il faut sauver la jurisprudence Atthalin », *Rec. Dal.*, 19-2010, *art. cit.*, p. 1153-1154 ; du même auteur, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 28 ; à noter que même les auteurs critiques admettent qu'un simple recours hiérarchique auprès du parquet serait insuffisant, l'expérience prouvant qu'il donne rarement lieu à un réexamen du dossier, v. not. VOLFF, Jean, « La privatisation rampante de l'action publique - ét. doct. 146 », *JCP G*, n° 27, juin 2004, n° 5.

³²⁸² V. en ce sens e. a. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 412-414, n° 656-657 ; VOLFF, Jean, « La privatisation rampante de l'action publique - Et. doct. 146 », *JCP G*, 27-2004, *art. cit.* ; PIN, Xavier, « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.*, 2-2002, *art. cit.*, p. 63 et s. ; QUENTIN, Bruno, « Lutte contre la corruption : vers une privatisation de l'action publique ? - Le mot de la semaine 549 », *JCP G*, n° 18, mai 2014, p. 926 ; sans partager cette opinion, présentant le problème not. BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 13.

³²⁸³ V. à ce sujet l'ens. des réf. citées préc.en n. 3282.

« *privatisation rampante* »³²⁸⁴ de l'action publique, ce point nous semble bien plus essentiel dans le système actuel où le procureur décide toujours de l'opportunité des poursuites alors même qu'il ne présente toujours pas de garanties d'impartialité suffisantes³²⁸⁵. Les délits de corruption en sont ici une parfaite illustration.³²⁸⁶ Dans ces cas d'espèce, il est fréquent que l'intérêt de l'exécutif ne coïncide pas avec l'intérêt social général, il faut alors avouer que le procureur n'apparaît pas naturellement comme la personne la plus appropriée pour enquêter par exemple sur la corruption d'agents publics portant atteinte à l'administration impliquant des agents de l'État.³²⁸⁷ À cela s'ajoute que la victime est rarement clairement identifiable.³²⁸⁸ La voie de l'action civile selon les conditions de l'art. 2 du CPP est donc faute de préjudice personnel direct généralement impossible pour ces infractions puisqu'il s'agit bien plus régulièrement d'une atteinte à la société en général.³²⁸⁹ Accepter une telle situation permettrait d'accorder une quasi-impunité aux corrupteurs, hors de tout contrôle possible extérieur au procureur, alors même qu'il s'agit de délits où le lien de cet acteur à l'exécutif pose justement particulièrement problème.³²⁹⁰ Ainsi ne peut-on qu'approuver que le législateur se soit enfin conformé aux nombreuses préconisations d'organisations internationales sur ce point³²⁹¹ tant il est vrai que le fait de paralyser judiciairement la victime comme cela était le cas antérieurement pour une infraction occulte par excellence est en

³²⁸⁴ La formule est empruntée à VOLFF, Jean, « La privatisation rampante de l'action publique - ét. doct. 146 », *JCP G*, 27-2004, *art. cit.* Partageant égal. cette opinion les auteurs préc. en n. 3282.

³²⁸⁵ En ce sens not. CUTAJAR, Chantal, « L'indépendance du parquet, une condition de l'effectivité de la lutte contre la corruption », dans J. LELIEUR (éd.), *Combattre la corruption sans JI, op. cit.*, p. 96-102. À noter que même les auteurs critiques quant à l'usage du dispositif de l'action civile par les associations n'estiment pas « *pensable d'interdire toute constitution de partie civile aux associations* », v. not. PIN, Xavier, « Les victimes d'infractions, définitions et enjeux », *Arch. po. crim.*, 1-2006, *art. cit.*, p. 64.

³²⁸⁶ Sur cette thématique, v. not. l'ouvrage collectif J. LELIEUR (éd.), *Combattre la corruption sans JI, op. cit.*

³²⁸⁷ Sur ce point not. LELIEUR, Juliette, « Introduction », dans J. LELIEUR (éd.), *Combattre la corruption sans JI, op. cit.*, p. 9 ; dans le même ouvrage : STASIAK, Frédéric, « Le parquet enquêteur et accusateur », p. 66.

³²⁸⁸ Sur ce point égal. MOOR, Stefan (de), « La coopération avec l'Union européenne à propos de la corruption des fonctionnaires européens », dans J. LELIEUR (éd.), *Combattre la corruption sans JI, op. cit.*, p. 31, qui parle s'agissant de la corruption d'un délit « sans victime » ; v. égal. dans le même ouvrage CUTAJAR, Chantal, « Indépendance du parquet, condition de l'effectivité de la lutte contre la corruption », *art. cit.*, p. 101.

³²⁸⁹ V. not. LORRAIN, Rémi, « La problématique de la partie civile des fondations », *Dal. act.*, 11.09.2014, *art. cit.*

³²⁹⁰ En ce sens not. LELIEUR, Juliette, « Introduction », dans J. LELIEUR (éd.), *Combattre la corruption sans JI, art. cit.*, p. 5, qui souligne que la corruption « *semble être, dans maints endroits du monde, confortablement installée à l'abri d'un solide paravent* » ; dans le même ouvrage, décrivant les causes en France de ce phénomène not. CUTAJAR, Chantal, « Indépendance du parquet, condition de l'effectivité de la lutte contre la corruption », *art. cit.*, p. 91-92.

³²⁹¹ Exposant l'ensemble des sources internationales et européennes s'appliquant à ce propos CUTAJAR, Chantal, « Indépendance du parquet, condition de l'effectivité de la lutte contre la corruption », dans J. LELIEUR (éd.), *Combattre la corruption sans JI, art. cit.*, p. 93-96.

parfaite contradiction avec la nécessité de mobiliser tous les acteurs susceptibles de contribuer à la révélation des faits et à leur poursuite, *a fortiori* pour des infractions dont le chiffre noir est désespérément si élevé³²⁹². Cela conduit à un meilleur respect de l'intérêt général en veillant à l'effectivité des lois dans des domaines où elles sont souvent peu appliquées et c'est un contrepoids efficace au procureur dans les cas où sa position ne lui permettrait pas une pleine objectivité.³²⁹³ Le danger de « privatisation rampante » nous paraît en outre quelque peu exagéré dans le sens où, si la partie civile peut effectivement déclencher l'action publique, ce n'est pas elle qui l'exercera.³²⁹⁴ L'exercice de celle-ci demeurera bien plus la pleine responsabilité du procureur et le cas échéant du magistrat instructeur et il appartient à ces acteurs de s'assurer que la victime reste bien à la place accessoire qui lui est dévolue.³²⁹⁵ Il s'agit en ce sens d'un droit de la victime à ce que l'État établisse la vérité quant à l'existence d'une infraction et non, comme a pu l'exprimer il est vrai maladroitement la Cour de cassation, d'un droit à la reconnaissance d'une faute par l'autorité judiciaire³²⁹⁶.³²⁹⁷ La conduite des investigations et la représentation de l'accusation restent à notre sens entre les seules mains de l'autorité judiciaire et donc définitivement publique, ce qui est très différent de l'action privée telle qu'elle était pratiquée à l'état pur par exemple au Moyen-Âge. Par ailleurs, les rapports statistiques n'ont pas confirmé les peurs de déferlement d'actions de la part de groupements d'intérêts collectifs sur la scène procédurale pénale comme certains l'avaient craint : le nombre de constitutions de parties civiles demeure bien plus d'une étonnante stabilité, sa valeur absolue étant même en baisse, à l'image de celui de l'instruction.³²⁹⁸ Il

³²⁹² En ce sens not. LELIEUR, Juliette, « Introduction », dans J. LELIEUR (éd.), *Combattre la corruption sans JI*, art. cit., p. 7.

³²⁹³ En ce sens égal. CUTAJAR, Chantal, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; Plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *Rec. Dal.*, n° 16, avril 2008, p. 1081-1085 ; de la même auteure « Indépendance du parquet, condition de l'effectivité de la lutte contre la corruption », dans J. LELIEUR (éd.), *Combattre la corruption sans JI*, art. cit., p. 87-102.

³²⁹⁴ V. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 716, n° 1178 ; PIN, Xavier, « Les victimes d'infractions, définitions et enjeux », *Arch. po. crim.*, 1-2006, art. cit., p. 61-63. À noter toutefois, que ces auteurs restent critiques sur ce point, dénonçant tout de même une privatisation. Se rapporter égal. aux dév. au n° 613, p. 550 et s.

³²⁹⁵ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3294.

³²⁹⁶ Cass. crim., du 08.06.1971, n° 69-92.311, publiée au *bull.* n° 182, p. 457 : « *L'intervention d'une partie civile peut n'être motivée que par le souci de corroborer l'action publique et d'obtenir que soit établie la culpabilité du prévenu* ».

³²⁹⁷ V. à ce sujet not. PIN, Xavier, « Les victimes d'infractions, définitions et enjeux », *Arch. po. crim.*, 1-2006, art. cit., p. 61-62.

³²⁹⁸ Après l'introduction de l'art. 2-23 du CPP concernant les associations de luttes contre la corruption par la loi n° 2013-1115 (p. un comm. de ce texte, v. not. CUTAJAR, Chantal, « Nouvel arsenal de lutte contre la fraude

semble donc que l'effort d'organisation d'une structure juridique de l'association soit en mesure de prouver la réalité et le sérieux de l'intérêt moral des associations et que les abus soient suffisamment prévenus par les précautions précédentes évoquées. Tout au plus le législateur gagnerait-il ici à systématiser et harmoniser les règles hétéroclites qui s'appliquent aux différentes associations habilitées aux art. 2-1 et s. du CPP afin de gagner en lisibilité et en clarté en établissant un régime unique.³²⁹⁹

627. Finalement, le risque souvent dénoncé d'une utilisation dilatoire de la voie pénale par les victimes, est-il aujourd'hui, si non entièrement disparu, du moins relativement limité.³³⁰⁰ Et si le légiférant souhaitait ici diminuer encore un peu plus le nombre de constitutions de parties civiles, il nous semble qu'il devrait s'attacher avant tout à renforcer le ministère public lui-même par l'octroi de meilleurs moyens financiers, personnels et organisationnels, comme nous l'avons déjà souligné plus tôt. Car, comme le doyen Guéry le relevait selon nous à juste titre en première position pour expliquer la multiplication des parties civiles, nombreuses sont celles qui souhaitent par là tout bonnement éviter la phase policière et parquetière au profit d'une saisine immédiate du juge d'instruction pour plus de célérité mais aussi pour son efficacité dans les investigations.³³⁰¹

2) Des mécanismes épars, complexes et en pratique inusités réservés à la victime du côté allemand

628. En Allemagne, le rôle le plus important en matière de contrôle de l'activité du procureur lors de l'enquête est peut-être celui accordé à la victime dans le cadre de la procédure d'injonction de mettre en mouvement l'action publique conformément aux §§ 172

fiscale... - Aperçu rapide n° 1366 », *JCP G*, 52-2013, p. 2369-2372), le nombre de constitutions de parties civiles n'a ainsi pas fait de bond, celles-ci continuant de représenter 23 % des saisines du magistrat instructeur, v. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Références statistiques Justice pour l'année 2017 », 2018, *rap. préc.*, p. 130, sous 13.4 ; les deux rapports statistiques précédents disponibles sur le site du ministère de la justice constataient déjà ces mêmes proportions en 2015 et 2016 (rap. correspondant pour l'année 2015, p. 119 et pour l'année 2016 p. 126). Se rapporter égal. au n° 623, p. 557.

³²⁹⁹ Évoquant cette disparité de régimes applicables, PIN, Xavier, « Les victimes d'infractions, définitions et enjeux », *Arch. po. crim.*, 1-2006, *art. cit.*, p. 63-65, sans que l'auteur de cette thèse partage entièrement les solutions proposées.

³³⁰⁰ Un peu trop optimiste à notre sens DREYER, Emmanuel et MOUYSET, Olivier, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 143, n° 197, qui estiment que les plaintes avec constitution de partie civile sont devenues exceptionnelles ; établissant un constat que nous partageons BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 13 *in fine* ; il nous semble que cette conclusion ressort également implicitement de l'ouvrage de STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 315-317, n° 347-349 ; plus nuancé sur la question mais se fondant, nous semble-t-il, sur des données statistiques dépassées PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 699, n° 746.

³³⁰¹ V. not. GUÉRY, Christian, « Le juge d'instruction et le voleur de pommes », *Rec. Dal.*, 24-2003, *art. cit.*, n° 9.

et s. StPO (« *Klageerzwingungsverfahren* »), (a), et de l'action civile (« *Privatklage* », §§ 374 et s. StPO), (b).³³⁰² Elle ne disposera pas en revanche de la possibilité de recourir au mécanisme général de contrôle ouvert subsidiairement aux §§ 23 et s. EGGVG (c).

*a. Procédure d'injonction de mise en mouvement l'action publique
(« Klageerzwingungsverfahren »)*

629. La procédure d'injonction de mise en mouvement de l'action publique existe depuis l'entrée en vigueur du RStPO et fut, à l'image de l'action civile française, introduite dans le but de contrer les abus de pouvoir d'un procureur trop dépendant de l'exécutif.³³⁰³ Elle comprend deux phases.³³⁰⁴ Dans un premier temps, le plaignant au sens du § 171 StPO (c'est-à-dire la personne ayant porté plainte conformément aux modalités du § 158 al. 1 StPO en exprimant clairement sa volonté de voir des poursuites pénales déclenchées)³³⁰⁵ en sa qualité de victime, s'oppose au moyen d'une plainte à la décision de classement auprès de l'auteur de la décision attaquée ou de son supérieur hiérarchique (§ 172 al. 1 StPO). Cette procédure requiert le classement définitif (et non seulement provisoire)³³⁰⁶ de l'ensemble de l'acte processuel au sens du § 170 al. 2 StPO.³³⁰⁷ Conformément au § 172 al. 1 StPO, cette plainte préalable est semblable au recours interne hiérarchique évoqué plus haut³³⁰⁸ à la différence qu'elle est limitée dans le temps (doit être ici respecté le délai de deux semaines à compter de la signification de la décision de classement, §§ 171, 172 al. 1, 1^e phrase StPO) et n'est ouverte qu'à la seule la victime (« *Verletzte* »), dans le sens de personne lésée (§ 172 al. 1, 1^e phrase

³³⁰² JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 231.

³³⁰³ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 55-58 et 77-78.

³³⁰⁴ Dans ce sens v. not. GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten, « § 172 StPO », dans *LR²⁶*, *art. cit.*, p. 905, n° 6 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 78 ; d'un avis divergent MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 172 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 5 ; MOLDENHAUER, Gerwin, « § 172 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 2 ; ZÖLLER, Mark, « § 172 StPO », dans *HK*, *op. cit.*, p. 1130, n° 2, qui considèrent la décision de classement préalable par le ministère public selon les §§ 170 al. 2 et 171 StPO comme une phase supplémentaire (donc 3 phases en tout).

³³⁰⁵ V. OLG Celle, déc. du 09.02.2011 - 1 Ws 435/10, reproduite dans *NStZ-RR*, 2011, p. 280 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 171 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 1.

³³⁰⁶ V. p. ex. OLG Hamm, déc. du 23.10.1958, reproduite dans *JZ*, 1959, p. 324.

³³⁰⁷ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 80 ; ZÖLLER, Mark, « § 172 StPO », dans *HK*, *art. cit.*, p. 1132, n° 9 ; MOLDENHAUER, Gerwin, « § 172 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 6. Se rapporter pour une définition de „l'acte processuel“ au n° 373, p. 349. En effet, le classement d'une partie du fait processuel n'est techniquement pas possible puisque celle-ci sera automatiquement contrôlée lors du procès qui a pour objet le fait délictuel procédural dans son ensemble, §§ 155 al. 2, 264 StPO. Sont assimilables à un classement définitif, l'inaction définitive du ministère public dans le cas en question (v. OLG Karlsruhe, déc. du 10.01.2005, 1 Ws 152/04, reproduite dans *Die Justiz*, 2005, p.253) ou une décision provisoire aboutissant *de facto* à un classement définitif (OLG Frankfurt, déc. du 02.05.1972 - 2 Ws103/71, reproduite dans *NJW*, 1972, p. 1875).

³³⁰⁸ Le contenu de ces 2 recours sont identiques. Se reporter aux dév. au n° 587, p. 527.

StPO).³³⁰⁹ Le procureur concerné a alors la possibilité de réviser sa décision et de renvoyer l'affaire au tribunal.³³¹⁰ Dans l'hypothèse de son refus, son supérieur hiérarchique analysera le cas tant en droit qu'au fond.³³¹¹ S'il en arrive à la conclusion que le classement n'aurait pas dû avoir lieu, il peut ordonner la levée de la décision de classement et la réouverture de l'enquête ou le renvoi de l'affaire devant le tribunal en usant de son pouvoir dévolutif (§ 145 al. 1, 1^e cas GVG).³³¹² S'il confirme la décision de son subalterne, le plaignant devra dans un second temps former un recours contre celle-ci devant la Cour régionale supérieure (« *Oberlandesgericht* ») compétente en respectant les formes et les délais impartis (§ 172 al. 2 StPO).³³¹³ La suite de la procédure, généralement écrite, est prévue par le § 173 StPO.³³¹⁴

630. Bien que l'on puisse penser, vu le nombre d'affaires classées (57,2 % de l'ensemble des affaires traitées en 2017 dont 27,5 % pour insuffisance de charges, cas potentiellement concernés par le § 172 StPO),³³¹⁵ que cette procédure aurait un large champ d'application, la pratique est tout autre : il est au contraire très rarement recouru à cette possibilité.³³¹⁶ On ne relevait en 2017 que 39.417 plaintes contre une telle décision du procureur ou d'un de ses substituts (s'entendant aussi bien du recours hiérarchique ou de la plainte en amont de l'injonction de mise en mouvement l'action publique, § 172 al. 1 StPO),³³¹⁷ ce qui ne correspond qu'à 2,9 % des classements sans suite pour insuffisance de preuves (1.337.443 en tout pour 2017).³³¹⁸ Cette plainte fut suivie d'une procédure formelle d'injonction de mise en

³³⁰⁹ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 78.

³³¹⁰ MOLDENHAUER, Gerwin, « § 172 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 12 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 172 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 13a ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 78.

³³¹¹ MOLDENHAUER, Gerwin, « § 172 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 13 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 172 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 14 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 78-79.

³³¹² HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 79.

³³¹³ *Ibid.*

³³¹⁴ *Ibid.*

³³¹⁵ V. STATISTISCHES BUNDESAMT, *StAen, Fachserie 10 Reihe 2-6 - 2017*, Destatis, 2018, *rap. préc.*, p. 30, tableau 2.2.1.2. D'après ces données statistiques, en 2017, 26 % des affaires traitées ont été classées pour des raisons d'opportunité sans contrepartie, 3,5 % l'étaient pour des raisons d'opportunité sous condition. 27,5 % des cas ont été classés pour défaut de charges. Vu les effets similaires d'une action privée en comparaison à un classement sans suite, on pourrait ici ajouter à ce décompte également les 3,9 % des cas dans lesquels le ministère public a clos les investigations en renvoyant le plaignant à la voie de l'action privée.

³³¹⁶ Dans ce sens e. a. : ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 7, § 41, n° 3 ; MEYER-KRAPP, Edda, *Das Klageerzwingungsverfahren*, Göttingen, 2008, p. 101 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 79-80 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 381, n° 582.

³³¹⁷ STATISTISCHES BUNDESAMT, *StAen, Fachserie 10 Reihe 2-6 - 2017*, Destatis, 2018, *rap. préc.*, p. 129, tableau 5.1, sous le chiffre 16.

³³¹⁸ *Ibid.*, p. 26, tableau 2.2.1.1.

mouvement de l'action publique dans seuls 2.569 cas, soit environ à peine 0,2 % des classements en vertu du principe de légalité des poursuites (sachant que les classements en opportunité ne sont ici pas considérés).³³¹⁹ Il est encore plus rare (« *extreme Ausnahme* »)³³²⁰ que le tribunal fasse droit à la demande d'injonction de mise en mouvement de l'action publique.³³²¹

631. Cette désaffectation pour ce moyen d'action s'explique essentiellement par le fait qu'il est loin de proposer un contrôle judiciaire simple et complet des décisions de classement du procureur à l'image de son équivalent français ; son champ d'application est bien plus considérablement réduit par deux limites légales et son lourd formalisme.³³²²

632. Le domaine d'application de cette procédure est d'abord restreint par la loi elle-même qui n'ouvre ce recours qu'à la victime, c'est-à-dire à la personne lésée (« *Verletzte* ») au sens strict du terme et n'a pas connu d'extension semblable au terme français. Cette notion remonte aux discussions parlementaires du RStPO et résultait d'un compromis proposé par les nationaux-libéraux, afin d'éviter l'inaboutissement du texte législatif en raison des forts désaccords quant aux modalités de la procédure d'injonction de mise en mouvement de l'action publique.³³²³ Il fut finalement adopté sans qu'un accord soit trouvé pour la définition

³³¹⁹ STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafgerichte, Fachserie 10 Reihe 2.3 - 2017*, Destatis, 2018, *rap. préc.*, tableau 6.1, sous le chiffre 15. V. pour un exposé prouvant une tendance similaire des chiffres par le passé not. : BISCHOFF, Georg, « Die Praxis des Klageerzwingungsverfahrens », *NStZ*, n° 2, 1988, p. 63 ; du même auteur, *Das Klageerzwingungsverfahren*, Gelsenkirchen, Mannhold, 1987, p. 97-108 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 79-80.

³³²⁰ Selon les termes de KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 381, n° 582.

³³²¹ WERNER, Karin, « Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren bei staatsanwaltlichen Verfahrenseinstellungen aus Opportunitätsgründen », *NStZ*, n° 9, 1984, p. 402 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 381, n° 582 ; RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C*, *op. cit.*, p. C 27, n° 29 ; BISCHOFF, Richter Georg, « Praxis des Klageerzwingungsverfahrens », *NStZ*, 1988, *art. cit.*, p. 64, estimait ainsi en 1988 les chances d'aboutir à seulement 0,4 % ! HEFENDEHL, Roland, « Der Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren bei modernen Rechtsgutsdeliktsstrukturen », *GA*, 1999, p. 584.

³³²² Dans ce sens HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 80-104.

³³²³ MAIWALD, Manfred, « Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren », *GA*, 1970, p. 50 ; BISCHOFF, Georg, *Das Klageerzwingungsverfahren*, *op. cit.*, p. 8-9 ; TÖWE, R., « Das Klageerzwingungsverfahren », *GS*, vol. 108, 1936, p. 264-265 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 54-58 et 80 ; DENGLE, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 73.

du terme flou de partie lésée.³³²⁴ Ce problème originel n'est à l'heure actuelle toujours pas réglé et continue de susciter une vive controverse.³³²⁵

633. Les avis convergent néanmoins sur le fait que ce terme, qui revient à plusieurs reprises dans le StPO, doit être interprété dans le sens spécifique de la norme concernée.³³²⁶ À cet égard, la nécessité de préserver le principe de légalité réclame une interprétation extensive de la partie lésée dans le cadre du § 172 StPO.³³²⁷ Un deuxième aspect qui fait l'unanimité est qu'il s'agissait ici d'empêcher une *actio popularis* (action populaire), ce qui signifie qu'un recours à cette procédure est exclu si le plaignant n'est pas plus étroitement concerné par les faits en cause que le serait tout autre citoyen.³³²⁸ À cet égard, le législateur a renoncé à donner une priorité absolue à la protection et l'application du principe de légalité des poursuites, alors même qu'un tiers informé, et souvent plus objectif, peut assurer un contrôle parfois plus efficace qu'une personne lésée difficile à définir.³³²⁹ Enfin, il convient également de tenir compte des tendances légales transparaissant en la matière qui doivent être considérées pour définir le cercle de la victime.³³³⁰ De fait, là où le législateur a déjà reconnu une proximité particulière à l'infraction de la personne concernée en lui conférant, d'une certaine manière, la possibilité d'agir sur la prérogative de sanction de l'état de droit – comme c'est le cas pour la personne autorisée à porter plainte pour déclencher les investigations

³³²⁴ C. HAHN (éd.), *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, op. cit., p. 2076-2084 ; TÖWE, R., « Klageerzwingungsverfahren », *GS*, 1936, art. cit., p. 265 ; BISCHOFF, Georg, *Das Klageerzwingungsverfahren*, op. cit., p. 8 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 58 et 80.

³³²⁵ V. p. ex. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 41, n° 5 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 80 et s.

³³²⁶ SATZGER, Helmut, « § 172 StPO: Begriff des Verletzten », *JA*, 1997, art. cit., p. 625 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 80.

³³²⁷ OLG Celle, déc. du 15.02.2007 - 1 Ws 33/07, reproduite dans *NStZ*, 2007, p. 604 ; OLG Frankfurt a. M., déc. du 21.04.2010 - 2 Ws 147/08, reproduite dans *NJW*, 2011, p. 691 (ici spéc. p. 693). V. égal. MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 172 StPO », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 10 ; ZÖLLER, Mark, « § 172 StPO », dans *HK*, art. cit., p. 1133, n° 12 ; MOLDENHAUER, Gerwin, « § 172 StPO », dans *KK*, art. cit., n° 18 ; GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten, « § 172 StPO », dans *LR*²⁶, art. cit., p. 922, n° 50 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 81 ; SATZGER, Helmut, « § 172 StPO: Begriff des Verletzten », *JA*, 1997, art. cit., p. 625.

³³²⁸ OLG Celle, déc. du 15.02.2007 - 1 Ws 33/07, reproduite dans *NStZ*, 2007, p. 604 ; OLG Hamburg, déc. du 24.06.1966 - 2 Ws 182/66, reproduite dans *NJW*, 1966, p. 1933. V. également : GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten, « § 172 StPO », dans *LR*²⁶, art. cit., p. 922, n° 50 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 172 StPO », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 10 ; ZÖLLER, Mark, « § 172 StPO », dans *HK*, art. cit., p. 1133, n° 12 ; MOLDENHAUER, Gerwin, « § 172 StPO », dans *KK*, art. cit., n° 18 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 81 ; SATZGER, Helmut, « § 172 StPO: Begriff des Verletzten », *JA*, 1997, art. cit., p. 625.

³³²⁹ HEFENDEHL, Roland, « Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren », *GA*, 1999, art. cit., p. 586 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 81.

³³³⁰ GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten, « § 172 StPO », dans *LR*²⁶, art. cit., p. 923 et s., n° 54 et s. HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 81.

(« *Strafantragsberechtigte* ») ou pour celui autorisé à se constituer partie civile dans la procédure – cette particularité vaut également droit d’ester en justice dans le cadre d’une procédure d’injonction de mise en mouvement de l’action publique.³³³¹ Par exemple, en matière d’homicide, la personne autorisée à se constituer partie civile conformément au § 395 al. 2 StPO (c’est-à-dire, entre autres, également les frères et sœurs, les parents ou compagnons) est en principe également partie lésée au sens du § 172 al. 2 StPO.³³³²

634. Les autres détails de la définition sont controversés, multiples et pas toujours appliqués de manière conséquente.³³³³ Il était autrefois majoritairement requis que seul le détenteur du bien juridique protégé par la norme enfreinte pouvait avoir la qualité de victime.³³³⁴ Cette interprétation restrictive conduisait néanmoins au résultat contestable de l’inapplication de fait des §§ 172 StPO pour de nombreux délits puisqu’il n’y avait, par exemple en cas d’homicide, pas d’autre personne lésée que celle qui était décédée.³³³⁵ Selon l’opinion dominante actuelle est désormais considéré comme victime l’individu dont l’intérêt juridique légitime est lésé en raison du prétendu délit à tel point que sa demande de poursuite pénale apparaît comme un besoin de justice naturel.³³³⁶ Pour cela, il convient de se fonder sur les intérêts que protège la norme pénale violée et d’établir si celle-ci tend à préserver au moins l’individu ou un cercle de personnes défini.³³³⁷

³³³¹ GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten, « § 172 StPO », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 923-924, n° 54 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 81.

³³³² OLG Frankfurt, déc. du 21.12.1962 - 2 Ws 470/62, reproduite dans *NJW*, 1963, p. 1368 ; OLG Celle, déc. du 09.09.1954 - 2 Ws 209/54, reproduite dans *NJW*, 1954, p. 1660 ; OLG Celle, déc. du 09.02.2011 - 1 Ws 435/10, reproduite dans *NStZ-RR*, 2011, p. 280. V. aussi : GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten, « § 172 StPO », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 934-935, n° 82 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 41, n° 6 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 81.

³³³³ ZÖLLER, Mark, « § 172 StPO », dans *HK*, art. cit., p. 1134 et s., n° 14 et s. ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 81 ; GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten, « § 172 StPO », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 922, n° 51. Pour un aperçu détaillé des différentes opinions existantes, v. not. HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 81-83.

³³³⁴ Tel que rapporté p. ex. par ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 41, n° 5.

³³³⁵ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 81 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 41, n° 5.

³³³⁶ P. ex. OLG Bremen, déc. du 18.10.1950 - Ws 41/50, reproduite dans *NJW*, 1950, p. 960. V. concernant la déf. ici donnée SCHMIDT, Eberhard, *Lehrkommentar zur StPO u. z. GVG, Erläuterungen z. StPO u. z. EGGVG*, vol. 2, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1957, p. 474, § 171, n° 12 ; déf. reprise e. a. par MAIWALD, Manfred, « Beteiligung des Verletzten am Strafverf. », *GA*, 1970, art. cit., p. 598 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 41, n° 5.

³³³⁷ OLG Karlsruhe, déc. du 10.11.2000 - 3 Ws 220/99, reproduite dans *NStZ-RR*, 2001, p. 112 ; OLG Celle, déc. du 15. 2. 2007 - 1 Ws 33/07, reproduite dans *NStZ*, 2007, p. 483 ; WOHLERS, Wolfgang, « § 172 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 878, n° 25 ; HEFENDEHL, Roland, « Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren », *GA*, 1999, art. cit., p. 587-588 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 41, n° 5 ; FRISCH, Wolfgang, « Der Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren », *JZ*, 1974, p. 11 et s.

635. Malgré l'interprétation extensive généralement retenue, le terme de victime constitue une limite importante à la procédure du § 172 StPO, laissant une brèche béante dans les mécanismes de contrôle des classements sans suite.³³³⁸ En effet, à la différence de l'action civile française, celui qui n'est touché par un délit qu'en tant que membre de la communauté générale, n'étant de manière unanime pas autorisé à agir en justice dans le cadre du § 172 StPO, il en résulte pour un nombre important de délits une absence totale de contrôle des classements sans suite.³³³⁹ Il en est ainsi pour toutes les infractions tendant à la protection d'intérêts sociaux au-delà de l'intérêt individuel, faute de victime.³³⁴⁰ À cet égard, le seul fait qu'une personne se sente particulièrement concernée par un fait délictuel n'est pas en mesure de remplacer le défaut de la reconnaissance normative d'une proximité particulière justifiant qu'on lui accorde le statut de victime.³³⁴¹ La Cour régionale supérieure de Cologne (OLG Köln) décidait déjà en ce sens en 1952 qu'il manquait par exemple au contribuable particulier la capacité d'ester en justice en cas d'abus de confiance au détriment du trésor public.³³⁴² Il en est de même pour les citoyens concernés par les conséquences des trafics d'influence ou des délits de corruption car le bien juridique que sont censées préserver ces infractions n'est pas un bien individuel mais touchent bien plus à l'intégrité de l'appareil étatique et de ses services publics relevant de l'intérêt général.³³⁴³ Dans ce contexte, même le supérieur de l'officier public corrompu ne pourra donc pas être considéré comme une personne lésée.³³⁴⁴ Ce problème s'accroît alors que le législateur moderne tend à vouloir protéger toujours plus les biens juridiques collectifs en multipliant les infractions de mise en danger dans le cadre par exemple des délits en droit des affaires, en droit environnemental, dans le domaine de la lutte contre la criminalité organisée ou encore des infractions au Code de la route.³³⁴⁵ Ainsi dans le domaine de la délinquance environnementale, la possibilité d'un

³³³⁸ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 83 et 103.

³³³⁹ *Ibid.*, p. 83.

³³⁴⁰ HEFENDEHL, Roland, « Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren », *GA*, 1999, *art. cit.*, p. 595 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 83.

³³⁴¹ WOHLERS, Wolfgang, « § 172 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 880, n° 28 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 83.

³³⁴² OLG Köln, déc. du 17.06.1952 – Zs 184/52, reproduite dans *MDR*, 1952, p. 568.

³³⁴³ MOLDENHAUER, Gerwin, « § 172 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 28 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 83.

³³⁴⁴ OLG Koblenz déc. du 14.11.1984 – 1 Ws 797/84, reproduite dans *Wistra*, 1985, p. 83 ; OLG Nürnberg, déc. du 16.01.1997 – Ws 1120/96, reproduite dans *NJW*, 1997, p. 1320.

³³⁴⁵ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 83-84 ; HEFENDEHL, Roland, « Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren », *GA*, 1999, *art. cit.*, p. 584-585.

recours au § 172 StPO est-elle très majoritairement refusée³³⁴⁶ et il n'est pas non plus reconnu aux services de protection de la nature, la possibilité d'agir en justice quand leur domaine d'intervention se limite seulement à la protection, au contrôle et à l'administration des biens juridiques spécifiques que la norme pénale protège.³³⁴⁷ Il est ici avancé qu'accorder à ces autorités la qualité de victime conduirait à un contrôle des autorités de poursuite par le biais d'une autre branche de l'administration publique qui ne serait pas compatible avec la fonction de la procédure d'injonction de mise en mouvement de l'action publique.³³⁴⁸ Cela est d'autant plus préoccupant que la proportion des classements sans suite est extrêmement importante dans ces domaines.³³⁴⁹

636. Un deuxième point qui réduit considérablement la portée du mécanisme de contrôle prévu par le § 172 StPO repose dans les deux exceptions légales introduites par la troisième loi de réforme du droit pénal du 4 août 1953³³⁵⁰ à l'al. 2, 3^e phrase de cette norme.³³⁵¹ De fait l'intégralité des affaires classées en opportunité (30,2 % de l'ensemble des affaires traitées)³³⁵² ou pour lesquelles le plaignant est renvoyé à l'action privée (4,6 % de l'ensemble des affaires traitées)³³⁵³ échappe à tout contrôle selon le § 172 StPO.³³⁵⁴ En effet, le § 172 al. 2, 3^e phrase prévoit que la procédure d'injonction de mise en mouvement de l'action publique n'est recevable que dans les cas pour lesquels le principe de légalité est applicable. Cela peut paraître d'autant plus curieux au vu des développements précédents, alors que c'est justement l'opportunisme qui justifiait en France d'accorder une telle importance à la partie civile.

637. Ce mécanisme est donc exclu dans un premier temps quand il reste à la victime, dans le cadre d'infractions pénales à caractère privé, la possibilité d'une action privée

³³⁴⁶ V. p. ex. OLG Köln, déc. du 04.01.1972 – Zs 71/71, reproduite dans *NJW*, 1972, p. 1338-1339 ; OLG Karlsruhe 1 – Ws 157/03, consultable sur *BeckO*, réf. BeckRS 2004, 9351 ; HEFENDEHL, Roland, « Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren », *GA*, 1999, *art. cit.*, p. 595. Critique à cet égard not. GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten, « § 172 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 941, n° 98.

³³⁴⁷ OLG Celle, déc. du 30.12.1966 – 5 Ws 283/66, reproduite dans *MDR*, 1967, p. 515-516.

³³⁴⁸ GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten, « § 172 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 926, n° 60 ; MOLDENHAUER, Gerwin, « § 172 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, § 29.

³³⁴⁹ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 84.

³³⁵⁰ *BGBI.* 1953, partie I, p. 735 et s.

³³⁵¹ RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C*, *op. cit.*, p. C 26, n° 28 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 103 et développements p. 88 et s.

³³⁵² V. l'ens. des réf. préc. en n. 3315.

³³⁵³ *Ibid.*

³³⁵⁴ V. en ce sens égal. RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C*, *op. cit.*, p. C 26, n° 28.

(« *Privatklage* »), ses intérêts individuels pouvant, selon l'opinion majoritaire, être suffisamment pris en considération dans le cadre de cette dernière procédure.³³⁵⁵ Cette restriction est néanmoins contestable dans le sens où cette action présente beaucoup d'inconvénients pour la personne lésée qui aura tendance de ce fait à ne pas y recourir.³³⁵⁶

638. La deuxième exclusion légale d'un contrôle, selon le § 172 StPO concernant les classements en raison d'opportunité, a un impact encore plus important puisqu'elle s'applique dans un peu plus de 30 % des cas traités par le ministère public.³³⁵⁷ La jurisprudence n'hésite pas, quant à elle, à appliquer cette règle dérogatoire indépendamment des raisons de classements invoquées par le procureur lui-même dès lors que le cas rentre *de facto* dans le champ d'application des §§ 153 et s. StPO.³³⁵⁸ Ainsi la Cour régionale supérieure de Stuttgart déclara-t-elle une procédure d'injonction de mise en mouvement de l'action publique irrecevable sur le fondement du § 172 al. 2, 3^e phrase StPO parce que les conditions pour un classement en opportunité étaient réunies (indépendamment de toute référence du procureur aux §§ 153 et s. StPO).³³⁵⁹ Cela signifie en revanche *a contrario* qu'il peut être attaqué des décisions purement formelles de classements en opportunité dont les conditions dans les faits ne seraient pas satisfaites.³³⁶⁰ L'exception du § 172 al. 2 StPO vaut selon l'opinion majoritaire également pour les classements d'après les §§ 154a al. 1 et 154b, 1^e phrase StPO

³³⁵⁵ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 7, § 41, n°7 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 376 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 6 ; HILGER, Hans, « § 376 StPO », dans *LR*²⁶, *op. cit.*, n° 2 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 94, qui expose l'opinion majoritaire en se positionnant néanmoins de manière critique par rapport à celle-ci.

³³⁵⁶ Dans ce sens: KAISER, Günther, *Kriminologie*, 3^e éd., Heidelberg, Müller, 1996, p. 366-367, § 37, n° 26 ; FEZER, Gerhard, *Strafprozessrecht*, 2^e éd., München, Beck, 1995, p. 13, Fall 1, n° 69 ; RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, *Gutachten C*, *op. cit.*, p. C 21-C 24 et C 72-C 73, n° 23-26 et 103 ; ARZT, Gunther, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, Tübingen, Mohr, 1976, p. 158 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 95 et 106-107 ; WERNER, Karin, « Rechtsstellung des Verletzten im Strafverf. », *NStZ*, 1984, *art. cit.*, p. 401 ; MAIWALD, Manfred, « Beteiligung des Verletzten am Strafverf. », *GA*, 1970, *art. cit.*, p. 47-48. Se reporter pour plus de précisions aux n° 641 et s., p. 575 et s.

³³⁵⁷ V. chiffres exacts pour l'année 2015 en préc. n. 3315. Dans ce sens égal. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 7, § 41, n° 7 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 103 ; WERNER, Karin, « Rechtsstellung des Verletzten im Strafverf. », *NStZ*, 1984, *art. cit.*, p. 401 ; RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, *Gutachten C*, *op. cit.*, p. C 26, n° 28.

³³⁵⁸ V. p. ex. OLG Stuttgart, déc. du 24.05.1982 – 3 Ws 109/81, reproduite dans *NJW*, 1982, p. 2680 ou OLG Hamm, déc. du 20.02.1975 – 2 Ws 289/74, reproduite *NJW*, 1975, p. 1984 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 95-96.

³³⁵⁹ OLG Stuttgart, *NJW*, 1982, p. 2680 (v. réf. exactes n. 3358).

³³⁶⁰ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 172 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 3 ; GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten, « § 172 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 911, n° 22 ; WOHLERS, Wolfgang, « § 172 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 884, n° 38 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 96.

alors même que ces paragraphes ne sont pas explicitement nommés dans le passage concerné.³³⁶¹

639. Sachant que sont exclues du mécanisme de contrôle prévu par le § 172 StPO actuellement plus de 50 % de toutes les décisions de classements du procureur parce qu'elles ont été prises pour des raisons d'opportunité conformément au § 172 al. 2, 3^e phrase StPO,³³⁶² cette règle constitue sans doute la faiblesse la plus importante de la procédure d'injonction de mise en mouvement de l'action publique.³³⁶³ Cela apparaît d'autant plus problématique si l'on prend en compte, comme nous l'avons démontré ultérieurement, que le procureur recourt toujours plus souvent aux §§ 153 et s. StPO.³³⁶⁴ Cette situation n'a toutefois pas conduit la Cour fédérale constitutionnelle à déclarer l'inconstitutionnalité du § 172 al. 2, 3^e phrase StPO qui n'a émis aucune réserve constitutionnelle sur ce point.³³⁶⁵ Le § 153a StPO, objet de l'arrêt en question, poursuit selon elle bien plus pareillement l'objectif de désencombrement et dessert ainsi la fonction même de la justice pénale dans les domaines de la petite et moyenne délinquance.³³⁶⁶ Or, à ce niveau, les intérêts des personnes lésées par le délit concerné ne seraient généralement pas en mesure de prévaloir sur l'intérêt du bon fonctionnement de la justice pénale.³³⁶⁷ Par ailleurs, l'exigence d'un accord du tribunal pour le classement de l'affaire prévu par le § 153a al. 1 StPO permettrait d'éviter l'écueil d'une décision arbitraire du procureur.³³⁶⁸ Enfin la loi fondamentale ne garantirait à aucun moment

³³⁶¹ V. p. ex. ZÖLLER, Mark, « § 172 StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 1133, n° 11. Concernant le § 154a StPO, cela s'explique par le fait que § 172 StPO n'a pour but que de contraindre le procureur à renvoyer l'affaire devant le tribunal. Or, même si le § 154a StPO permet de réduire l'ampleur des faits, un renvoi a lieu – quoique dans une proportion moindre – et le tribunal garde la possibilité de réintroduire dans la procédure les faits ou partie de ceux qui ont été exclus selon le § 154a StPO. Quant au § 154d StPO, son assimilation aux autres paragraphes évoqués explicitement au § 172 al. 2 StPO se justifie si l'on considère qu'il s'agit en l'espèce d'un classement provisoire alors que le recours au juge autorisé par le § 172 StPO exige une décision de classement définitive. Il ne pourra donc ici être attaqué que le classement définitif après l'expiration sans succès du délai conformément au § 154d 3^e phrase StPO. V. not. HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 96 ; ZÖLLER, Mark, « § 172 StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 1133, n° 11.

³³⁶² V. en ce sens déjà le constat de WERNER, Karin, « Rechtsstellung des Verletzten im Strafverf. », *NStZ*, 1984, *art. cit.*, p. 401.

³³⁶³ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 97 et 103 ; RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C, op. cit.*, p. C 26, n° 28.

³³⁶⁴ RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C, op. cit.*, p. C 26, n° 28 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 97.

³³⁶⁵ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3364.

³³⁶⁶ *Ibid.*

³³⁶⁷ *Ibid.*

³³⁶⁸ *Ibid.* Dans ce sens égal. RIEß, Peter, « Zukunft des Legalitätsprinzips », *NStZ*, 1981, *art. cit.*, p. 9, qui est revenu cependant sur sa position, v. not. du même auteur, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C, op. cit.*, p. C 80 et s., n° 115 et s. et spéc. C 81 n° 117.

le droit de demander à ce que l'auteur d'une infraction soit poursuivi par l'état.³³⁶⁹ Ce point continue avec raison de susciter la controverse dans la doctrine, la critique étant dirigée ici notamment contre la profusion de pouvoirs dont dispose le procureur.³³⁷⁰ Depuis l'introduction du § 153a StPO, il a été créé un type de procédure abrégée dans lequel le pouvoir d'enquête, décisionnel et de sanction sont réunis dans les seules mains du ministère public sans qu'une autorité indépendante de contrôle soit véritablement en mesure d'influer sur la question.³³⁷¹ À cet égard, l'accord requis du tribunal n'est pas un correctif efficace puisque celui-ci est donné généralement de manière routinière.³³⁷² La question de savoir s'il s'agit d'une décision exigeant l'approbation du juge est de surcroît laissée à l'appréciation du procureur qui décidera lui-même de l'étendue du contrôle du magistrat du siège.³³⁷³ Si certains évoquent ici l'effet dissuasif pour le procureur de prendre une décision arbitraire que revêt le § 172 StPO,³³⁷⁴ force est de constater dans les faits qu'un possible contrôle par le juge sur l'ensemble des décisions de classement ne pourrait que rendre plus efficace ce mécanisme de contrôle par une réelle application.

640. Enfin, le § 172 StPO souffre également de la lourdeur de son formalisme, ce que beaucoup voient comme la raison principale des recours limités à cette procédure,³³⁷⁵ l'auteur Peter Riess n'hésitant pas à parler ici d'une véritable « *stratégie de dissuasion* »

³³⁶⁹ *Ibid.* Il convient néanmoins ici de noter que la Cour fédérale Constitutionnelle a opéré un revirement jurisprudentiel partiel en reconnaissant dans certains cas, concernant les délits graves portant atteinte à la vie, à l'intégrité, à la libre orientation sexuelle et la liberté des personnes, ou encore les actes criminels commis par des agents publics, infractions pour lesquelles il incombe à l'État un devoir particulier de protection envers les victimes, un droit subjectif d'un tiers à la poursuite d'un auteur présumé d'une infraction par l'État, v. not. BVerfG, déc. du 26.06.2014 – 2 BvR 2699/10, reproduite dans *NStZ-RR*, 2015, p. 117; BVerfG déc. du 06.10.2014 – 2 BvR 1568/12, reproduite dans *NJW*, 2015, p. 150-151, spéc. n° 9 et s.; BVerfG, déc. du 23.03.2015 – 2 BvR 1304/12, reproduite dans *NStZ-RR*, 2015, p. 347-349, spéc. p. 348, II. 1. et 2. (v. aussi. dév. au n° 651 de cette thèse).

³³⁷⁰ D'avis contraire not. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 41, n° 7; SCHÜNEMANN, Bernd, « Ausbau der Opferstellung im Strafprozeß », dans *FS-Hamm*, 2008, art. cit., p. 699; WERNER, Karin, « Rechtsstellung des Verletzten im Strafverf. », *NStZ*, 1984, art. cit., p. 401 et 403; RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, Gutachten C, op. cit., p. C 79-C 83, n° 113-119; BISCHOFF, Georg, *Das Klageerzwingungsverfahren*, op. cit., p. 267 et s.; WEIGEND, Thomas, « Viktimologie u. kriminalpolitische Überlegungen z. Stellung des Verletzten », *ZStW*, 3-1984, art. cit., p. 787-788.

³³⁷¹ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 97.

³³⁷² WERNER, Karin, « Rechtsstellung des Verletzten im Strafverf. », *NStZ*, 1984, art. cit., p. 401; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 41, n° 7; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 97.

³³⁷³ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 97.

³³⁷⁴ En ce sens BISCHOFF, Georg, « Praxis des Klageerzwingungsverfahrens », *NStZ*, 1988, art. cit., p. 64; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 41, n° 3; HEFENDEHL, Roland, « Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren », *GA*, 1999, art. cit., p. 584.

³³⁷⁵ V. not. BISCHOFF, Georg, « Praxis des Klageerzwingungsverfahrens », *NStZ*, 1988, art. cit., p. 64; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 41, n° 12.

(“Abschreckungsstrategie”).³³⁷⁶ Le recours doit faire état des raisons et moyens de preuves et en conséquence d’éléments concrets se rapportant à la personne soupçonnée pour le soupçon initial³³⁷⁷ et doit être signé par un avocat (§ 72 al. 3 StPO). Il s’agirait ici d’éviter les requêtes abusives sans fondement et quérulentes.³³⁷⁸ Selon la Cour régionale supérieure de Munich, il ne serait pas encore suffisant que l’avocat reprenne littéralement les conclusions écrites de la personne lésée en ajoutant qu’il assume la responsabilité pour le contenu.³³⁷⁹ Il est bien plus exigé, au-delà des conditions explicites de la norme, que le recours se soit penché en détail sur la décision de classement du procureur,³³⁸⁰ condition qui malgré son caractère contestable³³⁸¹ n’a pas non plus été invalidée par la Cour fédérale constitutionnelle.³³⁸² En outre, le recours doit être suffisamment détaillé pour que le tribunal soit en mesure d’examiner le bien-fondé de la demande,³³⁸³ la simple référence aux pièces écrites transmises n’étant pas suffisante.³³⁸⁴ Le requérant doit également prouver qu’il a respecté les délais prévus pour la plainte conformément au § 172 al. 2 StPO.³³⁸⁵ En pratique, ces conditions exagérées contribuent pour beaucoup à décourager un recours à ce moyen de contrôle.³³⁸⁶ Une étude empirique de 1982 concernant les juridictions des Cours régionales supérieures de Dusseldorf, Hamm et Cologne notait en effet que 83,9 % des recours sur la base du § 172 StPO étaient déclarés irrecevables faute de remplir les conditions requises, parmi lesquels 65,9 % l’étaient en raison du fondement trop succinct du recours (par exemple défaut d’analyse de

³³⁷⁶ RIEß, Peter, « Alte und neue aktuelle Fragen im Klageerzwingungsverfahren - Notanwalt, Ermittlungserzwingung - », *NStZ*, n° 10, 1986, p. 433.

³³⁷⁷ V. not. OLG Oldenburg, déc. du 27.02.1986 – Ws 22/86, reproduite dans *MDR*, 1986, p. 692.

³³⁷⁸ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 7, § 41, n° 12.

³³⁷⁹ V. not. OLG München, déc. du 04.01.1984 - 1 Ws 651, 1090/83, reproduite dans *NStZ*, 1984, p. 281.

³³⁸⁰ OLG Koblenz, déc. du 02.06.1977 - 1 Ws 123/77, reproduite dans *NJW*, 1977, p. 1461 ; OLG Düsseldorf, déc. du 12.03.1987 - 3 Ws 325/87, reproduite dans *NJW*, 1988, p. 1337; OLG Schleswig, déc. du 19.12.1988 - 2 Ws 598/88OLG, reproduite dans *NStZ*, 1989, p. 286 et commentée par WOHLERS, Wolfgang, « Anm. z. OLG Schleswig, 19.12.1988 - 2 Ws 598/88 », *NStZ*, 1990, p. 98-99 approuvant l’exigence de cette condition.

³³⁸¹ En ce sens not. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 7, § 41, n° 12.

³³⁸² V. not. BVerfG, déc. du 26.10.1978 - 2 BvR 684/78, reproduite dans *NJW*, 1979, p. 364.

³³⁸³ V. p. ex. OLG Hamm, déc. du 14.01. 1993 – 1 Ws 727/92, reproduite dans *GA*, 1993, p. 231-232.

³³⁸⁴ V. p. ex. OLG Celle, déc. du 16.04.1997 - 3 Ws 95/97, reproduite dans *NStZ*, 1997, p. 406.

³³⁸⁵ V. p. ex. OLG Hamm, déc. du 03.12.1991 - 1 Ws 619/91, reproduite dans *NStZ*, 1992, p. 250 et commentée par ASPER, Sigur, « Anm. z. OLG Hamm, 03.12.1991 - 1 Ws 619/91 », *NStZ*, 1992, p. 555-556.

³³⁸⁶ BISCHOFF, Georg, « Praxis des Klageerzwingungsverfahrens », *NStZ*, 1988, *art. cit.*, p. 64 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 7, § 41, n° 12 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 103.

la décision de classement ou de description du déroulement des investigations).³³⁸⁷ Ce lourd formalisme semble donc bien constituer la raison principale de l'échec de la grande majorité des procédures du § 172 StPO.³³⁸⁸

b. L'action privée (Privatklage)

641. Dans le cadre de classement sans suite concernant un délit pénal à caractère privé, la personne lésée pourra recourir au § 374 StPO, souvent perçu comme une « *compensation* » pour les cas dans lesquels un recours selon le § 172 StPO serait exclu.³³⁸⁹ Conformément aux §§ 374 et s. StPO, elle dispose de la possibilité, si le procureur a classé l'affaire la concernant tout en la renvoyant au dispositif de l'action privée, de porter elle-même l'action devant le tribunal pour que le juge en apprécie le bien-fondé. Dans le texte des formulaires standardisés utilisés par le ministère public, il est indiqué qu' « *[i]l s'agit concernant l'action privée d'une procédure présentant toutes les garanties légales qui vous procure – à l'instar d'une procédure officielle à l'initiative du ministère public – une protection juridique à part entière contre tout individu* ». ³³⁹⁰ Mais ces termes sonnent au mieux creux et au pire plus comme une provocation pour les personnes lésées.³³⁹¹ En effet, la voie coûteuse de l'action privée – en théorie hautement respectueuse des garanties juridiques – revient dans la pratique pour beaucoup à un refus pur et simple de garantir une protection juridique intégrale.³³⁹²

³³⁸⁷ BISCHOFF, Georg, *Das Klageerzwingungsverfahren*, op. cit., p. 105 et s.; du même auteur, « Praxis des Klageerzwingungsverfahrens », *NStZ*, 1988, art. cit., p. 64; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 103.

³³⁸⁸ V. en ce sens e. a. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 41, n° 12; BISCHOFF, Georg, « Praxis des Klageerzwingungsverfahrens », *NStZ*, 1988, art. cit., p. 64.

³³⁸⁹ V. p. ex. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 41, n° 7; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 376 StPO », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 6; HILGER, Hans, « § 376 StPO », dans *LR*²⁶, art. cit., n° 2; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 94 et 104, qui expose l'opinion majoritaire en se positionnant néanmoins de manière critique par rapport à celle-ci.

³³⁹⁰ Traduit de la formule originale „Bei der Privatklage handelt es sich um ein mit allen Rechtsgarantien ausgestattetes Verfahren, dass Ihnen – nicht anders als ein Offizialverfahren – einen vollwertigen Rechtsschutz gegen jedermann gewährt.“ V. à ce sujet aussi GREBING, Gehardt, « Abschaffung oder Reform der Privatklage ? », *GA*, 1984, art. cit., p. 10-11; WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, op. cit., p. 484-485; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 104.

³³⁹¹ VELTEN, Petra, « Vor § 374 », dans *SK*, art. cit., p. 32, n° 10; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 104; GREBING, Gehardt, « Abschaffung oder Reform der Privatklage ? », *GA*, 1984, art. cit., p. 10-11.

³³⁹² V. p. ex. ARZT, Gunther, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, op. cit., p. 158; RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, *Gutachten C*, op. cit., p. C 21-C 24, n° 23-26; KAISER, Günther, *Kriminologie*, op. cit., p. 366-367, § 37, n° 26; MAIWALD, Manfred, « Beteiligung des Verletzten am Strafverf. », *GA*, 1970, art. cit., p. 47-48; WERNER, Karin, « Rechtsstellung des Verletzten im Strafverf. », *NStZ*, 1984, art. cit., p. 401; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfugung der StA im EV*, op. cit., p. 103-104.

642. Dans les faits, l'action publique ne joue en réalité presque aucun rôle et le nombre de ces procédures ne cesse de décroître.³³⁹³ Alors qu'il était enregistré sous la République de Weimar entre 65.0000 et 120.000 de ces recours, on n'en dénombrait plus que 14.000 en 1971 et tout juste 374 en 2017.³³⁹⁴ Le nombre d'affaires dans lesquelles le ministère public renvoyait la victime en 2017 à la voie privée était pourtant de 190.030.³³⁹⁵ Cela signifie donc en pratique que la partie lésée a recouru à ce mécanisme dans à peine 0,2 % des cas. La fonction principale de l'action privée est en conséquence assimilée par beaucoup à juste titre plus comme une possibilité pratique supplémentaire de classement (sans contrôle postérieur du juge) que comme un contrôle judiciaire efficace.³³⁹⁶

643. Une des raisons expliquant le recours très limité à cette action est la procédure de médiation exigée en amont au § 380 StPO³³⁹⁷ dont le but est de parvenir à un compromis qui permettrait à la fois de restaurer la paix sociale et de désencombrer les tribunaux.³³⁹⁸ Dans 50 % de ces procédures préalables, les parties aboutissent à un accord à l'amiable.³³⁹⁹ Le recours à l'action privée est alors exclu car celui-ci requiert l'échec de la médiation préalable dont doit s'assurer d'office le tribunal.³⁴⁰⁰

³³⁹³ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 104 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 104 ; GREBING, Gehardt, « Abschaffung oder Reform der Privatklage ? », GA, 1984, art. cit., p. 6 ; HILGER, Hans, « Vor § 374 StPO », dans LR²⁶, op. cit., p. 21, n° 4.

³³⁹⁴ Pour les derniers chiffres, se rapporter aux données statistiques de l'activité des tribunaux pénaux, STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafgerichte, Fachserie 10 Reihe 2.3 - 2017*, Destatis, 2018, rap. préc., p. 24, tableau 2.1, sous le chiffre 14. V. aussi HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 104-105, dont les constatations s'arrêtent néanmoins à l'année 2003 ; VELTEN, Petra, « Vor § 374 », dans SK, art. cit., p. 32, n° 10 ; HILGER, Hans, « Vor § 374 StPO », dans LR²⁶, art. cit., p. 21, n° 4.

³³⁹⁵ STATISTISCHES BUNDESAMT, *StAen, Fachserie 10 Reihe 2-6 - 2017*, Destatis, 2018, rap. préc., p. 26, tableau 2.2.1.1, sous le chiffre 45.

³³⁹⁶ Dans ce sens e. a. RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C*, op. cit., p. C 23, n° 23 ; VELTEN, Petra, « Vor § 374 », dans SK, art. cit., p. 32, n° 10 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 105 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 103 et s. ; WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, op. cit., p. 483-484.

³³⁹⁷ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 104 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 65 ; GREBING, Gehardt, « Abschaffung oder Reform der Privatklage ? », GA, 1984, art. cit., p. 8.

³³⁹⁸ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 13, § 63, n° 16.

³³⁹⁹ VELTEN, Petra, « Vor § 374 », dans SK, art. cit., p. 32, n° 10 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 105 ; GREBING, Gehardt, « Abschaffung oder Reform der Privatklage ? », GA, 1984, art. cit., p. 8, spéc. n. 51.

³⁴⁰⁰ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 105 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 13, § 63, n° 15.

644. Le taux de succès de l'action privée est très faible (entre 6 et 8 %) ³⁴⁰¹ et le mépris de la jurisprudence pour cette procédure est exprimé sans ambages : « *il s'agit concernant l'action privée d'une procédure exceptionnelle qui sert à ce qu'un prétendu droit de sanction puisse être mis en œuvre [...]. Par le biais de l'action privée sont portées en général des querelles privées insignifiantes mais chargées émotionnellement devant le juge* ». ³⁴⁰² Il va sans dire que le requérant aura tout intérêt à se faire dès le début à l'idée que les tribunaux n'hésiteront pas à faire usage de leur possibilité de classer l'affaire conformément au § 383 al. 2 StPO si la responsabilité de l'auteur leur semble trop insignifiante ³⁴⁰³ sans pour autant que le plaignant soit libéré des frais de procédure qui resteront à sa charge en vertu du § 471 al. 3, n° 2 StPO. ³⁴⁰⁴ Ce dernier point est d'ailleurs peut-être un des aspects les plus dissuasifs de l'action privée. ³⁴⁰⁵

645. À côté de la procédure de médiation et les faibles chances de réussite, le législateur a parsemé d'embûches le chemin de la victime privée qui souhaiterait recourir aux §§ 374 et s. StPO. ³⁴⁰⁶ Selon le § 16 al. 1 GKG [loi relative aux frais judiciaires] (auquel renvoie le § 379a StPO), le requérant est tenu de verser une avance sur les frais de procédure. S'il ne paye pas dans les délais impartis, l'action privée sera rejetée conformément au § 379a al. 3 StPO excluant par là-même, selon l'opinion majoritaire, la possibilité de recourir une nouvelle fois à ce mécanisme juridique. ³⁴⁰⁷ Sur demande de la personne soupçonnée, le requérant devra

³⁴⁰¹ VELTEN, Petra, « Vor § 374 », dans SK, art. cit., p. 32, n° 10 ; BERCKHAUER, Friedhelm et STEINHILPER, Gernot, « Opferschutz durch Strafrecht und Strafverfahren? », dans H. JANSSEN (éd.), *Verbrechensopfer, Sozialarbeit und Justiz*, 2^e éd., Bonn Bad-Godesberg, 1986, p. 87 ; RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C*, op. cit., p. C 22, n° 23 ; BOHLANDER, Michael, « Zu den Anforderungen an die Privatklageschrift nach § 381 StPO », *NStZ*, n° 9, 1994, p. 420 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 13, § 63, n° 4.

³⁴⁰² Traduit librement de la formule originale „Beim Privatklageverfahren handelt es sich um ein Ausnahmeverfahren, das der durchsetzung eines vermeintlichen Strafanspruchs dient [...]. Im Wege der privatklage [...] werden in der Regel Bagatellhafte private Auseinandersetzungen mit großem emotionalem Engagement einer gerichtlichen Prüfung zugeführt.“ LG Bonn, déc. du 28.11.1990 - 35 Qs 11/90, reproduite dans *NStZ*, 1991, p. 205. V. à cet égard égal. BOHLANDER, Michael, « Zu den Anforderungen an die Privatklageschrift », *NStZ*, 1994, art. cit., p. 420 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 13, § 63, n° 3.

³⁴⁰³ RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C*, op. cit., p. C 22, n° 23 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 105 ; GREBING, Gehardt, « Abschaffung oder Reform der Privatklage ? », *GA*, 1984, art. cit., p. 9 ; HILGER, Hans, « Vor § 374 StPO », dans *LR*²⁶, art. cit., p. 21, n° 4.

³⁴⁰⁴ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 13, § 63, n° 3 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 106.

³⁴⁰⁵ V. n. 3404.

³⁴⁰⁶ HILGER, Hans, « Vor § 374 StPO », dans *LR*²⁶, art. cit., p. 23, n° 13 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 105 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 13, § 63, n° 3 ; WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, op. cit., p. 483.

³⁴⁰⁷ En ce sens, not. BayObLG, déc. du 10.01.1956 - RReg. 3 St 180/55, reproduite dans *NJW*, 56, p. 758-759 ; OLG Hamm, déc. du 16.02.1953 - 2 Vs 40/52, reproduite dans *NJW*, 1953, p. 717 ; LG Bonn, déc. du 28.11.1990 - 35 Qs 11/90, reproduite dans *NStZ*, 1991, p. 204-205. HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche*

également apporter une garantie financière selon les §§ 379 StPO et 110 al. 1, 1^e phrase ZPO [code de procédure civil] pour les frais que celle-ci devrait déboursier et il lui reviendra, en cas de rejet de sa demande, à côté des frais de procédure généraux d'assumer les dépens de la personne accusée (§ 471 al. 2 StPO).

646. Par ailleurs, font défaut au plaignant de l'action privée les pouvoirs coercitifs du ministère public pour une élucidation réussie des faits incriminés et il revient au seul tribunal de fixer l'ampleur de la procédure probatoire (§ 384 al. 3 StPO) dans le sens où il peut à tout moment refuser une demande d'administration de preuve du plaignant.³⁴⁰⁸

647. Cela n'étonne donc pas que l'action privée soit considérée comme une procédure « *trop lourde, longue coûteuse et difficile pour proposer un traitement satisfaisant de délits de bagatelle à caractère hautement personnel* ». ³⁴⁰⁹ Le requérant devra bien plus surmonter nombre de barrières psychologiques, légales et financières pour parvenir à ses fins,³⁴¹⁰ ce qui mène de fait à une impunité non méritée de l'auteur et à une insécurité juridique.³⁴¹¹ Le « *chemin de croix* » (« *Leidensweg* ») du requérant aboutit à « *une négation de fait* » (« *faktische Rechtslosstellung* ») de la protection juridique dont est censé bénéficier tout un chacun.³⁴¹²

c. Recours en vertu des §§ 23 et s. EGGVG ?

648. Les mécanismes prévus aux §§ 172 et 374 StPO ne proposant pas de contrôle intégral des décisions de classement du procureur pour la victime, on aurait pu envisager recourir à la

Ermittlungstätigkeit, op. cit., p. 105-106, qui s'est, nous semble-t-il, néanmoins trompée dans la désignation de certains paragraphes cités ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 379a StPO », *StPO-Ko.*, op. cit., n° 11. D'avis contraire not. OLG Hamburg, déc. du 27.01.1989 - 1 Ws 283/88, reproduite dans *NStZ*, 1989, p. 244-245 ; HILGER, Hans, « § 379a StPO », dans *LR*²⁶, p. 71-72, n° 14-16 ; VELTEN, Petra, « § 379a StPO », dans *SK*, art. cit., p. 83-84, n° 11.

³⁴⁰⁸ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 106.

³⁴⁰⁹ Traduit des termes „zu schwerfällig, zeitaufwendig und kostenintensiv, um eine Befriedigende Bewältigung von „höchstpersönlichen Bagatelldelikten“ zu gewährleisten,“ v. KAISER, Günther, *Kriminologie*, op. cit., p. 366-367, § 37, n° 26 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 106.

³⁴¹⁰ FEZER, Gerhard, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 13, Fall 1, n° 69 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 13, § 63, n° 3.

³⁴¹¹ LISZT, Franz (von), *Aufsätze und kleinere Monographien*, vol. 1, Hildesheim [e. a.], Olms-Weidmann, 1905, p. 23 ; NAGLER, Johannes, « Die Protokolle der Strafrechtskommission unter Berücksichtigung ihres Einflusses auf den Entwurf zur Strafprozeßordnung und die geplante Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz », *GS*, vol. 73, 1905, p. 173 ; MAIWALD, Manfred, « Beteiligung des Verletzten am Strafverf. », *GA*, 1970, art. cit., p. 47-48.

³⁴¹² RIESS, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, *Gutachten C*, op. cit., p. C 22-C 23, C 24, C 70-C 73, n° 23, 26 et 103, repris égal. par HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 107.

voie ouverte subsidiairement par les §§ 23 et s. EGGVG. Dans le cadre de cette procédure, les tribunaux de l'ordre judiciaire sont appelés à juger de la légalité de décisions, d'ordres ou autres mesures prises par les autorités judiciaires pour régler des situations particulières, entre autres, dans le cadre de la justice pénale (§ 23 al. 1 EGGVG). Ce mécanisme est une concrétisation de la garantie de protection juridique prévue à l'art. 19 al. 4 GG.³⁴¹³ Il vaut exclusivement pour les actes administratifs adoptés par l'autorité judiciaire et non pour les actes de jurisprudence non concernés par la garantie de l'art. 19 al. 4 GG qui doivent être pris par un juge indépendant.³⁴¹⁴

649. De manière presque unanime, le ministère public est perçu comme une autorité administrative judiciaire au sens du § 23 EGGVG.³⁴¹⁵ Par ailleurs, pour que le § 23 EGGVG s'applique, celle-ci doit agir au nom de l'État pour régler une affaire individuelle dans l'un des domaines nommés au premier alinéa et être susceptible de ce fait de porter atteinte aux droits subjectifs de la personne concernée.³⁴¹⁶ La mesure prise doit en ce sens avoir un impact juridique extérieur direct.³⁴¹⁷ Étant donné les conséquences juridiques immédiates pour la victime d'un classement de l'affaire la concernant, cette condition est établie, et ce, qu'il s'agisse d'un classement sans suite selon le § 170 al. 2 StPO ou d'un classement pour raison d'opportunité.³⁴¹⁸ Cependant, cela ne suffit pas à ce que la jurisprudence considère les actes de procédure du ministère public – c'est à dire toutes les mesures qu'il prend en tant qu'organe juridictionnel pour l'ouverture, la conduite et la clôture de l'action publique –

³⁴¹³ V. not. BGH, déc. du 17.03.1994 - III ZR 15/93, reproduite dans *NJW*, 1995, p. 1950-1954, ici spéc. p. 1951; BVerwG, déc. du 03.12.1974 - I C 11/73, reproduite dans *NJW*, 1975, p. 893-895 (spéc. 893); MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 4.

³⁴¹⁴ MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 5; BÖTTCHER, Reinhard, « Vor § 23 EGGVG », dans *LR*²⁶, *op. cit.*, p. 1153, n° 4 et « § 23 EGGVG », p. 1161, n° 4.

³⁴¹⁵ OVG Lüneburg, déc. du 03.06.1971 - VII OVG A 4/71, reproduite dans *NJW*, 1972, p. 74-475; WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahreinstellungen der StA, op. cit.*, p. 62-63; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 13; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 113; BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 1164, n° 11.

³⁴¹⁶ V. not. OVG Hamburg, déc. du 27.02.1970 - OVG Bf. I 2/69, reproduite dans *NJW*, 1965, p. 776; KG, déc. 07.02.1986 - 1 VA 2/84, reproduite dans *NJW*, 1987, p. 197; KG, déc. du 07.09.1993 - 1 VA 3/93, reproduite dans *NJW-RR*, 1994, p. 571-572; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 21; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 23 EGGVG », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 6.

³⁴¹⁷ OLG Hamm, déc. du 13.07.1972 - 1 VAs 70/72, reproduite dans *NJW*, 1972, p. 2145-2146; OLG Hamm déc. du 01.09.1983 - 7 VAs 17/83, reproduite dans *NStZ*, 1984, p. 136; OLG Hamburg, déc. du 09. 10. 1978 - V As 21/78, reproduite dans *NJW*, 1979, p. 279; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 23.

³⁴¹⁸ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, op. cit.*, p. 113.

comme des mesures administratives judiciaires au sens du § 23 EGGVG.³⁴¹⁹ Ceux-ci sont bien plus, en raison de leur importance fonctionnelle pour la procédure pénale (il s'agit ici de préparer la fonction jurisprudentielle des tribunaux à venir) rattachés aux mesures jurisprudentielles non concernées par le § 23 EGGVG.³⁴²⁰ Ces dernières constituant donc des actes justiciables, un découpage de l'avant-procès en différentes mesures susceptibles de recours devant le juge pourrait ralentir, voire même paralyser la procédure.³⁴²¹ Cette argumentation se fonde ici principalement sur l'unité indissociable des différentes phases de la procédure pénale, qui s'étend de l'enquête à l'ouverture de l'audience en passant par la procédure intermédiaire, et sur le fait qu'un contrôle ultérieur des investigations préliminaires demeure possible dans un autre segment procédurale.³⁴²²

650. Mais ce raisonnement n'est pas sans faille, en particulier lorsqu'il s'agit du contrôle des classements sans suite.³⁴²³ En effet, si l'affaire est classée, l'argument de l'indissociable unité de la procédure pénale ne tient plus, puisque le classement empêche justement que l'enquête n'aboutisse à l'ouverture du procès.³⁴²⁴ Il semble ici donc plus pertinent de s'appuyer sur la condition de subsidiarité de la procédure du § 23 EGGVG (al. 3).³⁴²⁵ D'après celle-ci, cette procédure n'est possible qu'à la condition que le législateur n'ait pas réglé intégralement la question du contrôle des classements sans suite dans le StPO. Or, ce dernier a créé les procédures de l'action privée et d'injonction de mise en mouvement de l'action publique

³⁴¹⁹ En ce sens not. OLG Hamm, déc. du 06.01.1984 - 1 VAs 12/84, reproduite dans *NStZ*, 1984, p. 280-281 ; OLG Hamburg, déc. du 01.11.1985 - VAs 13/85, reproduite dans *StV*, 1986, p. 422-423 ; BVerfG, déc. du 08.11.1983 - 2 BvR 1138/83 et 19.12.1983 - 2 BvR 1731/82, reproduites dans *NStZ*, 1984, p. 228-229 ; HEINRICH, Bernd, « Gerichtliche Nachprüfbarkeit v. Entscheidungen der StA », *NStZ*, 1996, *art. cit.*, p. 113-114.

³⁴²⁰ *Ibid.*, p. 114 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 113.

³⁴²¹ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2244 ; WOHLERS, Wolfgang et DEITERS, Mark, « § 160 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, p. 557, n° 78. Dans ce sens p. ex. OLG Karlsruhe, déc. du 30.04.1982 - 4 VAs 22/82, reproduite dans *NStZ*, 1982, 434-435.

³⁴²² Dans ce sens e. a. OLG Karlsruhe, *NStZ*, 1982, p. 434-435 (v. réf. exactes en n. préc. 3322) confirmée par BVerfG, déc. du 23.07.1982 - 2 BvR 8/82, reproduite dans *NStZ*, 1982, p. 430 (v. à ce propos également le commentaire de jurisprudence de RIEß, Peter, « Anmerkung zum OLG Karlsruhe, 30.04.1982 - 4 VAs 22/82 - Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. IV GG », *NStZ*, n° 10, 1982, p. 435-436) ; OLG München, déc. du 10.01.1983 - 1 VAs 13/82, reproduite dans *NStZ*, 1983, p. 236 ; BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 1184, n° 56.

³⁴²³ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 113 ; BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 1184, n° 54.

³⁴²⁴ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 113 ; BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 1184, n° 54.

³⁴²⁵ Dans ce sens p. ex. OVG Lüneburg, déc. du 03.06.1971 - VII OVG A 4/71, reproduite dans *NJW*, 1972, p. 74-75. V. égal. WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der StA*, *op. cit.*, p. 69-70 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 114-115.

justement pour répondre de manière exhaustive à ce problème particulier.³⁴²⁶ Contourner cette loi spéciale en recourant à la clause générale du § 23 EGGVG conduirait de ce fait à éluder la volonté univoque du législateur.³⁴²⁷

651. Par ailleurs, la condition d'atteinte à un droit subjectif exigée par ce recours sur le fondement du § 24 EGGVG ferait régulièrement défaut dans le cas de la victime puisqu'il n'a pas été reconnu à celle-ci de droit subjectif de principe à ce qu'un délit soit poursuivi par l'État.³⁴²⁸ La Cour fédérale constitutionnelle a certes récemment opéré un revirement jurisprudentiel partiel en admettant qu'il pouvait en être autrement concernant les délits graves portant atteinte à la vie, à l'intégrité, à la libre orientation sexuelle et à la liberté des personnes ainsi que s'agissant des actes criminels commis par des agents publics, infractions pour lesquelles il incombe à l'État un devoir particulier de protection envers les victimes.³⁴²⁹ Elle a néanmoins tenu à réaffirmer que le principe de base restait celui de la non reconnaissance d'un tel droit.³⁴³⁰

652. En conséquence, un recours au § 23 EGGVG de la part de la personne lésée contre une décision de classement du procureur apparaît également exclue.

653. Après ce bref exposé des possibilités ouvertes à la victime pour contrôler l'action du ministère public du côté allemand, force est de constater que ces mécanismes juridiques restent très lacunaires et très peu usités en pratique. Il paraît donc difficile d'y voir un moyen susceptible de rétablir l'équilibre des forces au stade de l'avant-procès face à des autorités de poursuite toutes puissantes. Cela est d'autant plus problématique dans le domaine des infractions d'intérêt général où le chiffre noir en Allemagne est tout aussi dérangeant qu'en

³⁴²⁶ MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 23 EGGVG », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 12 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 39 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 115 ; WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahreinstellungen der StA*, *op. cit.*, p. 69-70. V. p. ex. concernant le caractère exhaustif du § 172 StPO : OLG Bamberg, reproduite dans *JVBl.* 1965, p. 262 ; OVG Lüneburg, déc. du 03.06.1971 - VII OVG A 4/71, reproduite dans *NJW*, p. 1972, 74-75.

³⁴²⁷ V. n. 3426.

³⁴²⁸ V. not. BVerfG, déc. du 08.05.1979 – 2 BvR 782/78 (*BVerfGE* 51, 176-188), reproduite dans *NJW*, 1979, p. 1591-1592 ; BVerfG déc. du 05.11.2001 - 2 BvR 1551/01, reproduite dans *NJW*, 2002, p. 815-816 ; BVerfG, déc. du 09.04.2002 - 2 BvR 710/01, reproduite dans *NJW*, 2002, p. 2861-2862. Sur cette question, v. not. l'argumentation détaillée de WERNER, Karin, *Einfluß des Verletzten auf Verfahreinstellungen der StA*, *op. cit.*, p. 72-76. Il convient néanmoins de noter le revirement partiel de jurisprudence opéré par la Cour fédérale Constitutionnelle, v. réf. en n. 3429.

³⁴²⁹ V. not. BVerfG, déc. du 26.06.2014 – 2 BvR 2699/10, reproduite dans *NStZ-RR*, 2015, p. 117 ; BVerfG déc. du 06.10.2014 – 2 BvR 1568/12, reproduite dans *NJW*, 2015, p. 150-151, spéc. n° 9 et s. ; BVerfG, déc. du 23.03.2015 – 2 BvR 1304/12, reproduite dans *NStZ-RR*, 2015, p. 347-349, spéc. p. 348, II. 1. et 2.

³⁴³⁰ *Ibid.*

France, alors que l'auteure Chantal Cutajar constatait lors d'une de ses interventions à un colloque se rapportant à la corruption en 2010 que les entreprises allemandes perdaient plus de 6 milliards d'euros par an en raison de ces délits.³⁴³¹

654. Du fait de sa tradition légaliste, l'Allemagne semble de prime abord ne pas nécessiter la consécration d'une véritable action civile telle qu'elle trouve application en France, raison pour laquelle l'OCDE n'avait pas estimé indispensable qu'elle élargisse l'accès des victimes sur la scène pénale.³⁴³² Or, comme nous l'avons prouvé lors des développements précédent, l'exception d'opportunité des poursuites, légale depuis 1924, est *de facto* devenue la règle et le procureur allemand en tant que fonctionnaire est lui aussi soumis, même plus encore que son collègue français, au pouvoir exécutif.³⁴³³ Il serait à notre sens donc tout autant justifié d'autoriser la participation encadrée des associations sur la scène procédurale allemande afin de garantir de meilleures chances d'établir des faits délictueux. De même, concernant les délits de corruption pour lesquels § 153a StPO, expression directe de l'opportunisme du procureur allemand, est régulièrement appliqué, il serait particulièrement judicieux que le législateur, en plus d'en préciser les conditions exactes d'application,³⁴³⁴ impose l'obligation de motiver les consentements des différents acteurs requis ainsi que la décision de classement elle-même³⁴³⁵. Le fait que des décisions prises sur le fondement de ces normes sont susceptibles de faire scandale a déjà été illustré précédemment notamment avec l'exemple de l'affaire des financements occultes du parti politique de l'ancien chancelier Helmut

³⁴³¹ CUTAJAR, Chantal, « Indépendance du parquet, condition de l'effectivité de la lutte contre la corruption », dans J. LELIEUR (éd.), *Combattre la corruption sans JI*, art. cit., p. 92.

³⁴³² V. not. les recommandations de l'OCDE différentes à cet effet : OECD, « phase 2 Germany - report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions », 4 juin 2003, p. 45, sous n° 163, en ligne : <<https://www.oecd.org/germany/2958732.pdf>>, consulté dernièrement le 21.11.18 ; OCDE, « France : phase 2 - rapport sur l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales », 22 janvier 2004, p. 56, sous n° 160.8, en ligne : <<http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/conventioncontrelacorruption/26243002.pdf>>, consulté dernièrement le 21.11.18. À noter que la situation fr. s'expliquait à la fois en raison de la règle de l'opportunité des poursuites et de celle du monopole des poursuites du ministère public dans les affaires de corruption consacré dans l'ancien art. 435-6 du CP. V. à ce propos not. CUTAJAR, Chantal, « Plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *Rec. Dal.*, 16-2008, p. 1081-1085, art. cit., sous I- B.

³⁴³³ V. à ce propos dév. aux n° 196 et s., p. 207 et s. de cette thèse.

³⁴³⁴ Comme le demandait d'ailleurs le rapport de l'OCDE de la phase 2 préc. en n. 3432.

³⁴³⁵ SALIGER, Frank, « Grenzen der Opportunität: § 153a StPO u. der Fall Kohl », *GA*, 2005, art. cit., p. 156, spéc. n. 5 ; BEULKE, Werner et FAHL, Christian, « Untreue z. Nachteil der CDU durch Dr. Kohl », *NJW*, 2001, art. cit., p. 426-427, qui en viennent à louer les tribunaux choisissant de motiver leur décision alors que la loi ne prévoit aucune obligation en la matière.

Kohl.³⁴³⁶ Dernièrement, le cas Bernard Charles Ecclestone, millionnaire et chef de la formule 1 soupçonné de corruption et d'incitation à l'abus de confiance avec circonstances aggravantes rentrait lui-même dans l'histoire des classements spectaculaires en vertu du § 153a StPO, alors que l'affaire était classée contre versement de la somme faramineuse de 100.000.000 d'euros.³⁴³⁷ Comment expliquer au justiciable un tel classement sur le fondement d'une norme censée, en principe, ne s'appliquer qu'à des cas de faible importance ?

655. Pourquoi ne pas alors intégrer, comme le recommandait l'OCDE dans son rapport pour la France, un contrôle supplémentaire de l'action publique du procureur en permettant aux associations d'entrer sur la scène procédurale pénale grâce à une action similaire à l'action civile française ? Le professeur allemand Thomas Weigend, connu pour sa position hostile à cette idée concédait dans son ouvrage d'habilitation que l'action civile française avait réglé un des problèmes auxquels se heurtaient les dispositifs allemands, à savoir, elle retirait à la victime la lourde charge de la collecte de preuves et le poids des investigations qui incombent au procureur et/ou au magistrat instructeur.³⁴³⁸ Il indiquait toutefois, en raison de l'importance des abus de constitutions de partie civile, que le prix à payer pour l'État était tel que ce mécanisme était en son sens inenvisageable en Allemagne.³⁴³⁹ Au vu du nombre actuel stable des constitutions de parties civiles, il nous semble que cette idée devrait être reconsidérée. Par ailleurs au nom du respect du principe de légalité, le risque d'abus pesant bien peu en comparaison avec le chiffre noir des infractions qui touchent à l'intérêt social, il apparaît urgent de ne pas se satisfaire du *statu quo* qui ne fait que perpétuer l'impunité.

³⁴³⁶ Se reporter à ce sujet aux dév. au n° 444, p. 413 et s., v. égal. SALIGER, Frank, « Grenzen der Opportunität: § 153a StPO u. der Fall Kohl », *GA*, 2005, *art. cit.*, p. 155-176.

³⁴³⁷ V. à ce sujet et sur des cas récents révélateurs des problèmes que fait naître cette disposition légale not. : DEITERS, Mark, « Plädoyer für die Abschaffung des § 153a StPO und die Einführung eines neuen abgekürzten Verfahrens », *GA*, 2015, p. 371-386.

³⁴³⁸ V. not. WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, *op. cit.*, p. 488-491.

³⁴³⁹ *Ibid.*

C – La faiblesse des possibilités d’action *a posteriori* ouvertes au prévenu

656. La situation est encore plus préoccupante pour le prévenu, figure pourtant centrale de la procédure pénale,³⁴⁴⁰ qui n’a que peu d’influence formelle pendant cette phase procédurale, qu’il s’agisse de l’Allemagne (1) ou de la France (2).³⁴⁴¹

1) Les moyens de contrôle de l’enquête *a posteriori* du côté allemand

657. Précisément le prévenu (« *Beschuldigte* »), concerné directement par la procédure pénale, pourrait avoir intérêt à un contrôle *a posteriori* par le juge des décisions prises par les autorités de poursuite. Or, les possibilités de contrôle de l’enquête dont dispose le prévenu à cet égard sont minces,³⁴⁴² les recours ouverts *a posteriori* ne couvrant pas l’ensemble des agissements des autorités de poursuite et étant de surcroît complexes du fait de leur disparité (a).³⁴⁴³ Par ailleurs, la vérification de l’enquête lors de la procédure intermédiaire avant l’ouverture du procès n’apporte pas non plus de garantie suffisante au mis en cause (b).

a. Des recours a posteriori disparates et lacunaires du prévenu dans le cadre de l’enquête

658. Dès lors que les mesures sont adoptées par le juge de l’avant-procès, la situation est relativement claire.³⁴⁴⁴ Elles peuvent normalement être attaquées au moyen d’une plainte sur le fondement du § 304 StPO, à condition que le destinataire de la mesure puisse faire valoir un grief.³⁴⁴⁵ Le mis en cause devra alors déposer sa plainte auprès du tribunal ayant rendu la

³⁴⁴⁰ V. p. ex. la formule de ROGALL, Klaus, « Vor § 133 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 1339, n° 9, qui parle de « *Zentralgestalt des Strafprozesses* » ; en ce sens égal. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 73, n° 102. Du côté fr. rappelant cette prépondérance du mis en cause not. BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 4.

³⁴⁴¹ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 231 ; v. du côté français not. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous II. 2.

³⁴⁴² Dans ce sens e. a. BOTCKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im Ermittlungsverfahren - eine Systematisierung », *StV*, n° 3, 1986, p. 120-125 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 231.

³⁴⁴³ V. p. ex. la déc. du BVerfG, déc. du 30.04.1997 - 2 BvR 817/90, reproduite dans *NJW*, 1997, p. 2163-2165 qui appelait à la simplification des voies de recours ; v. aussi AMELUNG, Knut, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, p. 13 et 62 ; AMELUNG, Knut, « Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 25.08.1999 - 5 AR (VS) 1/99 (BGHSt 45, 183) », *JR*, n° 11, 2000, p. 479-480 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 32.

³⁴⁴⁴ AMELUNG, Knut, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, op. cit.*, p. 13.

³⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 13, 18 et s. et 52 et s. ; ZABECK, Anna, « § 304 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 18, 26 et 30. Une exception, qu’il convient ici en tant que telle d’interpréter restrictivement, vaut selon le § 304 al. 5 StPO pour les décisions d’un juge de l’enquête de la Cour fédérale supérieure (BGH) ou d’une Cour régionale supérieure (OLG) qui ne pourront être attaquées sur le fondement de cette disposition que s’il s’agit d’une des mesures limitativement

décision litigieuse, qui devra la réviser lui-même s'il l'estime justifiée ou, le cas échéant, la transmettre immédiatement (dans un délai de 3 jours au plus tard) à l'instance supérieure compétente pour que celle-ci puisse en apprécier (v. § 306 StPO).

659. La personne concernée par la mesure pourra généralement toujours se prévaloir d'un grief lorsque l'acte en question n'est pas encore terminé et touche directement un droit fondamental.³⁴⁴⁶ En revanche, le motif de la plainte disparaît régulièrement quand la mesure est exécutée et ne produit plus d'effet envers son destinataire.³⁴⁴⁷ La procédure de plainte sur le fondement du § 304 StPO ne prévoit pas la possibilité pour le juge de rendre une décision procédant à de simples constatations telles celles par exemple du § 28 al. 1, 4^e phrase EGGVG.³⁴⁴⁸ Néanmoins, la nécessité de garantir une protection judiciaire effective ancrée à l'art. 19 al. 4 GG impose – selon la jurisprudence de la Cour fédérale Constitutionnelle – de permettre à la partie affectée, dans les cas d'atteintes graves à ses droits fondamentaux, quand bien même celles-ci seraient terminées, de demander au juge d'examiner la légitimité de la mesure en cause, si les effets de cette dernière sont intervenus dans un intervalle de temps au cours duquel il était à peine possible au destinataire de l'acte d'obtenir une protection juridique satisfaisante lors de l'instance donnée dans le respect des règles procédurales en vigueur.³⁴⁴⁹ La requête d'une décision procédant à une constatation sur le fondement du § 304 StPO sera alors possible, la compétence d'annulation de la mesure du juge explicitement prévue impliquant *a fortiori* la simple possibilité de constater l'illégitimité de la mesure.³⁴⁵⁰ En conséquence, une plainte contre un ordre de perquisition du juge de l'enquête ne pourra pas être déclarée irrecevable en raison d'une caducité procédurale résultant de son exécution, puisque cette mise en œuvre n'entraîne pas pour autant la

énumérées à ce § telles e. a. une arrestation, une perquisition, ou une saisie. L'interprétation restrictive est induite par le caractère exceptionnel de cette règle. V. en ce sens concernant l'exception de l'al. 4 (mais l'argument s'applique pour les mêmes raisons à l'al. 5) not. BGH, déc. du 01.06.1984 - 6 BJs 69/76 - StB 7/84 (BGHSt, 32, 365), reproduite dans NJW, 1984, p. 1975 ; BGH déc. du 19.03.1986 - 1 StE 4/85 StB 2 et 3/86 (BGHSt, 34, 34), reproduite dans NJW, 1986, p. 1821-1822. V. égal. ZABECK, Anna, « § 304 StPO », dans KK, art. cit., n° 19.
³⁴⁴⁶ AMELUNG, Knut, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op. cit., p. 18 ; ZABECK, Anna, « § 304 StPO », dans KK, art. cit., n° 30 ; MEYER-GÖßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Vor § 296 StPO », dans StPO-Ko., op. cit., n° 7-16.

³⁴⁴⁷ AMELUNG, Knut, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op. cit., p. 58 ; ZABECK, Anna, « § 304 StPO », dans KK, art. cit., n° 31.

³⁴⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁴⁹ BVerfG, déc. du 30.04.1997 - 2 BvR 817/90 e. a. (BVerfGE 96, 27), reproduite dans NJW, 1997, p. 2163-2165.

³⁴⁵⁰ AMELUNG, Knut, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op. cit., p. 59.

caducité de l'acte en question.³⁴⁵¹ La même chose vaut pour les ordres de saisie par le juge³⁴⁵² et pour les écoutes téléphoniques,³⁴⁵³ pour lesquels – à côté d'autres mesures d'enquête secrète du § 101 al. 1 StPO – l'octroi d'un recours juridictionnel *a posteriori* est désormais explicitement prévu dans le § 101 al. 7, 2^e phrase StPO. Concernant les atteintes corporelles³⁴⁵⁴ et les entraves à la liberté générale individuelle, une plainte conformément au § 304 StPO restera également recevable, même après leur achèvement.³⁴⁵⁵

660. La situation est plus compliquée concernant les mesures d'enquêtes adoptées par le ministère public, les possibilités de recours *a posteriori* se révélant en l'espèce particulièrement disparates.³⁴⁵⁶ Certaines règles prévoient directement la possibilité d'attaquer l'acte en question devant un juge, d'autres non, laissant entière la question d'un recours aux dispositions générales ancrées aux §§ 23 EGGVG.³⁴⁵⁷ De l'enchevêtrement de principes différents résulte une pluralité de contrôles qui nuit à la visibilité et clarté du régime de protection contre les actes d'investigation pris par les autorités de poursuite au détriment certain du prévenu.³⁴⁵⁸

661. Pour tenter néanmoins une systématisation, valent en principe ici des règles similaires à celles évoquées plus haut pour la victime à propos des §§ 23 EGGVG et s.³⁴⁵⁹ L'opinion majoritaire considère *en principe* que l'activité du ministère public durant l'avant-procès – dans la mesure où il s'agirait d'actes procéduraux concernant l'ouverture, la conduite et l'aménagement de l'enquête – ne rentre pas dans le champ d'application du § 23 EGGVG.³⁴⁶⁰ Il est ici aussi avancé que les recours juridictionnels pour contester de telles mesures seraient prévus de manière exhaustive par le StPO, excluant toute application de la règle générale des

³⁴⁵¹ BVerfG, déc. du 12.09.1997, 2 BvR 176/96, citée d'après *Juris* ; BVerfG, déc. du 15.07.1998, 2 BvR 446/98, reproduite dans *NJW*, 1999, p. 273-274.

³⁴⁵² BVerfG, déc. du 15.07.1998, 2 BvR 446/98, reproduite dans *NJW*, 1999, p. 273-274.

³⁴⁵³ BVerfG, déc. du 14.12.2004 - 2 BvR 1451/04, reproduite dans *NJW*, 2005, p. 1855-1857.

³⁴⁵⁴ V. par. ex. concernant un prélèvement sanguin sur le fondement du § 81a StPO, BVerfG, déc. du 12.02.2007, 2 BvR 273/06, reproduite dans *NJW*, 2007, p. 1345-1346.

³⁴⁵⁵ ZABECK, Anna, « § 304 StPO », dans *KK*, art. cit., n° 31.

³⁴⁵⁶ AMELUNG, Knut, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op. cit., p. 13 et 62.

³⁴⁵⁷ *Ibid.*

³⁴⁵⁸ *Ibid.*

³⁴⁵⁹ Se reporter aux n° 648 et s., p. 578 et s.

³⁴⁶⁰ V. p. ex. OLG Frankfurt a.M., déc. du 11.10.2004 - 3 VAs 34/04, reproduite dans *NStZ-RR*, 2005, p. 13 ; OLG Frankfurt a.M., déc. du 18.09.2007 - 3 VAs 33/07, reproduite dans *NStZ-RR*, 2008, p. 78 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, art. cit., p. 2872, n° 31.

§§ 23 et s. EGGVG.³⁴⁶¹ Par ailleurs ces actes ne revêtiraient pas le caractère décisif requis pour retenir une mesure administrative judiciaire attaquable selon le § 23 EGGVG.³⁴⁶² Elles seraient bien plus d'ordre seulement préparatoire pour une décision future – telle par exemple la décision d'ouvrir un procès (§ 170 al. 1 StPO) – pour laquelle sont prévues suffisamment de garanties juridictionnelles – telle la procédure intermédiaire dans le cas d'une accusation sur le fondement du § 170 al. 1 StPO –³⁴⁶³ à l'occasion desquelles ces mesures préliminaires pourront être examinées.³⁴⁶⁴ Permettre de contester séparément ces actes préparatoires ne serait donc pas utile et risquerait au contraire de retarder abusivement la procédure.³⁴⁶⁵ Ainsi ne pourront-ils pas, en principe, faire l'objet d'une procédure annexe initiée par la personne directement concernée.³⁴⁶⁶

662. Mais, il ne peut être apporté de réponse satisfaisante à la question de la garantie efficace d'un contrôle *a posteriori* des mesures au stade de l'enquête préliminaire par le juge du siège sans considérer à sa juste valeur le principe à valeur constitutionnelle de la nécessité d'une protection juridique effective, ancré à l'art. 19 al. 4 GG, d'autant plus important au vu des atteintes graves aux droits et libertés fondamentaux menaçant particulièrement le prévenu, destinataire direct des diverses mesures d'enquête et donc premier concerné.³⁴⁶⁷ C'est ici ce qui justifie deux exceptions importantes au refus de principe de permettre la contestation devant le juge des mesures d'investigation dans le cadre de l'avant-procès.³⁴⁶⁸

³⁴⁶¹ BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 1193, n° 82 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, art. cit., p. 2872, n° 31.

³⁴⁶² V. p. ex. BVerfG déc. du 02.10.2003 - 2 BvR 660/03, reproduite dans *NStZ*, 2004, p. 447 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, art. cit., p. 2872, n° 31 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 23 EGGVG », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 9 ; BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 1183-1185, n° 53-54.

³⁴⁶³ Cette procédure est néanmoins loin d'apporter entière satisfaction en la matière. V. à ce sujet les développements aux n° 676 et s., p. 606 et s. de cette thèse.

³⁴⁶⁴ V. n. 3462.

³⁴⁶⁵ MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, art. cit., n° 31 ; BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR²⁶*, art. cit., p. 1185, n° 57.

³⁴⁶⁶ V. p. ex. OLG Frankfurt a. M., déc. reproduite dans *NStZ-RR*, 2005, p. 13, v. n. 3460.

³⁴⁶⁷ MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, art. cit., p. 2872, n° 32.

³⁴⁶⁸ WOHLERS, Wolfgang et DEITERS, Mark, « § 160 StPO », dans *SK*, art. cit., p. 556, n° 75 ; dans le même ouvrage, PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », p. 826-827, n° 24 ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, art. cit., p. 2244 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 23 EGGVG », dans *StPO-Ko.*, op. cit., n° 10 ; BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, art. cit., p. 121.

663. Après avoir longtemps laissé cette question en suspens,³⁴⁶⁹ la Cour fédérale constitutionnelle allemande consacra ainsi au cours de l'année 2003 un premier tempérament, en déclarant qu'il ne pouvait être refusé à la personne concernée d'attaquer une mesure d'enquête lorsque celle-ci se révélait être arbitraire.³⁴⁷⁰

664. La deuxième exception concerne, quant à elle, les actes coercitifs attentatoires aux libertés fondamentales et s'établit progressivement, non sans une certaine réticence dans la pratique.³⁴⁷¹ Les tribunaux pénaux se montrèrent d'abord particulièrement hésitants et tentèrent par tous les moyens de restreindre au maximum l'étendue de ce tempérament.³⁴⁷² Il recoururent entre autres notamment largement à la figure de la « *caducité procédurale* » d'une mesure ordonnancée par les autorités de poursuite du fait de son exécution (dans un premier temps avec la bénédiction de la Cour fédérale constitutionnelle³⁴⁷³) selon laquelle il n'était généralement plus besoin de décider d'une plainte contre un acte d'investigation telle une perquisition, dès lors que celle-ci avait été exécutée : la mise en œuvre de la mesure entraînant sa caducité procédurale, le prévenu n'était alors plus en mesure de se prévaloir d'un intérêt à agir devant le juge requis par les §§ 23 et s. EGGVG.³⁴⁷⁴ Le droit d'accès au dossier au cours de l'enquête préliminaire atteste également de la forte opposition des tribunaux à accorder une protection pour toute mesure attentatoire aux libertés

³⁴⁶⁹ Même si la tendance était ici d'admettre un recours en cas d'action arbitraire des autorités de poursuite, les formulations restaient évasives, v. BVerfG, déc. du 08.05.1979 - 2 BvR 782/78, reproduite dans *NJW*, 1979, p. 1591 ; BVerfG, déc. du 08.11.1983 - 2 BvR 1138/83, reproduite dans *NJW*, 1984, p. 1451 ; BVerfG, déc. du 19.12.1983 - 2 BvR 1731/82, reproduite dans *NStZ*, 1984, p. 228-229 ; BVerfG, déc. du 23.07.1982 - 2 BvR 8/82, reproduite dans *NStZ*, 1982, p. 430. Pour la reconnaissance non équivoque d'un recours du prévenu contre une décision arbitraire du procureur not. : HEINRICH, Bernd, « Gerichtliche Nachprüfbarkeit v. Entscheidungen der StA », *NStZ*, 1996, *art. cit.*, p. 113 et s.

³⁴⁷⁰ BVerfG, déc. du 02.10.2003 - 2 BvR 660/03, reproduite dans *NStZ*, 2004, p. 447. V. égal. en ce sens KG, déc. du 31.05.2010 - 1 VAs 40/09 - 1 Zs 1865/09, reproduite dans *StraFo*, 2010, p. 428-429 ; OLG Jena, déc. du 19.08.2004 - 1 VAs 5/04, reproduite dans *NStZ*, 2005, p. 343-344, spéc. n° 3 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, *art. cit.*, n° 32 ; BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR²⁶*, *art. cit.*, p. 1205-1206, n° 112 ; HEINRICH, Bernd, « Gerichtliche Nachprüfbarkeit v. Entscheidungen der StA », *NStZ*, 1996, *art. cit.*, p. 111 et s. Critique quant au champ d'application de cette jurisprudence not. KÖLBEL, Ralf, « (Vorbeugender) Rechtsschutz gegen Ermittlungsverfahren? », *JR*, n° 8, 2006, p. 325 et s., qui souhaiterait étendre la protection juridique en garantissant un recours (préventif) contre l'ouverture même d'une enquête.

³⁴⁷¹ PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », dans *SK*, *art. cit.*, p. 826-827 n° 24.

³⁴⁷² *Ibid.*

³⁴⁷³ V. BVerfG, déc. du 11.10.1978 - 2 BvR 1055/76, reproduite dans *NJW*, 1979, p. 154-155. La Cour fédérale constitutionnelle n'opéra un revirement de jurisprudence qu'en 1997 avec sa décision du 30.04.1997 - 2 BvR 817/90, reproduite dans *NJW*, 1997, p. 2163.

³⁴⁷⁴ V. à ce sujet not. PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », dans *SK*, *art. cit.*, p. 826, n° 24.

fondamentales.³⁴⁷⁵ En effet, jusqu'à l'introduction du § 478 al. 1, 1^e phrase StPO,³⁴⁷⁶ l'opinion majoritaire doctrinale comme jurisprudentielle (là aussi dans un premier temps validée par la Cour fédérale constitutionnelle) partait du principe que le refus d'accorder un droit d'accès au dossier ne revêtait pas la qualité d'acte judiciaire administratif et était donc insusceptible de recours selon les §§ 23 et s. EGGVG.³⁴⁷⁷

665. Néanmoins, mêmes les plus fervents partisans d'une conception restrictive de la protection juridique se rapportant aux mesures d'enquête³⁴⁷⁸ finirent par admettre que la « *théorie de l'exclusion [du recours au juge]* », telle que régulièrement prônée par les Cours régionales supérieures (OLG) n'était plus soutenable, eu égard à l'article 19 al. 4 GG lorsqu'il s'agissait de mesures attentatoires aux droits et libertés fondamentaux.³⁴⁷⁹ Poussée en ce sens par la doctrine, la Cour fédérale constitutionnelle donna en 1997 un signal fort³⁴⁸⁰ en abandonnant largement son principe de « *caducité procédurale d'une mesure ordonnancée du fait de son exécution* »^{3481, 3482} L'article 19 al. 4 GG imposant de garantir l'effectivité d'un contrôle judiciaire, il ne pouvait être refusé au prévenu d'attaquer les mesures d'enquête touchant directement ses droits fondamentaux devant un juge.³⁴⁸³ Quand bien même l'atteinte à une liberté fondamentale spécifique serait terminée à la suite de

³⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 825, n° 22.

³⁴⁷⁶ Par la loi réformatrice du droit procédural de 1999 (Strafverfahrensrechtsänderungsgesetz du 02.08.2000, *BGBI.*, partie I, p. 1253).

³⁴⁷⁷ V. p. ex. OLG Hamburg, déc. du 01.11.1985 - VAs 13/85 StV 1986, p. 422 – 423 ; OLG Hamm, déc. du 06.01.1984 - 1 VAs 12/84, reproduite dans *NStZ*, 1984, p. 280-281 validée par la Cour fédérale constitutionnelle, v. BVerfG déc. du 28.12.1984 - 2 BvR 1541/84, reproduite dans *MDR*, 1985, p. 378-379 ; OLG Koblenz, déc. du 26.02.1985 - 2 VAs 22/84, reproduite dans *NJW*, 1985, p. 2038-2040 ; BVerfG, déc. du 27.05.1993 - 2 BvR 744/93, reproduite dans *StV*, 1994, p. 1. V. pour un exposé un peu plus détaillé de la jurispr. d'alors et un avis critique de celle-ci not. BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 123 ; PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », dans *SK, art. cit.*, p. 825, n° 22 et « § 23 EGGVG », p. 906 et s. n° 101 et s.

³⁴⁷⁸ V. p. ex. e. a. MEYER, Karlheinz, « Zur Anfechtung der durch Vollzug erledigten Maßnahmen der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren », dans H. HASSENPFUG (éd.), *Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag*, Berlin [e.a.], De Gruyter, 1980 (abrégé *FS-Schäfer*, 1980), p. 119-135.

³⁴⁷⁹ WOHLERS, Wolfgang et DEITERS, Mark, « § 160 StPO », dans *SK, art. cit.*, p. 556, n° 75 ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2244 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 23 EGGVG », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 10 ; BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 121 ; AMELUNG, Knut, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, op. cit.*, p. 13 et s., 36 et s., 39, 62 et s.

³⁴⁸⁰ BVerfG, déc. du 30.04.1997 - 2 BvR 817/90 reproduite dans *NJW*, 1997, p. 2163.

³⁴⁸¹ Traduit de la formule originale „*Grundsatz der prozessualen Überholung einer Anordnung durch deren Ausführung*“ de MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 33. Concernant la jurisprudence représentée ultérieurement par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, se rapporter à la décision de principe du 11. 10. 1978 - 2 BvR 1055/76 reproduite dans *NJW*, 1979, p. 154-155.

³⁴⁸² PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », dans *SK, art. cit.*, p. 826 et s., n° 24 et s. ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 33.

³⁴⁸³ BVerfG, déc. du 30.04.1997 - 2 BvR 817/90, reproduite dans *NJW*, 1997, p. 2163 (*BVerfGE* 96, 27).

l'accomplissement de la mesure concernée, cela n'empêchait pas le destinataire *per se* d'avoir un intérêt à ce que la question du bien-fondé de l'acte soit tranchée par un juge.³⁴⁸⁴ Ce revirement jurisprudentiel poussa les tribunaux pénaux à infléchir pareillement leur position très restrictive en la matière.³⁴⁸⁵ Ils finirent également par admettre qu'un recours judiciaire contre les mesures attentatoires aux droits fondamentaux *devait* rester possible même lorsque la mesure avait été exécutée.³⁴⁸⁶ Parallèlement à cela, les exigences requises pour retenir un intérêt du prévenu à agir ont été facilitées.³⁴⁸⁷ Ainsi, si le prévenu devait dans un premier temps justifier d'un danger que la situation se reproduise ou que l'atteinte à son droit fondamental se poursuive malgré la fin de l'exécution de la mesure, l'intérêt à agir est-il désormais systématiquement reconnu, dès lors qu'il s'agit d'une atteinte grave aux libertés fondamentales sans limite dans le temps, et ce, en particulier quand le grief a lieu dans un intervalle de temps au cours duquel il apparaît peu probable que le destinataire de la mesure puisse bénéficier d'une décision judiciaire lors de l'instance donnée dans le cadre des règles prévues par le StPO.³⁴⁸⁸ De tels préjudices ont régulièrement lieu dans les hypothèses énoncés aux art. 13 al. 2 et 104 al. 2 et 3 GG.³⁴⁸⁹ S'agissant du contrôle judiciaire postérieur à une mesure de perquisition dans des pièces habitées ou de rédaction, la Cour fédérale constitutionnelle retint également un intérêt du destinataire de la mesure à agir en raison de l'intensité de l'atteinte aux droits fondamentaux des Art. 13 al. 1 GG et 5 al. 1, 2^e phrase GG.³⁴⁹⁰ De même, dans un cas où la personne arrêtée temporairement par la police était relâchée avant d'avoir été conduite devant le juge de la détention, la Cour fédérale de justice (BGH) admit pour sa part que la gravité de l'atteinte portée à la liberté de la personne justifiait d'un intérêt à ce que soit constaté judiciairement le bien-fondé de cette mesure et ouvrait la voie à un recours postérieur à l'acte en application, par analogie, du § 98 Abs. 2 S. 2 StPO.³⁴⁹¹ Quant au droit d'accès au dossier du prévenu énoncé plus haut, contre lequel aucun recours n'était

³⁴⁸⁴ *Ibid.*

³⁴⁸⁵ PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », dans *SK*, *art. cit.*, p. 827, n° 25.

³⁴⁸⁶ *Ibid.*, n° 25.

³⁴⁸⁷ AMELUNG, Knut, « Anm. z. Beschl. des BGH v. 25.08.1999 », *JR*, 2000, *art. cit.*, p. 479 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, *art. cit.*, n° 34. V. concernant les conditions plus restrictives requises antérieurement p. ex. BOTTKÉ, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 124-125.

³⁴⁸⁸ BVerfG, *NJW*, 1997, p. 2164 (v. pour les réf. exactes n. 3483) ; BGH, déc. du 07.12.1998 - 5 AR (VS) 2/98, (*BGHSt*, 44, 265), reproduite dans *NJW*, 1999, p. 730.

³⁴⁸⁹ MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, *art. cit.*, n° 34.

³⁴⁹⁰ BVerfG, déc. du 24.03.1998 - 1 BvR 1935-96 (e. a.), reproduite dans *NJW*, 1998, p. 2131.

³⁴⁹¹ BGH, déc. du 05.08.1998 - 5 ARS VS 1/97, reproduite dans *NJW*, 1998, p. 3653-3654.

jusqu'à permis, la Cour régionale supérieure de Francfort finit par concéder, qu'il s'agissait en l'espèce bien d'une mesure judiciaire administrative³⁴⁹² : le § 147 al. 1 StPO donnait à l'avocat de la défense un droit qui ne pouvait être limité que si les conditions prévues au 2^e alinéa dudit paragraphe étaient satisfaites.³⁴⁹³ Une acceptation erronée de ces conditions par le procureur était ainsi en mesure de porter atteinte au droit du prévenu.³⁴⁹⁴ Mais peu nombreux furent ceux qui en tirèrent les conclusions qui s'imposaient, à savoir que cette décision du ministère public était attaquant sur le fondement des §§ 23 et s. EGGVG.³⁴⁹⁵ Cette réticence au sujet de l'application des §§ 23 EGGVG perdure aujourd'hui. Par exemple, quand le droit d'accès de la victime au dossier fut réglé au § 406e, al. 4, 2^e phrase StPO, la jurisprudence se précipita sur l'occasion pour en étendre son champ d'application par analogie au détriment des §§ 23 et s. EGGVG. De fait, le refus du procureur de retirer son autorisation d'accès au dossier à la victime sur demande du prévenu serait, selon la Cour fédérale supérieure, attaquant par ce dernier non d'après les §§ 23 EGGVG, mais par analogie en vertu des §§ 406e al. 4, 2^e phrase et 161a al. 3 phrases 2-4 StPO.³⁴⁹⁶ Cela nous amène au problème sous-jacent persistant concernant la protection actuelle garantie en l'espèce par les tribunaux :

666. Si les §§ 23 et s. EGGVG semblaient régler explicitement la question des recours concernant les mesures des autorités de poursuite au cours de l'enquête non spécifiquement

³⁴⁹² OLG Frankfurt am Main, déc. du 29.07.1987 - 3 VAs 65/86, reproduite dans *StV*, 1989, p. 194 – 197 ; OLG Frankfurt am Main, déc. du 22.03.1993 - 3 VAs 7/93 *StV* 1993, 297 – 299. Mais la Cour supérieure régionale de Francfort parvint tout de même de manière très contestable à contourner la protection juridique qu'elle aurait dû accorder en opposant au demandeur une fin de non recevoir pour forclusion en raison des prétendues possibilités ouvertes par le § 147 al. 4 StPO qui auraient rendu dans le cas d'espèce sur le fondement du § 23 al. 3 StPO l'application des §§ 23 EGGVG subsidiaire. V. pour un commentaire à juste titre hostile à cette « *pirouette* » jurisprudentielle not. WELP, Jürgen, « Rechtsschutz gegen Versagung von Akteneinsicht durch die StA, Anm. z. OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 29.07.1987 - 3 VAs 65/86 », *StV*, n° 5, 1989, p. 196 ; PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », dans *SK, art. cit.*, p. 825, n° 22 et spéc. n. 825.

³⁴⁹³ OLG Frankfurt am Main, *StV*, 1989, p. 195 ; OLG Frankfurt am Main, *StV*, 1993, p. 298 (v. pour les réf. exactes de ces deux arrêts n. préc. 3492).

³⁴⁹⁴ *Ibid.* V. aussi LAMMER, Dirk, « Anmerkung zum BVerfG, Beschluß vom 27.05.1993 - 2 BvR 744/93 », *StV*, n° 1, 1994, p. 2.

³⁴⁹⁵ OLG Celle, déc. du 22.02.1983 - 3 VAs 14/82, reproduite dans *StV*, 1983, p. 192. En ce sens égal. WELP, Jürgen, « Rechtsschutz gegen Versagung v. Akteneinsicht durch die StA », *StV*, 1989, *art. cit.*, p. 196 ; LAMMER, Dirk, « Anm. z. BVerfG, Beschl. v. 27.05.1993 », *StV*, 1-1994, *art. cit.*, p. 2.

³⁴⁹⁶ BGH, déc. du 18.01.1993 - 5 AR (VS) 44/92, reproduite dans *NJW*, 1993, p. 1341-1343. V. pour des commentaires à juste titre critiques sur cette jurisprudence (sans pour autant qu'une application des §§ 23 EGGVG soit privilégiée) : JUNG, Heike, « Anmerkung zum BGH, 18.01.1993 - 5 AR (VS) 44/92 », *JuS*, n° 11, 1993, p. 971 ; OTTO, Harro, « Anmerkung zum BGH, 18.01.1993 - 5 AR (VS) 44/92 », *NStZ*, 1993, p. 352-353. Privilégiant clairement une solution selon les §§ 23 EGGVG : PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », dans *SK, art. cit.*, p. 825, n° 23 et spéc. n. 88.

prévus par le StPO (à la différence des mesures prises par un juge qui sont attaquables en principe selon le § 304 StPO), et étaient effectivement originellement appliqués par les juridictions pénales,³⁴⁹⁷ la jurisprudence actuelle s'éloigne de manière critiquable de plus en plus de cette voie d'action en privilégiant une interprétation particulièrement extensive³⁴⁹⁸ de la clause de subsidiarité prévue au § 23 Abs. 3 EGGVG.³⁴⁹⁹ Prétendant répondre à l'appel de la Cour fédérale constitutionnelle³⁵⁰⁰ qui dénonçait – sans pour autant en appeler explicitement au rejet de l'application des §§ 23 et s. EGGVG³⁵⁰¹ – le manque de visibilité du droit en vigueur et une garantie lacunaire de la protection juridique du prévenu, souffrant de ses multiples divisions, la jurisprudence privilégia alors progressivement la compétence des juridictions du fond pour juger des atteintes aux libertés fondamentales provoquées par les mesures adoptées au cours de l'enquête préliminaire plutôt celle des Cours régionales supérieures qu'aurait entraîné l'application des §§ 23 et s. EGGVG.³⁵⁰²

667. En résumé, sont acceptés en cas de violation des droits fondamentaux les recours suivants : dans la mesure où – comme dans la plupart des actes coercitifs conventionnels – l'ordre de mener un acte d'investigation touche directement des intérêts précontentieux protégés par des droits et libertés fondamentaux spéciaux (art. 2 al. 2 GG et s.), cette décision portera naturellement atteinte à ces droits et la personne concernée pourra se prévaloir, dans un recours judiciaire, de la possible violation d'une de ses libertés.³⁵⁰³ Ainsi le propriétaire d'une chose dont il a été ordonné la saisie pourra-t-il prétendre être atteint dans son droit à la propriété protégé par l'art. 14 GG (§§ 94 et s., 98 al. 2 StPO).³⁵⁰⁴ Contre une perquisition des

³⁴⁹⁷ V. not. KG, déc. du 01.09.1983 - 4 VAs 4, 5 u. 9/83, reproduite dans *GA*, 1984, p. 24 ; OLG Karlsruhe, déc. du 06.02.1978 - 3 V As 12/77, reproduite dans *NJW*, 1978, p. 1595 ; SCHENKE, Wolf-Rüdiger, « Rechtsschutz bei strafprozessualen Eingriffen von StA und Polizei », *NJW*, n° 40, 1976, p. 1817 ; AMELUNG, Knut, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op. cit., p. 35 ; FEZER, Gerhard, « Rechtsschutz gegen erledigte strafprozessuale Zwangsmaßnahmen », *Jura*, n° 1, 1982., p. 23.; HEINRICH, Bernd, « Gerichtliche Nachprüfbarkeit v. Entscheidungen der StA », *NStZ*, 1996, art. cit., p. 113 et s.

³⁴⁹⁸ Très critique à juste titre sur ce point : PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », dans *SK*, art. cit., p. 816 et s., n° 11 et s.

³⁴⁹⁹ Sur l'év. en ce sens de la jurispr., v. not. BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR*²⁶, art. cit., p. 1187 et 1193 et s., n° 63 et 82 et s. ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, art. cit., n° 31 et s. ; critique (avec raison) par rapport à cette év. not. PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », dans *SK*, art. cit., p. 816 et s. n° 11 et s.

³⁵⁰⁰ BVerfG *NJW*, 1997, p. 2163 (v. réf. exactes en n. 3483) ; v. not. AMELUNG, Knut, « Anm. z. Beschl. des BGH v. 25.08.1999 », *JR*, 2000, art. cit., p. 479 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, art. cit., n° 32.

³⁵⁰¹ PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », dans *SK*, art. cit., p. 828, n° 27.

³⁵⁰² MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, art. cit., n° 32 ; PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », dans *SK*, art. cit., p. 827 et s., n° 25 et s.

³⁵⁰³ BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, art. cit., p. 121.

³⁵⁰⁴ *Ibid.*

autorités investigatrices, le § 98 al. 2, 2^e phrase StPO, concernant originellement les saisies, trouve application par analogie et mènera à un contrôle du juge de l'enquête.³⁵⁰⁵ Ce dernier procèdera alors à un contrôle de légalité de la mesure, il décidera de ses limites et pourra, ou devra le cas échéant, régler les détails de son exécution.³⁵⁰⁶ Une requête en vertu d'une application, par analogie, du § 98 al. 2, 2^e phrase StPO est possible aussi après l'exécution de la perquisition et ce, indépendamment du fait que la mesure ait été ordonnée par le juge ou le ministère public.³⁵⁰⁷ Cette procédure est également appliquée majoritairement par la jurisprudence pour le destinataire de l'acte qui souhaiterait s'opposer à la manière dont celui-ci a été exécuté.³⁵⁰⁸ Les §§ 23 et s. EGGVG sont également supplantés par l'application, par analogie, du § 98 al. 2, 2^e phrase StPO ou du § 304 StPO concernant les autres mesures coercitives d'investigation.³⁵⁰⁹ Il en est ainsi par exemple des fouilles exercées à des points de contrôle décidées par le juge conformément au § 111 StPO³⁵¹⁰ ou des fouilles corporelles ordonnées par le ministère public selon les §§ 81a et 81c StPO.³⁵¹¹ Le même principe vaut pour les arrestations provisoires sur le fondement du § 127 al. 2 StPO³⁵¹² ainsi que pour les actes décidés sur la base des §§ 163b et 163c StPO.³⁵¹³ En revanche, si le prévenu arrêté provisoirement est conduit devant le juge, sa protection juridique est estimée suffisamment garantie.³⁵¹⁴ S'il s'agit d'une atteinte grave à une liberté fondamentale, comme celle constatée dans le cas d'un prélèvement sanguin, et que la mesure a déjà été exécutée, il conviendra d'examiner plus particulièrement si l'atteinte au droit fondamental en question perdure au moment du recours.³⁵¹⁵ Cela ne sera généralement le cas que si cette mesure, ou sa mise en

³⁵⁰⁵ BGH, déc. du 07.12.1998 - 5 AR VS 2/98 (*BGHSt*, 44, 265), reproduite dans *NJW*, 1999, p. 730-732.

³⁵⁰⁶ *Ibid.* ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 35.

³⁵⁰⁷ MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 35.

³⁵⁰⁸ BGH, *NJW*, 1999, p. 730, (v. pour les réf. exactes n. 3505) ; BGH, déc. du 25.08.1999 - 5 AR (VS) 1/99 (*BGHSt*, 45, 183), reproduite dans *NStZ*, 2000, p. 155. V. à ce sujet les comm. jurispr. d'AMELUNG, Knut, « Anm. z. Beschl. des BGH v. 25.08.1999 », *JR*, 2000, *art. cit.*, p. 479-480 ; BGH, déc. du 05.08.1998 - 5 ARs VS 2-98, reproduite dans *NStZ*, 1999, p. 151 et commentée par FEZER, Gerhard, « Anmerkung zum BGH, 5. 8. 1998 - 5 ARs VS 2-98 - Rechtsweg für Überprüfung der Art und Weise einer Durchsuchung », *NStZ*, n° 3, 1999, p. 151-152.

³⁵⁰⁹ MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 36.

³⁵¹⁰ BGH, déc. du 30.09.1988 - 1 BJs 193/84 - StB 27/88, reproduite dans *NStZ*, 1989, p. 81. V. aussi le comm. de jurispr. correspondant d'ACHENBACH, Hans, « Anmerkung zum BGH, 30.09.1988 - 1 BJs 193/84 - StB 27/88 - Anordnung zur Einrichtung einer Kontrollstelle », *NStZ*, n° 2, 1989, p. 81-83.

³⁵¹¹ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 81a StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 30-31, « § 81c StPO », n° 21 et « § 23 EGGVG », n° 10 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 36.

³⁵¹² BGH, déc. du 05.08.1998 - 5 ARs (VS) 1-97 (*BGHSt*, 44, 171), reproduite dans *NJW*, 1998, p. 3653-3654.

³⁵¹³ OLG Hamburg, déc. du 28.10.2004 - 1 Ws 207/04, consultable sur *BeckO*, réf. BeckRS 2004, 10974.

³⁵¹⁴ OLG Hamm, déc. du 01.10.1998 - 2 Ws 351-98, reproduite dans *NJW*, 1999, p. 229-230.

³⁵¹⁵ MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 36.

œuvre, est discriminatoire en raison de son caractère disproportionné ou arbitraire.³⁵¹⁶ Les comptes rendus d'informations d'une autorité judiciaire sur certaines circonstances à une autre autorité n'ont pas d'effet direct pour le demandeur et ne revêtent donc pas le caractère d'acte administratif judiciaire exigé dans le cadre des §§ 23 EGGVG.³⁵¹⁷ Il en est de même pour une note de la police sur le comportement d'une personne que le procureur aurait intégrée à son dossier d'enquête.³⁵¹⁸ Quant aux informations de presse du tribunal ou du ministère public, elles relèvent bien également du domaine judiciaire administratif.³⁵¹⁹ Ainsi une mauvaise appréciation des rapports entre le droit à l'information de la presse et la protection de la personnalité du prévenu pourra-t-elle ouvrir la voie d'un recours conformément aux §§ 23 et s. EGGVG.³⁵²⁰ La Cour administrative fédérale n'accorde ce recours certes que pour les mesures concernant directement la poursuite et l'exécution des peines auxquelles n'appartiennent pas les communiqués de presse pour lesquels les tribunaux administratifs seraient bien plus compétents.³⁵²¹ Cet avis laisse cependant de côté le fait qu'un communiqué de presse est très étroitement lié à l'exercice de la poursuite pour lequel un recours devant les juridictions pénales conformément au § 23 EGGVG apparaît plus approprié.³⁵²² Dans l'hypothèse où les informations diffusées n'ont pas pour but d'informer la presse, mais font

³⁵¹⁶ *Ibid.* n° 36.

³⁵¹⁷ OLG Bamberg, déc. du 20.05.1963 – VAS 1/63, reproduite dans *JVBl*, 1963, p. 175 ; OLG Hamm, déc. du 13.07.1972 - 1 VAs 70/72, reproduite dans *NJW*, 1972, p. 2145 ; OLG Karlsruhe, déc. du 04.11.1964 - 2 VAs 18/64, reproduite dans *NJW*, 1965, p. 1545 ; KG, déc. du 07.09.1993 - 1 VA 3/93, reproduite dans *NJW-RR*, 1994, p. 571.

³⁵¹⁸ OLG Stuttgart, déc. du 05.12.2006 - 4 VAs 14/2006, reproduite dans *NStZ*, 2008, p. 359.

³⁵¹⁹ MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 28 ; LEHR, Gernot, « Grenzen für die Öffentlichkeitsarbeit der Ermittlungsbehörden », *NStZ*, n° 8, 2009, p. 413.

³⁵²⁰ MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 28.

³⁵²¹ BVerwG, déc. du 14.04.1988 - 3 C 65/85, reproduite dans *NJW* 1989, p. 412-414, v. pour un commentaire hostile à cette jurisprudence WASMUTH, Johannes, « Anmerkung zum BVerwG, 14.04.1988 - 3 C 65.85 - Rechtsweg gegen Presseverlautbarungen », *NStZ*, n° 3, 1990, p. 138-139. BVerwG, déc. du 06.02.1991 - 3 B 85/90, reproduite dans *NJW*, 1992, p. 62 ; VG Berlin, déc. du 05.10.2000 - 27 A 262/00, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 3799 ; dans ce sens égal. STRUBEL, Bernd-Jochen et SPRENGER, Wolfgang, « Die gerichtliche Nachprüfbarkeit staatsanwaltlicher Verfügungen », *NJW*, n° 39, 1972, p. 1738-1739 ; LEHR, Gernot, « Grenzen für die Öffentlichkeitsarbeit der Ermittlungsbehörden », *NStZ*, 8-2009, *art. cit.*, p. 413.

³⁵²² OLG Karlsruhe, déc. du 14.12.1994 - 2 VAs 14/94, reproduite dans *NJW*, 1995, p. 899-900 ; OLG Hamm, déc. du 14.07.1980 - 1 VAs 7/80, reproduite dans *NJW*, 1981, p. 356 ; OLG Karlsruhe, déc. du 21.12.2007 – 14 U 193/06, reproduite dans *Justiz*, 2008, p. 363-364 ; OLG Stuttgart, déc. du 21.06.2001 - 4 VAs 3/01, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 3797-3798 ; OLG Stuttgart, déc. du 05.12.2006 - 4 VAs 14/2006, reproduite dans *NStZ*, 2008, p. 359, 360. Dans ce sens égal. BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR²⁶, art. cit.*, p. 1172-1173, n° 29-30 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 28 ; NEULING, Christian-Alexander, « Unterlassung und Widerruf vorverurteilender Mediensanktionen der Ermittlungsbehörden », *StV*, n° 7, 2008, p. 388 ; WASMUTH, Johannes, « Bemerkungen zum Rechtsschutz bei Klagen gegen Pressemitteilungen von Ermittlungsbehörden », *NJW*, n° 28, 1988, p. 1706-1707 ; du même auteur, « Rechtsweg gegen Presseverlautbarungen », *NStZ*, 1990, *art. cit.*, p. 139 qui prone néanmoins dans ses 2 art. une application par analogie des §§ 23 EGGVG ; rapportant cette controverse doctrinale MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 23 EGGVG », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 15.

bien plus partie des mesures adoptées pour la recherche d'un prévenu ou d'un témoin, tel par exemple le signalement en vue d'arrestation ou autre (§§ 131 StPO etc.), il s'agira alors de mesures « *signalétiques* » attaquables, selon l'opinion majoritaire, en application, par analogie, du § 98 al. 2, 2^e phrase StPO.³⁵²³ À cet égard, il convient de noter qu'il est unanimement admis que l'adoption d'un simple acte selon le § 81b 1^e alt. StPO (relevé d'empreintes digitales et prise d'une photo de la personne concernée) porte déjà atteinte à la liberté générale d'action (art. 2 al. 1 GG) et peut être dénoncée au moyen d'un recours juridictionnel dès lors qu'elle est décidée par la police ou le procureur.³⁵²⁴ Certes, le recueil de ces données personnelles ne nécessite généralement pas de recours direct à la contrainte contre le prévenu, à la différence d'autres mesures attentatoires aux libertés fondamentales évoquées plus haut.³⁵²⁵ Toutefois, cela n'altère en rien le fait que ces éléments font d'emblée grief au droit général de la personnalité protégé par l'art. 2 al. 1 GG de même qu'à son intérêt à l'anonymité.³⁵²⁶ Ces constatations valent d'autant plus, lorsque ces renseignements sont diffusés par voie médiatique lors d'un avis de recherche en vue d'une arrestation par exemple (§ 131 StPO).³⁵²⁷ Dans ce dernier cas elles constitueront une atteinte durable, outre aux droits susmentionnés, à l'intérêt de « (re)-socialisation » du prévenu.³⁵²⁸ Il est ainsi logique que les avis de recherche diffusés par voie de presse ou à la télévision puissent être dénoncés devant un magistrat.³⁵²⁹ Ici encore, la jurisprudence a toutefois tendance à n'autoriser qu'un recours devant le juge de l'enquête, par analogie avec le § 98 al. 2, 2^e phrase StPO.³⁵³⁰

668. Hormis ces exceptions en cas d'atteintes aux droits et libertés fondamentaux, le principe de base demeure celui de l'exclusion des mesures de l'avant-procès de toutes

³⁵²³ OLG Brandenburg, déc. du 14.09.2006 - 2 VAs 3/06, reproduite dans *NStZ*, 2007, p. 54 ; dans ce sens égal. MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 28 et 74 ; BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR²⁶, art. cit.*, p. 1173 n° 30. Critique à juste titre et retenant ici bien plus la voie de recours ouverte par les §§ 23 EGGVG, PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « § 23 EGGVG », dans *SK, art. cit.*, p. 918-919, n° 132.

³⁵²⁴ Selon l'opinion majoritaire, du moins depuis l'adoption des nouvelles règles en matière d'avis de recherche (§§ 131 al. 3, 131a al. 3, 131b al. 2 et 131c al. 2 StPO), sur le fondement par analogie du § 98 al. 2, 2^e phrase StPO ; Selon un avis divergent (et ici privilégié) conformément aux §§ 23 EGGVG. Si la mesure est ordonnée par un juge, la voie de recours du § 304 StPO sera ouverte. V. BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 122 ; PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « § 23 EGGVG », dans *SK, art. cit.*, p. 918, n° 130.

³⁵²⁵ BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 122.

³⁵²⁶ *Ibid.*

³⁵²⁷ *Ibid.*

³⁵²⁸ *Ibid.*

³⁵²⁹ *Ibid.*

³⁵³⁰ BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR²⁶, art. cit.*, p. 1173, n° 30 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 28 et 74 ; PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « § 23 EGGVG », dans *SK, art. cit.*, p. 918-919, n° 30 et 32.

protection par le juge du siège afin, entre autres, de ne pas menacer la souveraineté du procureur dans cette phase du procès.³⁵³¹ L'art. 19 al. 4 GG ne requerrait, selon l'opinion majoritaire, pas non plus de protection juridique plus étendue, puisque les droits du prévenu seraient suffisamment garantis par les mesures légales des §§ 163a al. 1 et 4, 136 al. 1 et 2, 115 al. 2, 115a, 147, 163a al. 2, 166, 168c al. 2, 168d StPO.³⁵³² Il apparaîtrait donc raisonnable de n'ouvrir au prévenu un recours qu'au moment de la décision du ministère public conformément au § 170 StPO pour savoir si l'affaire sera renvoyée devant le tribunal.³⁵³³

669. Ainsi, concernant la décision d'ouvrir une enquête ainsi que la conduite des investigations de manière non contraignante, un recours échouera-t-il selon l'opinion largement majoritaire, le prévenu ne pouvant pas faire valoir de grief.³⁵³⁴ Selon la doctrine dominante, il n'existe donc toujours pas de droit au déclenchement des poursuites par l'état en dehors des possibilités offertes par les §§ 172 et s.³⁵³⁵ Certes l'art. 2 al. 1 GG protège selon la Cour fédérale Constitutionnelle également la liberté d'action.³⁵³⁶ Et, si l'on tenait compte de ce droit pour apprécier, par exemple, du recueil de données personnelles dans le cadre d'un recensement national de population,³⁵³⁷ la reconnaissance de la qualité de prévenu du

³⁵³¹ PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « § 23 EGGVG », dans *SK, art. cit.*, p. 890, n°57 ; RIEß, Peter, « Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. IV GG », *NStZ*, 1982, *art. cit.*, p. 435 ; BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR²⁶, art. cit.*, p. 1202 et s., n° 106 et s. ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2247.

³⁵³² EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2244-2245.

³⁵³³ BVerfG, déc. 19.12.1983 - 2 BvR 1731/82, reproduite dans *NStZ*, 1984, p. 228-229.

³⁵³⁴ V. e. a. OLG Karlsruhe, déc. du 30.04.1982 - 4 VAs 22/82, reproduite dans *NStZ*, 1982, p. 434 (v. pour un comm. favorable à cette jurisprudence, RIEß, Peter, « Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. IV GG », *NStZ*, 1982, p. 435-436) ; OLG Jena, déc. du 19.08.2004 - 1 VAs 5/04, reproduite dans *NStZ*, 2005, p. 343-344 ; MEYER-GÖRNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 23 EGGVG », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 10 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK, art. cit.*, n° 37 ; PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « § 23 EGGVG », dans *SK, art. cit.*, p. 885-886, n° 49a ; à juste titre d'avis contraire e. a. : KÖLBEL, Ralf, « (Vorbeugender) Rechtsschutz gegen EV ? », *JR*, 2006, *art. cit.*, p. 322-328 ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2247 et s.

³⁵³⁵ V. not. BVerfG, *NJW*, 1979, p. 1591-1592 (v. pour les réf. exactes n. 3428) ; BVerfG déc. du 31.03.1993 - 2 BvR 236/93, reproduite dans *NJW*, 1993, p. 1577 ; OLG Karlsruhe, *NStZ*, 1982, p. 434 (v. pour les réf. exactes n. 3534) ; BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 121. Il convient néanmoins de noter le revirement partiel de jurisprudence opéré par la Cour fédérale constitutionnelle qui admit qu'il pouvait en être autrement pour les victimes concernant les délits graves portant atteinte à la vie, à l'intégrité, à la libre orientation sexuelle et à la liberté des personnes ainsi que s'agissant des actes criminels commis par des agents publics, infractions pour lesquelles il incombe à l'État un devoir particulier de protection à l'égard des victimes (BVerfG, *NStZ-RR*, 2015, p. 117 ; BVerfG, *NJW*, 2015, p. 150-151, spéc. n° 9 et s. ; BVerfG, *NStZ-RR*, 2015, p. 347-349, spéc. p. 348, II. 1. et 2, v. concernant les réf. exactes de ces déc. en n. 3429).

³⁵³⁶ V. not. l'arrêt de principe sur la question BVerfG, déc. du 16.01.1957 - 1 BvR 253/56 (*BVerfGE* 6, 32-45), reproduite dans *NJW*, 1957, p. 297 ; BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 121.

³⁵³⁷ BVerfG, déc. du 15.12.1983 – e. a. 1 BvR 209/83 (*BVerfGE* 65, 1), reproduite dans *NJW*, 1984, p. 419-428.

fait de l'ouverture d'une enquête toucherait assurément la liberté d'action de la personne concernée, quand bien même l'atteinte serait minime et en partie aussi à son avantage (en raison notamment du § 136 al. 1, 2^e phrase StPO).³⁵³⁸ Néanmoins, cela ne suffira pas pour qu'elle puisse se prévaloir d'une violation substantielle de son droit (art. 21 GG), puisque les autorités de poursuite sont tenues d'ouvrir une enquête dès lors qu'elles disposent d'un soupçon suffisant (§ 152 al. 2 StPO).³⁵³⁹ Il leur revient à cet égard une marge d'appréciation qu'elles pourront utiliser jusqu'aux limites de l'arbitraire (art. 3 al. 1 GG).³⁵⁴⁰ Par ailleurs, une enquête n'est pas diligentée dans l'intérêt de la personne soupçonnée mais à des fins de prévention générale qui vont au-delà de l'intérêt individuel.³⁵⁴¹ De fait, le prévenu ne disposant d'aucun droit subjectif, ne pourra pas, dans le cadre d'un éventuel recours, invoquer d'obligation objective d'ouvrir une enquête non arbitraire et sans retard envers toutes les personnes soupçonnées également³⁵⁴² ou de mettre fin aux mesures d'investigation au motif que les autres suspects n'auraient pas fait l'objet d'actes similaires.³⁵⁴³ Il ne dispose pas non plus du droit à la poursuite d'une procédure d'enquête afin qu'elle apporte la preuve de son entière innocence.³⁵⁴⁴ Si le procureur estime que l'affaire mérite d'être classée, la fonction générale préventive de l'enquête préliminaire est terminée et le ministère public doit, selon § 170 al. 2 StPO, ou peut en vertu des §§ 153 et s. StPO, 47 JGG, 398 AO, y mettre un terme.³⁵⁴⁵ Enfin, par voie de conséquence, il ne sera pas possible au mis en cause de demander, sur le fondement de l'art 6.1, 1^e phrase CESDH, à ce que les investigations diligentées contre lui soient menées dans un délai raisonnable.³⁵⁴⁶

³⁵³⁸ BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 121.

³⁵³⁹ *Ibid.*

³⁵⁴⁰ V. BGH, déc. du 18.06.1970 - III ZR 95/68, reproduite dans *NJW*, 1970, p. 1543 ou BGH, déc. du 21.04.1988 - III ZR 255/86, reproduite dans *NStZ*, 1988, p. 510-512. V. à ce sujet égal. STÖRMER, Rainer, « Beurteilungsspielräume i. Strafverf. », *ZStW*, 3-1996, *art. cit.*, p. 495 ; BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 121 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 7, § 39, n° 17 .

³⁵⁴¹ BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 121.

³⁵⁴² V. not. BVerfG 23.07.1982 - 2 BvR 8/82, reproduite dans *NStZ*, 1982, p. 430 ; BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 121.

³⁵⁴³ V. not. BVerfG, déc. du 19.12.1983 - 2 BvR 1731/82, reproduite dans *NStZ*, 1984, p. 228-229 ; BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 121.

³⁵⁴⁴ BVerfG, *NStZ*, 1984, p. 228-229 (v. n. 3543) ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 117-118 ; BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 121.

³⁵⁴⁵ BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 121.

³⁵⁴⁶ OLG Hamm, déc. du 23.09.1982 – 7 VAs 68/82, reproduite dans *MDR*, 1983, p. 255-256 ; BVerfG, *NStZ*, 1982, 430 (v. n. 1210) ; OLG Frankfurt a.M., déc. du 18.09.2007 - 3 VAs 33/07, reproduite dans *NStZ-RR*, 2008, p. 78-

670. L'aménagement, l'organisation de l'enquête préliminaire dans son intégralité (§§ 160 et s. StPO) ne peut en principe pas non plus faire l'objet de recours judiciaire selon le § 23 EGGVG.³⁵⁴⁷ Cela vaut pour une requête au sujet de la désignation d'un avocat commis d'office,³⁵⁴⁸ pour le refus d'un conseil lors d'une déposition,³⁵⁴⁹ ou pour l'accès au dossier d'un expert.³⁵⁵⁰ Un prévenu ne peut ni exiger l'audition d'un témoin, ni empêcher le ministère public de recourir à certaines mesures d'enquête.³⁵⁵¹ Durant la mise en état de l'affaire pénale, il n'a pas non plus de droit à être informé des éléments justifiant la suspicion de la commission d'une infraction retenue à son égard en dehors des obligations légales de notifications prévues pour certaines mesures telles l'audition ou la détention provisoire par exemple.³⁵⁵² Le choix de personnel auxiliaire intervenant pour les besoins de l'enquête³⁵⁵³ ou le refus de remplacer un procureur prétendument partial n'est pas non plus attaquant selon le § 23 EGGVG.³⁵⁵⁴ Dans le même sens, la décision du procureur de confirmer un intérêt public à une poursuite par l'état (par ex. dans le cadre des §§ 230, 248a, 263 al. 4, 265a al. 3, 266 al. 2 StGB, § 376 StPO) ne peut pas non plus faire l'objet d'un contrôle judiciaire séparé lors de l'enquête.³⁵⁵⁵

671. Concernant la clôture des investigations préliminaires, celle-ci a certes un effet direct sur les personnes concernées par la procédure. Mais, comme invoqué plus haut pour la

79 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, *art. cit.*, n° 37 ; BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 121.

³⁵⁴⁷ MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, *art. cit.*, n° 38 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 23 EGGVG », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 10.

³⁵⁴⁸ OLG Oldenburg, déc. du 12.11.1992 - 1 VAs 4/92, reproduite dans *StV*, 1993, p. 511-513.

³⁵⁴⁹ OLG Hamburg, déc. du 28.08.1984 - VAs 10/84, reproduite dans *NStZ*, 1984, p. 566-567.

³⁵⁵⁰ OLG Hamm, déc. du 16.02.1995 - 1 VAs 105/94, reproduite dans *NStZ-RR*, 1996, p. 10-11.

³⁵⁵¹ MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, *art. cit.*, n° 38. V. aussi p. ex. OLG Hamm, déc. du 03.02.1966 - 1 VAs 10/66, reproduite dans *NJW*, 1966, p. 684-685 ; LG Saarbrücken, déc. du 29.01.1965 - 1 Qs 146/64, reproduite dans *NJW*, 1966, p. 1038 ; critique quant à cette jurisprudence not. HOHENESTER, Hermann, « Anm. z. LG Saarrücken, déc. du 29.01.1965, *NJW* 1038 », *NJW*, n° 42, 1966, p. 1983.

³⁵⁵² BVerfG déc. du 08.11.1983 - 2 BvR 1138/83, reproduite dans *NJW*, 1984, p. 1451-1452.

³⁵⁵³ OLG Hamburg, déc. du 07.04.1995 - 3 VAs 2/95, reproduite dans *NStZ-RR*, 1996, p. 13-17.

³⁵⁵⁴ OLG Hamm, déc. du 24.10.1968 - 1 VAs 142/68, reproduite dans *NJW*, 1969, p. 808-809 ; OLG Karlsruhe, déc. du 11.01.1974, reproduite dans *MDR*, 1974, p. 423 ; OLG Frankfurt a.M., déc. 10.11.1998 - 3 VAs 37-98, reproduite dans *NStZ-RR*, 1999, p. 81 ; WENDISCH, Günter, « Zur Ausschließung und Ablehnung des Staatsanwalts », dans *FS-Schäfer*, 1980, *op. cit.*, p. 262 ; PAWLIK, Michael, « Der disqualifizierte Staatsanwalt », *NStZ*, n° 7, 1995, p. 314 ; d'avis différencié: BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 1212, n° 125 ; d'avis contraire : HILGENDORF, Éric, « Verfahrensfragen bei der Ablehnung eines befangenen StA », *StV*, 1-1996, *art. cit.*, p. 52 et s. ; égal. d'avis contraire mais défendant une application par analogie des §§ 22 et s. StPO : BOTTKE, Wilfried, « Rechtsbehelfe der Verteidigung im EV », *StV*, 3-1986, *art. cit.*, p. 123.

³⁵⁵⁵ BVerfG, déc. du 08.05.1979 - 2 BvR 782/78 (*BVerfGE* 51, 176, 184 et s.), reproduite dans *NJW*, 1979, p.1591-1592 ; BGH, déc. du 26.05.1961 - 2 StR 40/61 (*BGHSt*, 16, 255), reproduite dans *NJW*, 1961, p. 2120-2122 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, *art. cit.*, n° 42 ; BÖTTCHER, Reinhard, « § 23 EGGVG », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, p. 1024-1205, n° 110 ; d'avis contraire STRUBEL, Bernd-Jochen et SPRENGER, Wolfgang, « Gerichtl. Nachprüfbar. staatsanwaltlicher Verfügungen », *NJW*, 1972, *art. cit.*, p. 1737.

victime, les §§ 172 et s. StPO règlent de manière exhaustive la question et excluent tout autre recours en la matière.³⁵⁵⁶ Il en est de même pour le consentement du prévenu au classement de l'affaire par le ministère public dans le cadre par exemple des §§ 154a ou § 153a StPO.³⁵⁵⁷ Dans le cas des décisions de classement, la loi ne prévoit la participation du prévenu explicitement que sous la forme de l'expression de son consentement conformément au § 153a StPO.³⁵⁵⁸ Un recours ne sera possible que dans les limites de l'arbitraire, comme par exemple dans le cas d'un classement d'après le § 154 StPO malgré l'absence manifeste de suspicion se rapportant à la commission d'une infraction.³⁵⁵⁹ Vu les développements de la jurisprudence actuelle, tout porte néanmoins à croire que celui-ci ne se fonderait pas sur le § 23 EGGVG mais bien plus, par analogie, sur le § 98 al. 2, 2^e 2 StPO.³⁵⁶⁰

672. Ce contrôle restreint n'est pas sans susciter la controverse dans la doctrine qui appelle en partie, vu l'impact de la décision d'ouvrir une enquête pour le prévenu, à un contrôle étendu et intégral du juge en la matière (comprenant également la pertinence de la mesure).³⁵⁶¹ La qualification générale même de « *mesure processuelle* », retenue par la jurisprudence majoritaire concernant les actes d'investigation « *non attentatoires aux droits fondamentaux* », qui sont de ce fait considérés comme non justiciables, est ici contestable.³⁵⁶² Certes il s'agit en l'espèce, s'agissant des mesures tel le déclenchement d'une enquête, de préparer la décision d'ouverture d'un procès, l'ensemble des investigations touche en ce sens

³⁵⁵⁶ OLG Bamberg, reproduite dans *JVBl*, 1965, p. 262 ; MEYER-GÖRNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 23 EGGVG », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 12 ; ALTENHAIN, Gustav, « Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafrechts », *DRiZ*, n° 11, 1966, p. 362 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, *art. cit.*, n° 39.

³⁵⁵⁷ OLG Hamm, déc. du 25.04.1985, 1 VAs 149/84, reproduite dans *MDR*, 1985, p. 785-786.

³⁵⁵⁸ HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 116.

³⁵⁵⁹ V. à ce sujet not. BVerfG, déc. du 02.10.2003 - 2 BvR 660/03, reproduite dans *NStZ*, 2004, p. 447 ; KG Berlin, déc. du 31.05.2010 – 1 VAs 40/09, reproduite dans *StraFo*, 2010, p. 428-429 ; BGH, déc. du 11.10.2006 - 2 StR 271/05, reproduite dans *NStZ-RR*, 2007, p. 21 ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, *art. cit.*, n° 39.

³⁵⁶⁰ V. not. KG Berlin, *StraFo*, 2010, p. 428-429 (v. réf. exactes en n. 1227) ; MAYER, Herbert, « § 23 EGGVG », dans *KK*, *art. cit.*, n° 39.

³⁵⁶¹ E. a. not. AMELUNG, Knut, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, *op. cit.*, p. 66 et s. qui en appelle à la création d'un système unique de contrôle pour les mesures d'enquête des autorités de poursuite en privilégiant ici néanmoins la compétence du juge de première instance (AG) ; KÖLBEL, Ralf, « (Vorbeugender) Rechtsschutz gegen EV? », *JR*, 2006, *art. cit.*, p. 324 et s. ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2246 et s., qui requièrent une protection juridique étendue not. avec la possibilité de recours contre l'ouverture même d'une enquête sur le fondement des §§ 23 EGGVG (compétence du juge des Cours régionales supérieures, [OLG]).

³⁵⁶² Dans ce sens not. EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2247 ; KÖLBEL, Ralf, « (Vorbeugender) Rechtsschutz gegen EV? », *JR*, 2006, *art. cit.*, p. 326-327.

la question de l'intervention de la justice.³⁵⁶³ Il ne doit cependant pas être oublié qu'il revient au ministère public également d'enquêter à *décharge* envers le prévenu (§ 160 Al. 2 StPO). Le déclenchement d'une enquête ne peut pas en conséquence être vu uniquement sous l'angle de l'ouverture du procès principal, ce qui remet en question sa qualification « *d'acte processuel à vocation purement préparatoire* » d'une décision sur le fondement du § 170 al. 1 StPO.³⁵⁶⁴ Par ailleurs, quand bien même on retiendrait cette qualification, celle-ci n'empêcherait pas d'assimiler cet acte processuel à un acte administratif judiciaire. En effet, ce terme a une portée plus large que la notion d'acte administratif conformément au § 35 VwVfG [loi relative à la procédure administrative] et comprend toute mesure dans le domaine de l'administration judiciaire, c'est-à-dire également les actions processuelles.³⁵⁶⁵ En outre, l'ensemble des mesures prises dans le cadre des investigations touche aux libertés fondamentales.³⁵⁶⁶ Même l'ouverture d'une enquête, qui selon l'opinion majoritaire serait exclue d'un contrôle selon les §§ 23 EGGVG et s., entrave *de facto* tout du moins le droit général de la personnalité, protégé par l'art. 2 al. 2 GG, et peut dans certains cas aller jusqu'à une atteinte à la liberté de choisir sa profession puisque l'entrée dans la fonction publique est par exemple impossible pour le prévenu faisant l'objet de poursuites du ministère public.³⁵⁶⁷ Ces aspects sont entièrement ignorés par la jurisprudence majoritaire qui estime qu'une protection juridique effective n'est nécessaire que dans le cadre d'atteintes directes classiques aux libertés fondamentales comme celles entraînées par les mesures coercitives.³⁵⁶⁸ Il semblerait ainsi que le développement en droit public de la nécessité d'un

³⁵⁶³ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2247.

³⁵⁶⁴ *Ibid.*

³⁵⁶⁵ SCHENKE, Wolf-Rüdiger, « Rechtsschutz bei strafprozessualen Eingriffen v. StA u. Polizei », *NJW*, 1976, *art. cit.*, p. 1818 ; BACHMANN, Gregor, *Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtl. EV, op. cit.*, p. 114 ; KÖLBEL, Ralf, « (Vorbeugender) Rechtsschutz gegen EV? », *JR*, 2006, *art. cit.*, p. 327 ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2247 ; NAGEL, Michael, « Rechtsschutz gegen verfahrenseinleitende und -fortführende Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren? », *StV*, n° 3, 2001, p. 187.

³⁵⁶⁶ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2247 ; BACHMANN, Gregor, *Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtl. EV, op. cit.*, p. 118-122 ; NAGEL, Michael, « Rechtsschutz gg. verfahrenseinleitende u. -fortführende Maßn. der Strafverfolgungsbeh. im EV? », *StV*, 3-2001, *art. cit.*, p. 187 ; KÖLBEL, Ralf, « (Vorbeugender) Rechtsschutz gegen EV? », *JR*, 2006, *art. cit.*, p. 323-324.

³⁵⁶⁷ V. n. préc. 3566.

³⁵⁶⁸ NAGEL, Michael, « Rechtsschutz gg. verfahrenseinleitende u. -fortführende Maßn. der Strafverfolgungsbeh. im EV? », *StV*, 3-2001, *art. cit.*, p. 187-188 ; HEINRICH, Bernd, « Gerichtliche Nachprüfbarkeit v. Entscheidungen der StA », *NStZ*, 1996, *art. cit.*, p. 112 ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2247.

contrôle judiciaire également pour des mesures *indirectement* attentatoires aux libertés fondamentales n'ait pas encore été répercuté en droit pénal.³⁵⁶⁹ Or, l'art. 19 al. 4 GG impose une protection judiciaire pour toutes les atteintes de fait aux droits fondamentaux (également celles *indirectes*).³⁵⁷⁰ Et cet aspect doit prévaloir sur les inquiétudes concernant le rôle de souverain de la phase préparatoire du procureur qui pourrait s'en trouver par là menacé.³⁵⁷¹ Cet argument apparaît d'autant plus faible que le ministère public a pour sa part cédé une large partie de ses compétences en pratique à la police judiciaire.³⁵⁷² Par ailleurs, il apparaît curieux que ces inquiétudes ne jouent soudainement plus aucun rôle lorsque la victime dénonce un classement sans suite selon le § 172 al. 1, 1^e phrase StPO.³⁵⁷³ En l'espèce, la possibilité pour la Cour supérieure régionale (OLG) d'ordonner l'ouverture, ou, le cas échéant, la poursuite des mesures d'enquête si celles-ci s'avèrent insuffisantes, est légalement prévue par la loi.³⁵⁷⁴ Il n'est pas non plus à craindre, comme souvent avancé, une paralysie de la procédure, les modalités du recours prévues par les §§ 23 EGGVG ne prévoyant pas d'effet suspensif automatique de la mesure attaquée.³⁵⁷⁵ Ainsi le procureur ne sera-t-il pas empêché de poursuivre l'enquête pendant le contrôle judiciaire de l'acte attaqué.³⁵⁷⁶ Enfin, une dernière raison en faveur d'une protection judiciaire étendue peut être vue dans le principe du procès équitable, qui vaut comme ligne directrice dans l'interprétation à tous les stades de la procédure, même s'il se manifeste essentiellement au cours du procès et moins lors de

³⁵⁶⁹ V. n. préc. 3568.

³⁵⁷⁰ *Ibid.*

³⁵⁷¹ Dans ce sens not. EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2247 ; KÖLBEL, Ralf, « (Vorbeugender) Rechtsschutz gegen EV? », *JR*, 2006, *art. cit.*, p. 327 ; BACHMANN, Gregor, *Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtl. EV, op. cit.*, p. 116-118 ; NAGEL, Michael, « Rechtsschutz gg. verfahrenseinleitende u. -fortführende Maßn. der Strafverfolgungsbeh. im EV? », *StV*, 3-2001, *art. cit.*, p. 189.

³⁵⁷² EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2247.

³⁵⁷³ KÖLBEL, Ralf, « (Vorbeugender) Rechtsschutz gegen EV? », *JR*, 2006, *art. cit.*, p. 327 ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2247.

³⁵⁷⁴ V. § 172 StPO.

³⁵⁷⁵ NAGEL, Michael, « Rechtsschutz gg. verfahrenseinleitende u. -fortführende Maßn. der Strafverfolgungsbeh. im EV? », *StV*, 3-2001, *art. cit.*, p. 190 ; BACHMANN, Gregor, *Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtl. EV, op. cit.*, p. 117 (qui reconnaît néanmoins en partie un danger de ralentissement de la procédure, tout en faisant prévaloir la nécessité d'une protection juridique effective sur la préservation de la répartition traditionnelle des rôles entre juges et procureurs) ; KÖLBEL, Ralf, « (Vorbeugender) Rechtsschutz gegen EV? », *JR*, 2006, *art. cit.*, p. 327.

³⁵⁷⁶ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2247 ; NAGEL, Michael, « Rechtsschutz gg. verfahrenseinleitende u. -fortführende Maßn. der Strafverfolgungsbeh. im EV? », *StV*, 3-2001, *art. cit.*, p. 190.

l'avant-procès.³⁵⁷⁷ Au-delà du déséquilibre des forces entre le procureur et le prévenu, ce dernier se trouve également clairement désavantagé par rapport à la victime, qui dispose d'une possibilité de recours concernant l'ouverture d'une enquête conformément au § 172 StPO, alors que la jurisprudence, malgré la possibilité de s'appuyer sur le principe de l'égalité des armes dans son interprétation des normes, persiste à refuser d'accorder le même droit au prévenu selon les §§ 23 EGGVG.³⁵⁷⁸

673. Par ailleurs, il peut sembler étrange que la Cour fédérale constitutionnelle, qui avait elle-même souligné la fragilité des compétences réservées au juge de l'enquête selon le § 98 al. 2 StPO et qui avait appelé explicitement à y remédier, ne sanctionne pas la tendance jurisprudentielle à l'interprétation très extensive de ce dernier paragraphe.³⁵⁷⁹ En effet, elle avait déjà dénoncé la tendance décriée par la doctrine à une application excessive et en partie abusive de la compétence d'urgence des organes de poursuites et la défaillance du contrôle judiciaire à cet égard.³⁵⁸⁰ Ces insuffisances étaient, entre autres, dues au fait que le juge de l'enquête, en raison des faibles ressources en personnel des tribunaux d'Instance (Amtsgericht), est soumis à une forte pression temporelle.³⁵⁸¹ Il ne serait ainsi pas en mesure, et ce, particulièrement dans les procédures de grande ampleur, d'être matériellement au courant de l'ensemble des éléments et il lui manquerait souvent les connaissances techniques dans les domaines spécialisés respectifs.³⁵⁸² Ces lacunes ne sauraient être comblées par la seule intervention du juge respectivement compétent.³⁵⁸³ Seule une répartition des tâches

³⁵⁷⁷ GERCKE, Björn et TEMMING, Dieter, « Einleitung », dans *HK, art. cit.*, p. 9, n° 33 ; EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2248.

³⁵⁷⁸ EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? », *NJW*, 1998, *art. cit.*, p. 2248.

³⁵⁷⁹ Dans ce sens not. PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », dans *SK, art. cit.*, p. 833, n° 33.

³⁵⁸⁰ V. not. BVerfG, déc. du 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 1121-1125 (spéc. 1122). V. pour un comm. approuvant cette jurispr. e. a. AMELUNG, Knut, « Anm. z. BVerfG, Urte. v. 20.02.2001 », *StV*, 2001, *art. cit.*, p. 322-324 ; du même auteur, « Die Entscheidung des BVerfG zur „Gefahr im Verzug“ », *NStZ*, 2001, *art. cit.*, p. 337-343. La Cour fédérale constitutionnelle se réfère ici elle-même aux constatations doctr. telles que faites e.a. not. par NELLES, Ursula, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung, op. cit.*, p. 247 et s.

³⁵⁸¹ BVerfG, *NJW*, 2001, p. 1122 (réf. exactes en n. 3580), qui s'appuie elle-même e. a. sur LILIE, Hans, « Verwicklungen im Ermittlungsverfahren », *ZStW*, vol. 111, n° 4, 1999, p. 817 et s. ; ASBROCK, Bernd, « RV - prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster ? », *ZRP*, 1998, *art. cit.*, p. 18-19. GEPPERT, Klaus, « Kontroll- und Förderungspflicht des Ermittlungsrichters », *DRiZ*, vol. 70, n° 11, 1992, p. 405 ; MÜLLER, Eggon, « Die Durchsuchungspraxis - Unterwanderung eines Grundrechts », *AnwBl.*, n° 8-9, 1992, p. 439 ; WEBER, Victor, « Gefahr im Verzug oder wie das Vertrauen in den Rechtsstaat aufs Spielgesetz werden kann », *DRiZ*, n° 3, 1991, p. 116.

³⁵⁸² V. n. 3581.

³⁵⁸³ BVerfG, *NJW*, 2001, p. 1122 (réf. exactes en n. 1271).

correspondantes, la mise à disposition de moyens personnels et matériels suffisants pour les formations dans chaque tribunal du ressort du magistrat en question, ainsi qu'une entière information par les autorités de poursuite sur l'état d'avancement de l'enquête, permettraient au juge de l'enquête d'accomplir pleinement son devoir constitutionnel en prenant le temps nécessaire pour s'informer en détail de l'état d'avancement du dossier et en s'appropriant les connaissances techniques requises, afin de procéder efficacement au contrôle d'une mesure d'enquête coercitive.³⁵⁸⁴ À la suite de ces constatations, la Cour fédérale constitutionnelle conclut : l'art. 19 al. 4 GG, garantissant le droit à un contrôle judiciaire effectif, imposait aux tribunaux de contrôler intégralement – c'est-à-dire tant en droit qu'en faits – l'acte dénoncé.³⁵⁸⁵ Certes il ne peut pas être nié que la compétence réservée au juge de l'enquête représente en l'espèce un acquis certain par rapport aux pays qui ne le connaissent pas.³⁵⁸⁶ Néanmoins, vu les ornières qui ont été mises sur le plan institutionnel à ce juge des mesures coercitives, il ne devrait pas être accordé une confiance aveugle à ce principe de double regard, comme cela en est souvent le cas dans les discussions parlementaires.³⁵⁸⁷ Pourtant, en dépit des réserves émises, la Cour constitutionnelle fédérale considéra que le recours se rapportant, par exemple, au contrôle de la légalité des modalités d'une perquisition avant que la mesure ordonnée par le juge de l'enquête ne soit exécutée, était ouvert, par analogie, en vertu du § 98 al. 2, 2^e phrase StPO.³⁵⁸⁸ Cela est d'autant plus curieux (pour ne pas dire en complète contradiction avec les constatations venant d'être évoquées) qu'elle rejette la compétence légale prévue par les §§ 23 EGGVG de la Cour régionale supérieure idéalement compétente et qui, bénéficiant d'une moindre charge de travail dans ce domaine, n'est pas soumise aux mêmes contraintes temporelles ; elle serait en ce sens assurément plus à même de procéder à un contrôle efficace.³⁵⁸⁹

674. Par ailleurs, une fois constatée la violation des règles procédurales par les autorités de poursuite, les conséquences résultant de cette atteinte sont également hautement controversées, incertaines et donc source de difficultés supplémentaires pour le mis en

³⁵⁸⁴ *Ibid.*

³⁵⁸⁵ *Ibid.*

³⁵⁸⁶ PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », dans *SK, art. cit.*, p. 833, n° 33.

³⁵⁸⁷ *Ibid.*

³⁵⁸⁸ BVerfG, déc. du 27.05.1997 - 2 BvR 1992/92, *NJW*, 1997, p. 2165-2167. V. pour un comm. de cette jurispr. : CIRENER, Gabriele, « Anm. z. BVerfG, Beschluß vom 27.05.1997 - 2 BvR 1992/92 », *JR*, n° 9, 1997, p. 389-391.

³⁵⁸⁹ PAEFFGEN, Hans-Ulrich, « Vor § 23 EGGVG », dans *SK, art. cit.*, p. 834, n° 34.

cause.³⁵⁹⁰ En effet, le StPO ne connaît que peu de règles prévoyant une interdiction légale d'exploiter les preuves résultant de l'acte vicié au procès telles celles prévues aux § 136a al. 3, 2^e phrase StPO (pratiques d'audition interdites) et aux §§ 100d al. 2, 160a StPO qui trouvent application pour les §§ 100a-100c StPO dans le cadre d'écoutes téléphoniques, de surveillance en ligne ou de domicile.³⁵⁹¹ Au-delà de ces dispositions, aucun texte légal ne consacre de théorie générale à ce sujet.³⁵⁹² Certes un élément probatoire recueilli en violation des règles procédurales pourra donner lieu à une interdiction d'exploiter la preuve viciée, toutefois un vice de procédure n'entraînera pas *per se* automatiquement une telle conséquence.³⁵⁹³ À cet égard, ni la jurisprudence, ni la doctrine ne sont parvenues à se mettre d'accord sur une règle générale, claire et contraignante.³⁵⁹⁴ À l'image de ce que l'on verra pour les nullités en France, les juridictions adoptent donc ici une approche fluctuante et différenciée selon la mesure attentatoire aux libertés en cause.³⁵⁹⁵ La décision sur le sort des preuves obtenues à la suite d'un vice de procédure nécessite en ce sens régulièrement une mise en balance des intérêts légitimes de la personne concernée avec l'intérêt constitutionnel de la communauté à une poursuite pénale efficace.³⁵⁹⁶ On reconnaît toutefois également une volonté très nette du juge de sauver l'acte de procédure vicié.³⁵⁹⁷ Ainsi s'est-il développé le principe prétorien de la « solution de l'opposition » (« *Widerspruchslösung* ») selon lequel la jurisprudence exige, de manière générale, pour admettre une requête en interdiction d'exploiter les preuves que

³⁵⁹⁰ En ce sens not. GERCKE, Björn, « Vor §§ 94 ff. StPO », dans *HK, op. cit.*, p. 347, n° 29 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 5, § 24, n° 34.

³⁵⁹¹ V. à ce propos not. GREVEN, Michael, « Vorbemerkungen, §§ 94 ff. StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 10, à noter que ce comm. n'a pas tenu compte des dernières réformes procédurales concernant les §§ 100a et s. StPO, raison pour laquelle les réf. légales citées sont à certains égard dépassées ; concernant la nouvelle disposition introduite au § 100d StPO à la suite de la réforme de 2017 pour un aménagement plus efficace et plus pratique de la proc. pén. entrée en vigueur au 24.08.2017, v. not. GRAF, Jürgen-Peter, « § 100a StPO », dans *BeckOK StPO, op. cit.*, n° 170. Ces dispositions sont proches des nullités textuelles fr., v. à ce propos dév. au n° 694, p. 620 et s.

³⁵⁹² GREVEN, Michael, « Vorbemerkungen, §§ 94 ff. StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 10 avec les réserves émises en n. préc. 3591 ; GERCKE, Björn, « Vor §§ 94 ff. StPO », dans *HK, op. cit.*, p. 347, n° 30. À l'inverse, l'art. 171 du CPP en France consacre la théorie générale des nullités, même si ces règles laissent une marge importante d'interprétation au juge, v. à ce propos dév. sous le n° 695 p. 620 et s.

³⁵⁹³ V. e. a. BVerfG, déc. du 01.03.2000 - 2 BvR 2017 u. 2039/94, reproduite dans *NStZ*, 2000, p. 489-490 ; BGH, déc. du 18.04.2007 - 5 StR 546/06, reproduite dans *NJW*, 2007, p. 2269-2274.

³⁵⁹⁴ En ce sens not. GERCKE, Björn, « Vor §§ 94 ff. StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 347, n° 30 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 5, § 24, n° 34.

³⁵⁹⁵ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3594.

³⁵⁹⁶ V. not. BVerfG, déc. du 02.07.2009 - 2 BvR 2225/08, reproduite dans *NJW*, 2009, p. 3225-3226 ; BVerfG, déc. du 09.11.2010 - 2 BvR 2101/09, reproduite dans *NJW*, 2011, p. 2417-2420.

³⁵⁹⁷ Dans un sens similaire ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 5, § 24, n° 34 ; FEZER, Gerhard, « Überwachung der Telekommunikation und Verwertung eines „Raumgesprächs“ », *NStZ*, n° 12, 2003, p. 630.

l'utilisation des indices probatoires, considérée comme viciée, ait été contestée lors de l'audience principale, dans le respect des délais du § 257 StPO, sans qu'il soit par la suite revenu sur cette position.³⁵⁹⁸ Cette opposition doit être en tant que telle explicite³⁵⁹⁹ et motivée³⁶⁰⁰. Le même principe s'appliquera si un mis en cause non assisté d'un avocat est informé par le juge-président de la possibilité de contestation.³⁶⁰¹ Cette jurisprudence s'applique à toujours plus de vices de procédure résultant de l'action des autorités de poursuite, tout en admettant certaines exceptions, ce qui la rend difficilement prévisible.³⁶⁰² En outre, elle s'apparente, comme le relevait à juste titre le Professeur allemand Claus Roxin, à une atteinte grave à la règle du procès équitable et est une des raisons majeures expliquant que le taux de succès des pourvois en cassation ait considérablement chuté pour ne s'établir qu'aux environs de 1 %.³⁶⁰³ La juridiction suprême semble en ce sens être le propre fossoyeur de sa position de « *garante de l'ordre judiciaire pénal* »³⁶⁰⁴ alors qu'elle tire d'une omission de l'avocat de la défense, dont le rôle est normalement d'assister son mandant, des conséquences fortement préjudiciables pour le mis en cause en contradiction avec la jurisprudence conventionnelle qui impose à l'état une responsabilité subsidiaire pour garantir une défense effective du prévenu³⁶⁰⁵. Il s'agit tout autant d'un mépris du devoir d'assistance des juridictions et du principe de l'état de droit selon lequel il ne revient pas à l'avocat, mais bien aux juges et au ministère public en tant que « *gardiens des lois* », de relever les atteintes aux règles procédurales fondamentales.³⁶⁰⁶

³⁵⁹⁸ V. e. a. BGH, déc. du 15.08.2000 - 5 StR 223/00, reproduite dans *StV*, 2001, p. 545 - 548 ; BGH, déc. du 07.03.2006 - 1 StR 534/05, reproduite dans *StV*, 2008, p. 63-65. Selon la déc. OLG Stuttgart du 04.03.1997 - 4Ss 1/97, reproduite dans *NStZ*, 1997, p. 405-406, l'absence de contestation lors de l'audience en première instance conformément au § 257 StPO ne peut-être rattrapée en appel, pas plus que devant les juges du fond après cassation et renvoi à la juridiction de jugement (sur ce dernier point not., v. BGH, déc. du 09.11.2005 - 1StR 447/05, reproduite dans *NJW*, 2006, p. 707-708.

³⁵⁹⁹ V. not. BGH, déc. du 07.03.2006 - 1 StR 534/05, reproduite dans *StV*, 2008, p. 63-65.

³⁶⁰⁰ V. not. BGH, déc. du 11.09.2007 - 1 StR 273/07, reproduite dans *StV*, 2008, p. 8-9.

³⁶⁰¹ V. not. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 5, § 24, n° 34.

³⁶⁰² *Ibid.*

³⁶⁰³ *Ibid.* Pour un exposé détaillé de l'évolution des pourvois en cassation, lire not. BARTON, Stephan, « Kennzeichen und Effekte der modernen Revisionsrechtsprechung. Führt die Materialisierung des Strafrechts auf den Weg nach Pappenheim? », *StV*, n° 6, 2004, p. 332-340.

³⁶⁰⁴ V. not. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 5, § 24, n° 34.

³⁶⁰⁵ Sur ce point not. GAEDE, Karsten, *Fairness als Teilhabe - Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2007, p. 271-274.

³⁶⁰⁶ V. not. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 5, § 24, n° 34 ; GAEDE, Karsten, *Fairness als Teilhabe, op. cit.*, p. 271-274.

675. Toujours dans la même optique de sauver la procédure pourtant entachée d'irrégularité, la jurisprudence a également développé la figure juridique de « l'hypothétique mesure de remplacement » (« *hypothetischen Ersatzeingriff* ») selon laquelle le moyen de preuve peut être utilisé malgré un vice de procédure, dès lors qu'il aurait pu être pareillement obtenu sur le fondement d'une mesure légale.³⁶⁰⁷ La doctrine a dans sa grande majorité avec raison dénoncé cette approche, le vice touchant l'élément probatoire en question ne pouvant pas être éliminé sur le fondement d'une simple hypothèse.³⁶⁰⁸ En tout état de cause, les tribunaux n'appliquent pas ce principe en cas de détournement arbitraire des règles légales.³⁶⁰⁹ Enfin, il convient de rappeler comme déjà évoqué plus tôt³⁶¹⁰ que la jurisprudence ne reconnaît généralement pas d'effet indirect de l'interdiction d'exploitation de la preuve comme c'est le cas, par exemple, dans le système américain avec la doctrine du « fruit of the poisonous tree », ce qui réduira également la portée de la reconnaissance du caractère vicié de l'acte.³⁶¹¹

676. En résumé, le contrôle judiciaire de l'action du ministère public lors de la phase préliminaire au procès reste lacunaire et complexe du fait de la disparité des normes en vigueur. Par ailleurs, les tribunaux tentent d'exclure au possible un recours selon les règles générales des §§ 23 EGGVG pour privilégier la compétence du juge de l'enquête dont la qualité du contrôle, comme nous le verrons en détail dans la prochaine section, ne s'est jusqu'ici pas avérée satisfaisante. À cela vient s'ajouter l'interprétation restrictive, fluctuante et incertaine de la jurisprudence du principe de l'interdiction d'exploiter les preuves résultant d'un vice de procédure constaté, qui prive dans une large proportion le mis en cause de garanties efficaces de ses droits et libertés fondamentaux. Mais les nombreux appels dans la doctrine à améliorer cette situation restent à l'heure actuelle vains.

³⁶⁰⁷ V. e. a. BGH, déc. du 15.02.1989 - 2 StR 402/88, reproduite dans *NStZ*, 1989, p. 375-376 ; BGH, déc. du 12.12.1996 - 4 StR 499/96, reproduite dans *NStZ*, 1997, p. 294-295 et s. ; BVerfG, déc. du 09.02.2005 - 2 BvR 984/04, 1018/04 et 1030/04, reproduite dans *NStZ-RR*, 2005, p. 203-205.

³⁶⁰⁸ V. not. GERCKE, Björn, « Vor §§ 94 ff. StPO », dans *HK*, art. cit., p. 347, n° 32 ; FEZER, Gerhard, « Überwachung der Telekommunikation u. Verwertung eines „Raumgesprächs“ », *NStZ*, 2003, art. cit., p. 628-630 ; BERNSMANN, Klaus et SOTOLSEK, Marc, « Telefonüberwachung bei Verdacht der Geldwäsche, Verwertbarkeit, BGH, Beschl. v. 26.02.2003 - 5 StR 423/02 », *StV*, n° 3, 2004, p. 114.

³⁶⁰⁹ V. not. BGH, déc. du 18.04.2007 - 5 StR 546/06, reproduite dans *NStZ*, 2007, p. 601-603.

³⁶¹⁰ Se rapporter aux dév. sous le n° 117, p. 119.

³⁶¹¹ GREVEN, Michael, « Vorbemerkungen, §§ 94 ff. StPO », dans *KK*, art. cit., n° 14.

677. Ainsi le premier contrôle judiciaire véritablement intégral de l'action des autorités de poursuite n'arrive-t-il qu'à la fin de l'avant-procès depuis la réforme de 1974 qui supprima le juge d'instruction, lorsque le procureur renvoie l'affaire au tribunal et que s'ouvre alors la procédure intermédiaire (« *Zwischenverfahren* »).³⁶¹² Quel est alors l'apport de cette procédure pour la garantie des droits et libertés fondamentaux du prévenu ?

b. Le contrôle de la décision de renvoi de l'affaire au tribunal : la procédure intermédiaire

678. Lors de cette deuxième phase procédurale qu'est la procédure intermédiaire, le tribunal compétent pour juger l'affaire au fond exerce un contrôle sur la décision de poursuite en examinant la plausibilité.³⁶¹³ Il ordonne – ou non – l'ouverture du procès principal (v. § 203) à la suite de la tenue d'une audience non publique au cours de laquelle la personne mise en cause, devenue, à la suite de l'acte d'accusation demandant l'ouverture du procès du ministère public, « *der Angeschuldigte* » (§ 157 StPO), est admise à faire valoir les arguments de sa défense (v. § 201 StPO).³⁶¹⁴ Selon le § 203 StPO, le tribunal décide l'ouverture de la procédure principale dès lors que, « *sur la base des résultats de la phase préliminaire, le mis en examen apparaît suffisamment suspect d'avoir commis une infraction* », c'est à dire si sa condamnation apparaît vraisemblable.³⁶¹⁵ Le prévenu deviendra alors officiellement l'accusé (« *der Angeklagte* », § 157 StPO) et la juridiction de jugement sera saisie.³⁶¹⁶ Cette phase est en principe obligatoire pour accéder à la juridiction de jugement sauf dans les hypothèses d'une procédure accélérée (§§ 417 et s. StPO) ou d'ordonnance pénale (§ 407 al. 1 StPO)³⁶¹⁷

³⁶¹² FEZER, Gerhard, « Richterliche Kontrolle der Ermittlungstätigkeit vor Anklageerhebung », dans *GS-Schröder*, 1978, *art. cit.*, p. 407 ; JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 230.

³⁶¹³ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 399-400, n° 608 et 610 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 111-112 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.* p. 243.

³⁶¹⁴ HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, München, VVF, 1991, p. 1-2 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 243.

³⁶¹⁵ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3614.

³⁶¹⁶ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 4, n° 1 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 243.

³⁶¹⁷ V. au sujet de ces proc. dév. aux n°424 et 425, p. 388 et s. de cette thèse.

dans lesquelles les juges du fond seront exceptionnellement directement saisis avec la transmission de l'acte écrit d'accusation.³⁶¹⁸

679. Cette procédure était déjà prévue dans le RStPO qui distinguait toutefois selon le cadre juridique de l'avant-procès dans lequel avait eu lieu la décision de renvoi (information ou enquête, v. § 201 RStPO [1879]).³⁶¹⁹ Si le procureur souhaitait directement porter l'accusation devant le tribunal après une enquête, il manquait ici l'intervention du juge vue comme garantie supplémentaire dans l'éclaircissement des faits et il était considéré comme d'autant plus nécessaire de protéger l'accusé d'une ouverture du procès principal non justifiée.³⁶²⁰ Cet argument était moins déterminant quand les investigations avaient été menées dans le cadre d'une information par le juge d'instruction alors encore existant.³⁶²¹ Mais la fonction de la procédure intermédiaire, qui reposait outre dans le contrôle de l'acte d'accusation également dans la considération des intérêts de la défense, n'en perdait pas pour autant tout intérêt.³⁶²²

680. Très vite, ce mécanisme déclencha de vives critiques.³⁶²³ Il lui était reproché son ineffectivité et nombreux furent ceux qui réclamèrent la suppression de cette formalité inutile.³⁶²⁴ À l'instar de ce qu'il s'était passé avec le principe de légalité, les nazis se saisirent de la controverse pour modifier le système à leur avantage.³⁶²⁵ Il supprimèrent ce contrôle et renforcèrent de la sorte considérablement la position du procureur (dépendant de l'exécutif), qui selon eux ne méritait pas la méfiance quant à son objectivité que sous-entendait la

³⁶¹⁸ ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, op. cit., § 16, n° 2.

³⁶¹⁹ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 109 ; HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, op. cit., p. 25 et 30.

³⁶²⁰ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 109 ; HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, op. cit., p. 30-33.

³⁶²¹ DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 109 ; HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, op. cit., p. 33-34.

³⁶²² DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 109 ; HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, op. cit., p. 30-34.

³⁶²³ V. à ce propos not. DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 109 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 42, n° 3 ; HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, op. cit., p. 35 et s.

³⁶²⁴ Ainsi en 1893 la décision d'ouverture du procès à la suite de la procédure intermédiaire était-elle déjà qualifiée par certains de « *perte de temps* » (« *Zeitvergeudung* ») ou « *de simple formalité sans aucune utilité* » (« *völlig nutzlose Formalität* ») qui ne consistait qu'à recopier le contenu de la décision de renvoi du procureur, v. p. ex. WEINRICH, Alfred (von), « 8. Zur Reform des Strafprozesses und des Verteidigerberufes », *ZStW*, vol. 13, n° 1, 1893, p. 241.

³⁶²⁵ HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, op. cit., p. 41-48 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 109-1108 ; SCHUMACHER, Ulrich, *StA u. Gericht im 3. Reich*, op. cit., p. 147-158.

procédure intermédiaire.³⁶²⁶ Ainsi, à la place de la décision d'ouverture du procès (résultat jusque-là de la procédure intermédiaire), le président du tribunal ouvrirait-il le procès principal à la suite de la décision de renvoi de l'affaire du procureur, sauf s'il n'était pas compétent ou qu'il apparaissait certain selon les faits ou le droit qu'une condamnation n'était pas possible (v. ancien § 203 RStPO [1942]).³⁶²⁷ En conséquence, le tribunal n'était dans les faits plus en mesure de rejeter sa saisine par le procureur.³⁶²⁸ L'histoire prouva malheureusement dans les circonstances dramatiques que nous lui connaissons que ces craintes originelles envers le ministère public n'étaient pas complètement infondées. Cela fut la raison de la réintroduction de ce mécanisme de contrôle dans sa forme originelle par la loi d'unification du 12 septembre 1950³⁶²⁹.³⁶³⁰ La réforme de 1964³⁶³¹ vint restreindre la portée de la décision d'ouverture du procès principal en remplaçant la nécessité pour le juge de reprendre la qualification des faits du procureur par un contrôle de recevabilité de la décision de renvoi du ministère public.³⁶³² L'objectif était ici de préserver l'impartialité du juge et d'éviter que ne naisse l'impression que celui-ci avait fait sienne les conclusions du procureur.³⁶³³

681. Le but principal de la procédure intermédiaire réside aujourd'hui toujours dans le contrôle négatif de la décision de renvoi du ministère public (§§ 203, 207 StPO), le danger d'une décision du ministère public erronée étant toujours latent.³⁶³⁴ En laissant le soin à un juge (ou un collège de magistrats) indépendant dans le cadre d'une audience non publique de vérifier la recevabilité et la nécessité de continuer les poursuites pénales, il doit être créé une possibilité supplémentaire pour la personne discriminée, d'éviter l'ouverture d'un procès pénal public qui se révélerait particulièrement discriminante et stigmatisante même en cas

³⁶²⁶ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3625.

³⁶²⁷ V. à ce propos pour un exposé plus détaillé not. HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, op. cit., p. 41-48 ; SCHUMACHER, Ulrich, *StA u. Gericht im 3. Reich*, op. cit., p. 153-158.

³⁶²⁸ En ce sens not. BIECHTLER, Hans, « Die gerichtliche Anklageprüfung », *NJW*, n° 14, 1950, p. 530.

³⁶²⁹ Publiée au *BGBI.*, 1950, partie I, 455 et s.

³⁶³⁰ V. not. BT-Drs. 1/530, annexe I a, motivation du projet de réf., p. 43, à propos du n° 71, en ligne : <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/01/005/0100530.pdf>, p. PDF 116, consulté dernièrement le 24.11.18. V. égal. SCHUMACHER, Ulrich, *StA u. Gericht im 3. Reich*, p. 216.

³⁶³¹ Publiée au *BGBI.* 1964, partie I, 1067 et s.

³⁶³² DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 111 ; HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, op. cit., p. 48-54.

³⁶³³ V. not. BT-Drs. 4/178, motivation du projet de réforme, p. 39, en ligne : <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/04/001/0400178.pdf>, consulté dernièrement le 24.11.18.

³⁶³⁴ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 42, n° 2 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 111-112 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, op. cit., p. 405-406, n° 621 ; VORMBAUM, Moritz, « Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreiarbeit? », *ZIS*, n° 6, 2015, p. 328-329.

d'acquiescement. À la suite de la notification de la décision de renvoi, le prévenu obtient à cette fin une occasion d'influer sur l'ouverture du procès notamment grâce à la possibilité des requêtes de preuves (§201 StPO).³⁶³⁵ Ce dernier aspect permet aussi de garantir le droit procédural fondamental du prévenu d'être entendu, droit qui n'existait pas lors des investigations.³⁶³⁶ Par ailleurs un contrôle précoce du bien-fondé et de la qualité de l'accusation est essentiel en raison de l'impact des conclusions de l'enquête sur le jugement.³⁶³⁷ En effet, l'avant-procès donne ici une orientation décisive, et selon certains, même définitive, à l'affaire.³⁶³⁸ La procédure intermédiaire serait ainsi le seul moyen de remédier encore efficacement à des erreurs ou des déficits des investigations.³⁶³⁹ Enfin, il s'agit ici également de préparer le procès principal, d'éclaircir la situation délictuelle en demandant un complément de preuves (§ 202 StPO), d'informer le prévenu pour qu'il puisse décider de sa ligne de défense (§ 201 StPO), de délimiter l'objet du procès §§ 200 al. 1, 207 StPO, ainsi que de marquer le début de la procédure d'instance, le procureur n'ayant plus la possibilité de retirer de lui-même son acte d'accusation.³⁶⁴⁰

682. Aujourd'hui la procédure intermédiaire rejette moins de 1% des décisions de renvoi au tribunal des procureurs.³⁶⁴¹ Cette constatation avait déjà été faite en 1938 et les chiffres sont jusqu'ici restés constants.³⁶⁴² Si ces données ne peuvent à elles seules imposer la conclusion de la faible intensité du contrôle, elles n'en font pas moins naître quelques doutes sur l'effectivité de ce mécanisme.³⁶⁴³ Cela n'étonne donc pas que de nombreuses voix s'élèvent encore à l'heure actuelle dans la doctrine contre la tenue de cette procédure

³⁶³⁵ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3634.

³⁶³⁶ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3634.

³⁶³⁷ En ce sens not. DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 112 ; ERNST, Christoph, *Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung*, Frankfurt a. M. [u.a.], Lang, 1986, p. 15.

³⁶³⁸ Sur la quasi-impossibilité de corriger les erreurs commises lors de l'enquête, v. not. PETERS, Karl, *Fehlerquellen im Strafprozeß, Band 2 : Systematische Untersuchungen und Folgerungen*, op. cit., p. 195.

³⁶³⁹ V. ici l'ens. des réf. préc. en n. 3637.

³⁶⁴⁰ HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, op. cit., p. 69-61 ; VORMBAUM, Moritz, « Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibearbeit? », *ZIS*, 6-2015, art. cit., p. 328.

³⁶⁴¹ Reprenant ce chiffre en le détaillant e. a. DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 313 ; VORMBAUM, Moritz, « Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibearbeit? », *ZIS*, 6-2015, art. cit., p. 329.

³⁶⁴² DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 113 ainsi que ses réf. correspondantes.

³⁶⁴³ V. e. a. *Ibid.*, p. 313 ; VORMBAUM, Moritz, « Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibearbeit? », *ZIS*, 6-2015, art. cit., p. 329.

intermédiaire.³⁶⁴⁴ Beaucoup dénoncent la reprise systématique du contenu de l'acte de renvoi du procureur dans la décision d'ouverture du procès.³⁶⁴⁵ Pour d'autres, ni ce phénomène devenu routinier, ni les acquittements encore nombreux en fin de procès ne signifieraient pour autant une absence de contrôle effectif par les juges au cours de la procédure intermédiaire.³⁶⁴⁶ En particulier s'agissant des affaires au fort potentiel médiatique, les juges vérifieraient péniblement les éléments fondant un soupçon sérieux et suffisant de la commission d'une infraction.³⁶⁴⁷ Le tribunal a de plus tout intérêt à se préserver d'un procès principal superflu qui ne manquerait de mener à une charge supplémentaire de travail.³⁶⁴⁸

683. Les problèmes évoqués sont nombreux. La forme écrite de la procédure empêcherait d'abord le juge, tirant ses connaissances des documents transmis par le procureur, de se faire lui-même une impression du dossier comme lors d'un débat oral.³⁶⁴⁹ De plus, les magistrats tendraient, dès lors que le soupçon requis légalement leur paraît litigieux, à s'en remettre à l'audience dans le cadre du procès principal pour clarifier la situation.³⁶⁵⁰ En effet, les tribunaux d'instance sont chroniquement débordés, raison pour laquelle ils sont peu enclins à s'adonner à une vérification approfondie et à la consultation de l'ensemble des éléments matériels, afin d'infirmer la décision de renvoi du ministère public à première vue fondée, celles-ci se révélant très coûteuses en temps et peu valorisantes.³⁶⁵¹ Cette tendance serait renforcée par la crainte des tribunaux qu'un ministère public ayant pris un acte de renvoi censuré, mette tout en œuvre pour que le procès principal puisse s'ouvrir, en attaquant, si

³⁶⁴⁴ V. p. ex. SCHÜNEMANN, Bernd, « Zur Reform der Hauptverhandlung im Strafprozeß », *GA*, 1978, p. 173, ici spéc. n. 59, qui indique que la suppression de la procédure intermédiaire serait toujours plus avantageuse que son maintien ou WEIGEND, Thomas, « Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht », *ZStW*, vol. 113, n° 2, 2001, p. 285, qui ne considère de son côté pas la procédure intermédiaire comme un élément « *indispensable* » du procès pénal.

³⁶⁴⁵ V. p. ex. e.a. MARXEN, Klaus, *Straftatsystem und Strafprozess*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p. 248 ; plus réc. VORMBAUM, Moritz, « Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibearbeit? », *ZIS*, 6-2015, *art. cit.*, p. 329.

³⁶⁴⁶ V. not. GERMANN, Richard, « Der Eröffnungsbeschluss », *NJW*, n° 17, 1960, p. 758.

³⁶⁴⁷ SIEWERT, Wolfgang et MATTHEUS, Axel, « Die Nachermittlung von Gericht und Staatsanwaltschaft vor Eröffnung des Hauptverfahrens », *DRiZ*, n° 9, 1993, p. 354 ; en ce sens égal. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 7, § 42, n° 3.

³⁶⁴⁸ KOHLHAAS, Max, « Empfiehlt es sich, besondere strafprozessuale Vorschriften für Großverfahren einzuführen ? », *DRiZ*, n° 7, 1974, p. 218.

³⁶⁴⁹ V. not. KRIES, August (von), « 1. Vorverfahren und Hauptverfahren », *ZStW*, vol. 9, n° 1, 1889, p. 102 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV, op. cit.*, p. 115.

³⁶⁵⁰ WEINRICH, Alfred (von), « 8. Z. Reform des Strafprozesses u. des Verteidigerberufes », *ZStW*, 1-1893, *art. cit.*, p. 241 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV, op. cit.*, p. 116.

³⁶⁵¹ HENSCHEL, Arthur, « 12. Zur Reform des Vor- und Zwischenverfahrens », *GS*, vol. 74, 1909, p. 394 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV, op. cit.*, p. 116.

besoin est, la décision de non ouverture comme le permet le § 210 al. 2 StPO.³⁶⁵² Or, s'il était fait droit à ce recours du parquet, tout le travail du juge ayant au départ refusé l'ouverture du procès, s'en trouverait inutile.³⁶⁵³ Les tribunaux choisiraient en conséquence la voie promettant le moins de résistance.³⁶⁵⁴ Par ailleurs, il serait difficile au prévenu non juriste de comprendre les moyens juridiques que lui offre le § 201 StPO raison pour laquelle il ne sera régulièrement pas à même de tourner cette procédure à son avantage.³⁶⁵⁵

684. Mais le point faible le plus important de la procédure intermédiaire repose dans la crainte de partialité du juge ici compétent qu'elle génère, alors que ce dernier statuera par la suite dans l'affaire.³⁶⁵⁶ Son implication préalable dans la décision d'ouverture du procès, c'est-à-dire la confirmation de l'acte de renvoi du procureur, amènerait le juge à s'identifier avec l'accusation.³⁶⁵⁷ Certes le fait que le procès principal aboutisse dans environ 3 %³⁶⁵⁸ des cas à des relaxes ou acquittements prouverait que cette prétendue impartialité n'est pas forcément vérifiée.³⁶⁵⁹ Mais ce chiffre reste faible et la procédure intermédiaire n'en entraîne pas moins des effets potentiellement préjudiciables sur le procès principal : en effet, plus l'obtention des preuves par le juge est importante lors de cette phase transitoire, plus le danger d'une audience préliminaire de l'accusé, assimilable *de facto* à une condamnation prématurée de l'accusé, est grand.³⁶⁶⁰ Là réside tout le paradoxe de cette procédure : la protection de l'accusé requiert d'une part un contrôle intensif de la suspicion de la commission d'une infraction dans

³⁶⁵² BORNHAK, Conrad, « 4. Zur Vereinfachung des Strafprozesses », *GS*, vol. 85, 1917, p. 117 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 116.

³⁶⁵³ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3652.

³⁶⁵⁴ *Ibid.*

³⁶⁵⁵ V. déjà KRIES, August (von), « 1. Vorverfahren u. Hauptverfahren », *ZStW*, 1-1889, *art. cit.*, p. 104 ; plus réc. égal. DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 116.

³⁶⁵⁶ Déjà en son temps KRIES, August (von), « 1. Vorverfahren und Hauptverfahren », *ZStW*, 1-1889, *art. cit.*, p. 102 ; plus réc., ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 7, § 42, n° 3 ; SESSAR, Klaus, « Wege zu einer Neugestaltung der Hauptverhandlung », *ZStW*, vol. 92, n° 3, 1980, p. 701-702 ; SCHÜNEMANN, Bernd, « Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulter-schlußeffekt », *StV*, n° 3, 2000, p. 159 ; VORMBAUM, Moritz, « Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibearbeit? », *ZIS*, 6-2015, *art. cit.*, p. 330 ; réfutant cette thèse not. MEYER-GOßNER, Lutz, « Theorie ohne Praxis und Praxis ohne Theorie im Strafverfahren », *ZRP*, vol. 33, n° 8, 2000, p. 347.

³⁶⁵⁷ V. not. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 7, § 42, n° 3.

³⁶⁵⁸ Chiffres cités par MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « Vorbemerkungen, §§ 199 ff. StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 1.

³⁶⁵⁹ Réfutant pour cette raison l'argument de la partialité not. GERMANN, Richard, « Eröffnungsbeschluss », *NJW*, 1960, *art. cit.*, p. 758 ; SCHMIDT, Eberhard, « Anklageerhebung, Eröffnungsbeschluss, Hauptverfahren, Urteil », *NJW*, n° 24, 1963, p. 1081.

³⁶⁶⁰ V. not. ERNST, Christoph, *Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung*, *op. cit.*, p. 157 et l'auteur Baldus tel qu'il le cite dans sa n. 3.

le cadre de la procédure intermédiaire qui induit une vérification étendue et complète des preuves présentées.³⁶⁶¹ D'autre part, un examen trop poussé à ce stade pourrait compromettre d'autres mécanismes de protection de l'accusé à son détriment.³⁶⁶² Ainsi la procédure intermédiaire pourrait-elle devenir une anticipation préjudiciable de l'audience publique présentant d'étranges ressemblances avec l'ancienne procédure inquisitoire secrète.³⁶⁶³ Les principes de l'oralité et de l'immédiateté des débats en seraient par là compromis.³⁶⁶⁴

685. Certains proposent en conséquence de supprimer tout bonnement cette procédure, les désagréments qu'elle entraîne (en particulier le ralentissement de la procédure et la superficialité du contrôle) prenant clairement le pas sur les bénéfices pour la protection du prévenu.³⁶⁶⁵ Le ministère public n'aurait en tout état de cause aucun intérêt à porter une accusation infondée devant le tribunal, puisque le procès principal qui s'ensuivrait ne manquerait pas de mettre à nu les lacunes du travail de ses membres et un éventuel acquittement pourrait alors entacher leur réputation.³⁶⁶⁶ En outre, le nombre très élevé de classements sans suite, la part dérisoire des décisions de renvoi au tribunal refusées, de même que le peu d'acquittements prononcés prouveraient que le parquet ne tend pas à porter d'accusation inutile.³⁶⁶⁷ La tenue d'une telle procédure transitoire ne serait pas non plus nécessaire au vu de l'art. 19 al. 4 GG, la protection juridique requise étant ici suffisamment assurée par la décision de renvoi au tribunal qui ouvre au prévenu toutes les garanties

³⁶⁶¹ V. not. DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 117 ; HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, op. cit., p. 38-39 ; HENSCH, Arthur, « 12. Z. Reform des Vor- u. Zwischenverfahrens », *GS*, 1909, art. cit., p. 404 et s.

³⁶⁶² V. l'ens. des réf. préc. en n. 3661.

³⁶⁶³ V. not. HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, op. cit., p. 92 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 117-118.

³⁶⁶⁴ V. not. DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 117-118.

³⁶⁶⁵ V. p. ex. SCHMIDT, Gerhard, « Vorschläge zur Beschleunigung und Strafung des Strafverfahrens », *DRiZ*, n° 3, 1971, p. 78 ; SCHÜNEMANN, Bernd, « Zur Reform der Hauptverhandlung im Strafprozeß », *GA*, 1978, art. cit., p. 173, ici spéc. n. 59, qui indique que la suppression de la procédure intermédiaire serait toujours plus avantageuse que son maintien. En son temps déjà, HENSCH, Arthur, « 12. Z. Reform des Vor- u. Zwischenverfahrens », *GS*, 1909, art. cit., p. 420 ; JESCHECK, Hans-Heinrich, « Der Strafprozeß — Aktuelles und Zeitloses », *JZ*, vol. 25, n° 7, 1970, p. 204 ; WEIGEND, Thomas, « Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht », *ZStW*, 2-2001, art. cit., p. 285, qui ne considère de son côté pas la procédure intermédiaire comme un élément « indispensable » au procès pénal.

³⁶⁶⁶ En ce sens not. SCHMIDT, Gerhard, « Vorschläge z. Beschleunigung u. Strafung des Strafverfahrens », *DRiZ*, 1971, art. cit., p. 78.

³⁶⁶⁷ En ce sens not. SCHMIDT, Eberhard, « Anklageerhebung, Eröffnungsbeschluß, Hauptverfahren, Urteil », *NJW*, 1963, art. cit., p. 1083.

attachées au procès.³⁶⁶⁸ La suppression de la procédure intermédiaire permettrait de surcroît d'éliminer tout soupçon de partialité du tribunal ouvrant la procédure et décidant ensuite de l'issue du procès.³⁶⁶⁹ De même, ce système serait plus respectueux de la répartition des fonctions entre les juges et les procureurs, le contenu du dossier d'accusation relevant, depuis la disparition du magistrat instructeur, en principe de la seule responsabilité du ministère public en tant que souverain de l'enquête.³⁶⁷⁰ Enfin, s'il s'agissait de véritablement prévenir une stigmatisation du mis en cause, un contrôle interne du ministère public en amont de la décision de renvoi serait beaucoup plus efficace qu'une intervention tardive du juge au cours de la procédure intermédiaire.³⁶⁷¹

686. Il nous semble toutefois que ces opinions laissent de côté l'effet préventif de cette procédure sur le procureur qui est par là encouragé à travailler de manière plus minutieuse et approfondie, afin de justifier la vraisemblance qu'une infraction a été commise³⁶⁷² pour ne pas risquer de présenter de conclusions honteuses que le juge serait, sur le fondement des mêmes documents, susceptible d'infirmer.³⁶⁷³ Par ailleurs l'expérience nazie, pendant laquelle les juges n'avaient en pratique pas de possibilité de refuser l'accusation portée par le ministère public (v. ancien § 203 RStPO [1942]), démontre, à notre sens, le danger d'une telle suppression.³⁶⁷⁴ Le nombre d'accusations infondées s'était, durant cette période, manifestement à tel point multiplié, que le Reichsgericht (RG) fut contraint de rappeler qu'il incombait au parquet selon les §§ 160 et s. RStPO de rechercher l'ensemble des indices nécessaires à l'élucidation de l'infraction (impliquant également les éléments à décharge et les informations nécessaires pour déterminer l'ampleur de la peine) et que ce n'était pas la

³⁶⁶⁸ V. à ce propos l'exposé détaillé de HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, op. cit., p. 62 et s.

³⁶⁶⁹ En ce sens not. SCHMIDT, Eberhard, « Anklageerhebung, Eröffnungsbeschuß, Hauptverfahren, Urteil », *NJW*, 1963, art. cit., p. 1083.

³⁶⁷⁰ V. p. ex. KERBEL, Paul, *Zur Stellung, Organisation und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 92 et s. SCHMIDT, Eberhard, « Anklageerhebung, Eröffnungsbeschuß, Hauptverfahren, Urteil », *NJW*, 1963, art. cit., p. 1083 ; SCHMIDT, Eberhard, « Der Strafprozeß », *NJW*, vol. 22, n° 27, 1969, p. 1144.

³⁶⁷¹ ERNST, Christoph, *Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung*, op. cit., p. 30-31, ainsi que ses réf. p. 31, n. 1, qui sans défendre la suppression de la procédure intermédiaire attire l'attention sur cet aspect.

³⁶⁷² En ce sens not. GRÜNWALD, Gerald, « Empfiehlt es sich, bes. strafprozessuale Vorschriften für Großverf. einzuführen?, Gutachten C », dans *50. DJT*, art. cit., p. C49 ; GERMANN, Richard, « Eröffnungsbeschluss », *NJW*, 1960, art. cit., p. 758.

³⁶⁷³ À ce propos not. ERNST, Christoph, *Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung*, op. cit., p. 75, qui illustre ici ses propos d'une citation de l'auteur Meyer-Goßner dans le commentaire de référence *Löwe/Rosenberg* de l'époque (*LR*²³).

³⁶⁷⁴ V. not. HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, op. cit., p. 47-48.

tâche des juges du fond de refaire l'enquête à sa place lors du procès.³⁶⁷⁵ Il ne peut être ici exclu que, le fait que la procédure intermédiaire ait été vidée de sa substance par les nazis, ait été à l'origine, du moins pour partie, de ces pratiques déviantes et abusives du ministère public.³⁶⁷⁶ Un état de droit attaché aux libertés ne peut exposer ses citoyens à un procès pénal que si les suspicions substantielles justifiant l'accusation ne sont pas laissées à la seule appréciation du procureur en tant qu'organe soumis à l'exécutif.³⁶⁷⁷ C'est du moins ce qu'impose, nous semble-t-il, la présomption d'innocence.³⁶⁷⁸ Cela vaut d'autant plus que le juge d'instruction ayant été supprimé, ce contrôle par le tribunal permet une vérification indépendante de la notion de soupçon suffisant par un magistrat du siège extérieur aux investigations et à la vision des autorités de poursuite, capable d'apprécier plus objectivement et impartialement la question.³⁶⁷⁹ À cet égard, il serait toutefois de bon augure de renforcer cette procédure, en en attribuant la responsabilité à un tribunal indépendant pour empêcher toute entrave à l'impartialité du juge du procès.³⁶⁸⁰ Car, en l'état des choses, la protection offerte au prévenu par ce dispositif, en plus d'être tardive, ne nous semble pas satisfaisante.

2) Les recours ouverts au prévenu lors de l'enquête en France

687. La situation n'est guère plus convaincante du côté français, du moins s'agissant du cadre juridique de l'enquête. Les prérogatives de la personne mise en cause sont préservées à deux niveaux, à savoir d'abord par des obligations particulières auxquelles doivent se conformer ceux souhaitant recourir à un acte donné, mais aussi par certaines voies de droit ouvertes contre l'action des autorités de poursuite.³⁶⁸¹

688. Concernant le premier aspect, il a été précédemment exposé³⁶⁸² que la police judiciaire procède aux investigations en application des art. 12, 13 et 14 du CPP, sous la

³⁶⁷⁵ RG, déc. du 19.11.1942 – 2 B 1/42, reproduite dans *DJ*; 1943, p. 173-174.

³⁶⁷⁶ En ce sens égal. HEGHMANN, Michael, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, op. cit., p. 47-48.

³⁶⁷⁷ WILLMS, Günther, « Kummer mit Eröffnungsbeschlüssen », *DRiZ*, 1961, p. 329.

³⁶⁷⁸ En ce sens égal. *ibid.*

³⁶⁷⁹ En ce sens égal. GRÜNWARD, Gerald, « Empfiehlt es sich, bes. strafprozessuale Vorschriften für Großverf. einzuführen?, Gutachten C », dans *50. DJT*, art. cit., p. C48.

³⁶⁸⁰ Nous partageons en ce sens pleinement l'opinion e. a. de ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 7, § 42, n° 3 ; WOHLERS, Wolfgang, « Vorbefassung durch Erlass des Eröffnungsbeschlusses », dans M. HEINRICH (éd.), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Zurich, De Gruyter, 2011, p. 1326-1327.

³⁶⁸¹ LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 189, qui ne traite ici que de la garantie des droits du gardé à vue, ce principe général vaut toutefois pour l'ensemble des mesures d'investigation.

³⁶⁸² Se reporter à la 1^e sect. de ce chap., n° 471 et s., p. 434 et s.

direction du procureur la République – qui doit s’assurer que les actes d’enquête sont effectués conformément à la loi – de même que sous la surveillance du procureur général – également chargé de la notation et de l’habilitation des officiers de police judiciaire – et de la chambre de l’instruction en tant qu’autorité disciplinaire.³⁶⁸³ Le législateur a réaffirmé dernièrement l’importance, notamment du contrôle du procureur de la légalité et de proportionnalité des mesures adoptées en étendant l’assiette de celui-ci à l’ensemble des actes d’investigation (art. 39-3 CPP).³⁶⁸⁴ Toutefois, au-delà du contenu vague de ces dispositions³⁶⁸⁵ et des déficits déjà évoqués antérieurement tenant à la vérification même des mesures par le ministère public, il est clair que l’effectivité des droits dont dispose le mis en cause se mesure avant tout à l’aune du contrôle judiciaire qui s’y rattache, le renforcement du rôle du procureur de la République au sein de la procédure pénale impliquant corrélativement qu’il soit accompagné de celui des garanties entourant son intervention, reposant notamment dans l’existence de recours suffisants contre l’action de cet acteur.³⁶⁸⁶

689. Or, concernant spécifiquement les voies de droit ouvertes au prévenu, force est de constater qu’elles sont beaucoup plus limitées lors de l’enquête que dans le cadre d’une information judiciaire. En ce sens, le mis en cause ne pourra, par exemple, pas contester l’impartialité d’un procureur, alors qu’il lui sera offert cette possibilité à l’égard du magistrat instructeur dans le cadre d’une instruction.³⁶⁸⁷ De plus, il est possible de faire appel de la plupart des ordonnances rendues par le juge d’instruction, puisqu’il s’agit ici de décisions juridictionnelles,³⁶⁸⁸ comme il peut être sollicité des actes d’instruction utiles à la manifestation

³⁶⁸³ V. not. GIUDICELLI, Catherine, « L’étendue des nullités au cours de l’enquête pénale : quel contrôle de la police judiciaire ? », *AJP*, n° 11, 2008, p. 445 et s. ; LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 271.

³⁶⁸⁴ V. e.a. BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1341.

³⁶⁸⁵ En ce sens not. GIUDICELLI, Catherine, « L’étendue des nullités au cours de l’enquête pénale : quel contrôle de la PJ ? », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 445 et s.

³⁶⁸⁶ En ce sens not. BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-564.

³⁶⁸⁷ La requête en renvoi pour cause de suspicion légitime (art. 662 CPP) n’est pas recevable contre le min. pub., v. Cass. crim., déc. du 27.01.1993, n° 92-85.300, publiée au *bull.* n° 49, p. 115. V. not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 164-165, n° 194. Se rapporter égal. sur ce point au dév. n° 231, p. 234 et s. de cette thèse.

³⁶⁸⁸ V. p. ex. art. 84 CPP concernant la demande de désaisissement du juge d’instruction, art. 186 al. 3 CPP au sujet de la contestation de la compétence de ce magistrat, art. 699 du CPP s’agissant de la récusation ou art. 662 CPP qui permet de faire valoir une suspicion légitime.

de la vérité³⁶⁸⁹.³⁶⁹⁰ À l'inverse, les décisions du ministère public, telles celles de classement, sont des décisions administratives provisoires insusceptibles de recours.³⁶⁹¹ À cet égard, le suspect, ne pourra, notamment face à un classement sans suite, en aucun cas mettre en mouvement l'action publique, quand bien même il serait désireux par là de prouver son innocence.³⁶⁹² Quant aux décisions finales de l'enquête et de l'instruction, on aurait d'abord pu penser qu'elles placeraient le suspect et le mis en examen sur un même pied d'égalité, ni l'un, ni l'autre – hormis dans l'hypothèse d'une contestation de correctionnalisation (v. art. 186-3 CPP) – ne pouvant s'opposer à une décision de renvoi devant la juridiction de jugement.³⁶⁹³ Mais, cette apparente similitude ne saurait faire oublier une disparité majeure des situations : en effet, comme il a été évoqué pour le système allemand, le suspect ne dispose pas de recours spécifique pour contester le statut de mis en cause qui lui a été attribué dans le cadre de l'enquête,³⁶⁹⁴ tandis que le régime de l'instruction prévoit au profit du mis en examen un droit d'appel devant la chambre de l'instruction de l'ordonnance du magistrat instructeur ayant décidé du statut s'appliquant au cas d'espèce (v. art. 81-1 et 186 CPP).³⁶⁹⁵ En conséquence, le mis en cause pourra dans le cadre d'une information tout du moins contester le statut présidant à son renvoi en jugement ce qui demeure impossible pour le mis en cause lors de l'enquête.³⁶⁹⁶

690. Les deux voies de droit sanctionnant *a posteriori* les irrégularités des mesures d'enquête s'offrant au prévenu sont, d'une part la nullité de la procédure et, d'autre part, la responsabilité de l'auteur de l'irrégularité.³⁶⁹⁷ Concernant la responsabilité du procureur, conformément à ce qu'il a été dit plus haut, l'engagement de celle-ci est très limité et n'ouvre

³⁶⁸⁹ Art. 81 al. 9, 82-1, 156 CPP.

³⁶⁹⁰ À ce propos not. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête/instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s.

³⁶⁹¹ SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 652, n° 748.

³⁶⁹² V. not. Agen, déc. 28.09.1989, reproduite dans *Gaz. Pal.* du 17.02.1990, p. 11, note Doucet (le prévenu a été déclaré irrecevable à saisir lui-même le tribunal de police). V. égal. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 633, n° 724 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 635-636, n° 677.

³⁶⁹³ V. à ce propos not. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête/instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s.

³⁶⁹⁴ À l'inverse de ce que prévoyait par ex. l'avant-projet de réforme du CPP préc. dans sa version du 1^{er} mars 2010 à l'art. 341-3 du futur CPP qui prévoyait une telle possibilité de contestation devant le JLD.

³⁶⁹⁵ V. à ce propos not. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête/instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s.

³⁶⁹⁶ *Ibid.*

³⁶⁹⁷ LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 201, qui traite certes spécifiquement de la GAV mais qui peut s'étendre sur ce point à toutes les mesures d'investigation.

pas de garantie suffisante contre l'action des procureurs.³⁶⁹⁸ S'agissant des actions en responsabilité contre l'enquêteur direct, elles jouent en pratique pareillement un rôle très marginal.³⁶⁹⁹ Conformément aux art. 16, R 15-2 et 15-6 du CPP, le procureur général peut décider, en cas de faute, par une procédure contradictoire, d'un retrait ou d'une suspension de l'habilitation pour une durée ne pouvant excéder deux ans. Cette décision administrative est susceptible d'un recours gracieux et d'un recours contentieux portés devant une commission spéciale de la Cour de cassation.³⁷⁰⁰ Il pourra de même déférer les officiers et agents de police judiciaire devant la chambre de l'instruction (art. 224 CPP) qui peut, en tant qu'autorité disciplinaire, leur adresser des observations ou leur interdire d'exercer temporairement ou définitivement leurs fonctions d'officiers de police judiciaire (art. 224-230 CPP). Le législateur est venu dernièrement renforcer ce contrôle en insérant un nouvel article 229-1 du CPP qui instaure une procédure disciplinaire d'urgence permettant au président d'une chambre de l'instruction de suspendre provisoirement (un mois tout au plus) de ses fonctions un agent ou un officier de police judiciaire, en cas de manquement déontologique grave.³⁷⁰¹ Il s'agissait ici de redonner de l'efficacité à l'activité disciplinaire de la chambre de l'instruction par rapport à celle exercée par le procureur général près la cour d'appel et de permettre une mise à l'écart immédiate du policier ayant gravement manqué à ses devoirs.³⁷⁰² Vu le peu de temps écoulé depuis la dernière réforme, il serait à ce stade hasardeux, en raison de l'absence de données statistiques significatives, de tirer des conclusions de la pratique. Il est cependant permis de douter que cette dernière modification soit en mesure à elle seule de renverser véritablement la tendance du caractère résiduel de l'action disciplinaire contre les investigateurs directs. Cela vaut d'autant plus que le recours devant la chambre de l'instruction pour sanction disciplinaire n'est pas ouvert au simple mis en cause concerné par un éventuel manquement, cette juridiction ne pouvant être saisie, outre par elle-même à

³⁶⁹⁸ Se rapporter aux dév. aux n° 569 et s., p. 517 et s.

³⁶⁹⁹ LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 213, qui traite certes spécifiquement de la GAV mais qui peut s'étendre sur ce point à toutes les mesures d'investigation.

³⁷⁰⁰ LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 278.

³⁷⁰¹ L. n° 2016-731, art. 55.

³⁷⁰² V. not. ASS. NAT. « Rapport sur le projet de l. renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement », n° 3515, 2016, *rap. préc.*, p. 258-287 ; BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, art. cit., p. 1341.

l'occasion de l'examen de la procédure qui lui est soumise, uniquement par le procureur général ou par son président (art. 225 CPP).

691. En tout état de cause, l'annulation de l'acte non conforme, voire de la procédure entière reste assurément la sanction la plus adéquate et prometteuse d'efficacité.³⁷⁰³ Garants par excellence du respect des libertés et droits fondamentaux des individus confrontés à une procédure pénale, il revient sans aucun doute aux juges du siège en tant qu'autorité judiciaire d'apprécier la régularité des actes d'investigation et d'en prononcer, le cas échéant, l'annulation.³⁷⁰⁴ À noter toutefois à cet effet l'exclusion totale du juge d'instruction en application du principe que l'auteur d'un acte irrégulier ne peut se censurer lui-même et le refaire.³⁷⁰⁵ Il convient ici de distinguer deux constellations différentes :³⁷⁰⁶ dès lors qu'une instruction est ouverte à la suite de l'enquête, la chambre de l'instruction sera exclusivement compétente à partir de ce moment pour connaître non seulement de la régularité des actes de l'information, mais également de celles des actes de l'enquête.³⁷⁰⁷ Cela s'explique par le fait que le renvoi des personnes mises en examen devant la juridiction de jugement à l'issue de l'information a pour conséquence de purger la procédure antérieure de ses vices éventuels, de sorte que les requêtes en annulation de mesures de l'enquête présentées à cette juridiction seraient irrecevables (v. not. art. 175, al. 4, 181 al. 4 et 179 al. 6 CPP).³⁷⁰⁸

692. Mais, cela ne vaut pas, lorsqu'en matière correctionnelle ou de police, le ministère public – ou la partie civile – décide de saisir directement la juridiction de jugement ; il reviendra alors bien plus directement à cette juridiction d'apprécier la régularité des actes de l'enquête (art. 385 [le cas échéant en combinaison avec l'art. 522 al. 4] CPP).³⁷⁰⁹ On peut ici se demander si un contrôle uniforme et unique par la juridiction du second degré de l'instruction

³⁷⁰³ LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : GAV », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 201, qui traite certes spécifiquement de la GAV mais qui peut s'étendre sur ce point à toutes les mesures d'investigation.

³⁷⁰⁴ V. à ce propos not. CONTE, Philippe, « Une juridiction de jugement n'a pas à vérifier si la GAV a bien été décidée "pour les nécessités de l'enquête" - Comm. II 10176 », *JCP G*, 50-2005, *art. cit.*, p. 6 ; OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1551, n° 15.

³⁷⁰⁵ À ce propos déjà Cass. crim., déc. du 08.12.1899, reproduite au rec. S., 1901, I, 153 ; v. plus réc. Cass. crim., déc. du 03.11.1965, n° 65-91.477, publiée au *bull.* n° 220.

³⁷⁰⁶ V. à ce propos not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1048-1049, n° 1555.

³⁷⁰⁷ Cass. crim., déc. du 30.06.1987, n° 87-82.068, publiée au *bull.* n° 276, p. 748 ; Cass. crim., déc. du 10.01.1995, n° 94-84.687, publiée au *bull.*, n° 13, p. 31.

³⁷⁰⁸ V. à ce propos not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1049, n° 1555 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 817-818, n° 894.

³⁷⁰⁹ V. à ce propos not. LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 3.

ne simplifierait pas d'inutiles disparités, tout en permettant d'améliorer et de renforcer le contrôle grâce à la spécialisation de la chambre de l'instruction. Cela permettrait tout autant de libérer quelque peu les juridictions correctionnelles surchargées.

693. Indépendamment de la juridiction appelée à porter cette appréciation, celle-ci s'orientera selon les mêmes principes généraux des nullités énoncés par les articles 171 et 802 du Code de procédure pénale, le premier étant spécifiquement applicable devant la chambre de l'instruction, tandis que le second plus complet est d'application générale.³⁷¹⁰

694. Dans certains cas, la nullité est prévue expressément par la loi, on parle alors de nullité textuelle ou formelle.³⁷¹¹ Cela est le cas, entre autres, en matière de perquisition et de saisies (art. 59 al. 2 CPP), vérifications d'identité (art. 78 dernier al. CPP), de convocations par procès-verbal (393 al. 3 du CPP) et de criminalité organisée (art. 706-81 al. CPP sur les infiltrations et 706-92 en relation avec 706-89 et 706-90),³⁷¹² ces actes portant atteinte à la valeur fondamentale qu'est la vie privée ou le droit de propriété concernant les saisies³⁷¹³.

695. En outre, selon l'art. 171 du CPP « *Il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent Code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ». Ce texte consacre le principe des nullités substantielles (ou virtuelles) et quoiqu'il s'applique avant tout à l'instruction, il couvre toute la procédure.³⁷¹⁴ En effet, l'art. 173 al. 1 du CPP vise les actes ou les pièces de procédure de telle sorte que les mesures juridictionnelles accomplies par une personne concourant à la procédure et se rattachant à celle-ci sont susceptibles de faire l'objet d'une requête en nullité.³⁷¹⁵ Il permet donc au juge de sanctionner par la nullité une irrégularité commise par un policier au cours de l'enquête en dehors des hypothèses explicites des nullités prévues par la loi.³⁷¹⁶ À noter toutefois que, quelle que soit la nullité, elle ne peut être prononcée par le juge qu'en cas d'atteinte aux intérêts d'une partie.³⁷¹⁷

³⁷¹⁰ *Ibid.*

³⁷¹¹ V. à ce propos e. a. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 522, n° 833-834 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 813, n° 892.

³⁷¹² V. p. ex. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 522, n° 835.

³⁷¹³ V. not. FUCINI, Sébastien, « Nullités de procédure : état des lieux de la jurisprudence de la Chambre criminelle », *AJP*, n° 7-8, 2018, p. 360.

³⁷¹⁴ V. not. LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, art. cit., n° 3 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 606, n° 643.

³⁷¹⁵ LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, art. cit., n° 3.

³⁷¹⁶ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3714.

³⁷¹⁷ V. art. 171 CPP concernant les nullités substantielles et art. 802 CPP s'agissant des nullités textuelles.

696. Il n'en a pas toujours été ainsi, et, à l'image de ce qu'il a été dit pour l'Allemagne, les irrégularités commises par les officiers de police judiciaire au cours de l'enquête furent longtemps insusceptibles d'une appréciation de validité, qu'il s'agisse de la garde à vue ou des actes d'investigation.³⁷¹⁸ En effet, avant la loi du 24 août 1993, les articles 171 et s. du CPP ne s'appliquaient qu'à l'instruction.³⁷¹⁹ Ce n'est qu'à partir de cette loi qu'il fut accordé aux parties – et non plus seulement au procureur et au juge d'instruction – le droit de relever les nullités commises au cours de l'instruction et de l'enquête.³⁷²⁰ Désormais, en matière par exemple de garde à vue, la circulaire du 23 mai 2011 insiste sur l'obligation faite au procureur conformément à l'art. 62-3 al. 2 et 3 du CPP de vérifier la nécessité et la proportionnalité de la mesure, ainsi que d'assurer la sauvegarde des droits reconnus par la loi à la personne gardée à vue et énonce à cet égard que le procureur devra examiner avec une attention particulière les comptes rendus qui lui seront faits, d'initiative ou à sa demande, par l'officier ou l'agent de police judiciaire.³⁷²¹ Afin de rendre ce contrôle effectif, l'officier de police judiciaire compétent est tenu d'informer dès le début de la mesure le procureur (art. 63, I, al. 2 et 77 CPP) ou, le cas échéant, le juge d'instruction (art. 154 al. 1 CPP), de la mesure prise **à peine de nullité**.³⁷²² Il devra à cet égard l'aviser aussi bien du placement en garde à vue que des motifs de celui-ci conformément à l'art. 62-2 du CPP ainsi que de la qualification des faits notifiés préalablement à l'intéressé, afin de permettre au ministère public de modifier le cas échéant la qualification.³⁷²³

697. En tout état de cause, en dépit de ces textes, ce dispositif n'en révèle pas moins toujours de nombreuses insuffisances, la théorie des nullités demeurant à l'heure actuelle essentiellement prétorienne avec tous les désavantages que cela peut engendrer pour le justiciable, soumis aux fluctuations jurisprudentielles permanentes.³⁷²⁴ Et, force est de constater en l'occurrence que la jurisprudence de la haute juridiction sur l'étendue des nullités

³⁷¹⁸ Solution implicite ressortant p. ex. de Cass. crim., déc. du 30.11.1981, n° 81-90.160, publiée au *bull.* n° 315.

³⁷¹⁹ LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 2-3 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 606, n° 644 et ses réf. quant aux causes implicites de ce changement ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 852, n° 972.

³⁷²⁰ V. l'ensemble des réf. préc. en n. 3719.

³⁷²¹ GARDE DES SCEAUX, « Circ. du 23.05.2011 (GAV) », *circ. préc.*, p. 11, sous II.3.1.1.

³⁷²² Statuant en application de la loi du 4 janvier 1993, Cass. crim., déc. du 10.05.2001, n° 01-81.441, publiée au *bull.* n° 119, p. 359.

³⁷²³ Cass. crim., déc. du 25.06.2013, n° 13-81.977, publiée au *bull.* n° 154.

³⁷²⁴ LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 4.

ne facilite le contrôle conséquent et complet des autorités de poursuite, alors qu'elle adopte une approche majoritairement pragmatique génératrice de nombreuses incertitudes.³⁷²⁵ Elle donne bien plus souvent l'impression de tenter par tous les moyens de sauver l'acte de procédure en cause notamment en déterminant au cas par cas les exigences de fond de la nullité, en resserrant ses conditions de mise en œuvre ou encore en cantonnant ses effets lorsqu'elle est prononcée.³⁷²⁶

698. Dans un premier temps, la détermination même des causes de nullité est, eu égard au faible nombre de nullités textuelles, laissée finalement en grande partie à l'appréciation du juge.³⁷²⁷ Or, ni les textes, ni la jurisprudence ne proposent de définition exacte de ce qu'il faut entendre par nullité ou formalité substantielle.³⁷²⁸ Il faut ici se référer à la doctrine qui y voit l'ensemble des règles essentielles de la procédure pénale ; de prescriptions nécessaires à la garantie d'un procès équitable (protection des droits de la défense) et des règles d'ordre public établies dans l'intérêt d'une bonne justice (telles les règles de compétence, de séparation des fonctions, de la loyauté des preuves).³⁷²⁹ Mais il sera difficile de répertorier, en dehors des nullités textuelles, l'ensemble des formalités considérées comme telles par le juge puisque ce dernier décidera de la question au gré des contentieux qui lui seront soumis.³⁷³⁰ À titre d'exemple, il est clair que la Cour de cassation ne favorise pas le contrôle efficace de l'activité des autorités de poursuite en refusant de reconnaître l'irrégularité d'un acte qui aurait méconnu l'obligation textuelle de l'art. 75-1 du CPP, selon laquelle la police doit informer le procureur du déroulement de l'enquête au moyen de comptes rendus pour permettre à ce dernier d'exercer son pouvoir directionnel de manière effective.³⁷³¹ De plus, la jurisprudence est évolutive et d'éventuels revirements sont toujours possibles et fréquents

³⁷²⁵ FUCINI, Sébastien, « Nullités : état des lieux de la jurispr. de la Ch. crim. », *AJP*, 7/8-2018 *art. cit.*, p. 359 ; LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 4-5 ; GIUDICELLI, Catherine, « L'étendue des nullités au cours de l'enquête pénale : quel contrôle de la PJ ? », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 445 et s.

³⁷²⁶ LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 5.

³⁷²⁷ *Ibid.* n° 6-7.

³⁷²⁸ *Ibid.* n° 7.

³⁷²⁹ V. not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1344, n° 2012.

³⁷³⁰ LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 7.

³⁷³¹ Cass. crim., déc. du 01.12.2004, n° 04-80.536, publiée au *bull.*, n° 302, p. 1127 ; Cass. crim., déc. du 19.03.2008, n° 07-88.684, publiée au *bull.* n° 72 ; v. à ce propos not. LENNON, Jean-Luc, « L'affaiblissement du pouvoir de direction de la PJ par le procureur », *Rec. Dal.*, 42-2005, *art. cit.*, p. 1336 et s. ; LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n°40.

en matière de nullité.³⁷³² Le magistrat lui-même tend à écarter la nullité sans en préciser le fondement exact, en se limitant à énoncer qu'une nullité est en tout état de cause exclue quand la règle en question n'a pas eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne³⁷³³ ou en constatant la régularité de la procédure³⁷³⁴. Le juge a accentué les difficultés en ajoutant une nouvelle distinction entre les nullités d'ordre public, auxquelles la condition de grief de l'art. 802 du CPP ne s'applique pas, et les nullités d'ordre privé, qui doivent respecter strictement les exigences légales.³⁷³⁵ Certes, cette position est en soi plus favorable au justiciable qui pourra dans le cas d'une nullité d'ordre public faire valoir plus facilement ses droits.³⁷³⁶ Toutefois, ces notions n'étant pas non plus figées, l'exigence de grief se meut là-aussi au gré des oscillations jurisprudentielles, « *ce mouvement de balancier entre publicisation des nullités d'ordre privé et privatisation des nullités d'ordres public* »³⁷³⁷ générant une instabilité chronique de la matière peu satisfaisante et souvent contradictoire.³⁷³⁸ Ainsi la loyauté dans la recherche des preuves a-t-elle pu être tour à tour qualifiée comme un principe substantiel d'ordre public ou d'intérêt privé selon la personne mise en cause.³⁷³⁹ Ces tergiversations jurisprudentielles sont encore plus notables concernant les perquisitions : après avoir reconnu la nullité de plein droit de perquisitions pour atteinte aux dispositions qui les gouvernaient,³⁷⁴⁰ la haute juridiction opère un revirement et réclame désormais la preuve d'un grief³⁷⁴¹.³⁷⁴² Plus récemment, on observait des évolutions similaires

³⁷³² LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 7.

³⁷³³ Pour un ex., toutefois en matière d'instruction, v. e. a. Cass. crim., déc. du 01.02.2000, n° 99-87.081, publiée au *bull.* n° 49, p. 135 : la Cour retient ici que la requête en annulation d'une expertise exécutée par un seul des 2 experts désignés par le juge d'instruction n'était pas de nature à porter atteinte aux droits de la défense, dès lors qu'aucun grief ne pouvait être invoqué par les requérants.

³⁷³⁴ V. p. un ex., toutefois en matière d'instruction, not. Cass. crim., déc. du 30.10.2001, n° 01-85.530, publiée au *bull.* n° 221, p. 703.

³⁷³⁵ LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 8 ; HENNIION-JACQUET, Patricia, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *Rec. Dal.*, n° 18, avril 2004, p. 1265 et s., n° 3 et 6 et s.

³⁷³⁶ LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 9.

³⁷³⁷ HENNIION-JACQUET, Patricia, « La double dénaturation des nullités », *Rec. Dal.*, 18-2004, *art. cit.*, n° 6.

³⁷³⁸ En ce sens égal. LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 8-9.

³⁷³⁹ V. not. HENNIION-JACQUET, Patricia, « La double dénaturation des nullités », *Rec. Dal.*, 18-2004, *art. cit.*, n° 7, ainsi que ses références.

³⁷⁴⁰ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 27.09.1984, n° 84-93.474, publiée au *bull.* n° 275 ; Cass. crim., déc. du 23.02.1988, n° 87-90.117, publiée au *bull.* n° 91, p. 234.

³⁷⁴¹ Revirement opéré avec l'arrêt Cass. crim., déc. du 17.09.1996, n° 96-82.105, publiée au *bull.* n° 316, p. 953.

³⁷⁴² V. à ce propos not. LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 10 ; HENNIION-JACQUET, Patricia, « La double dénaturation des nullités », *Rec. Dal.*, 18-2004, *art. cit.*, n° 7.

en matière de garde à vue : alors que la chambre criminelle annulait auparavant les procès-verbaux d'audition quand le gardé à vue ne s'était pas vu notifier son droit de se taire et n'avait pas été assisté par un avocat conformément aux art. 63-1 CPP et 63-3-1 du CPP, sans faire référence à la nécessité de prouver un grief,³⁷⁴³ elle revint sur cette jurisprudence et opéra un véritable « verrouillage »³⁷⁴⁴ des nullités dans plusieurs arrêts ultérieurs, en exigeant que le requérant invoquant la nullité de ses procès-verbaux puisse se prévaloir d'un grief^{3745, 3746}

699. Dans un deuxième temps, la haute juridiction n'hésite pas non plus à se saisir de l'imprécision de certaines notions légales pour refuser un plein contrôle du juge et reconnaître aux autorités de poursuite un pouvoir d'appréciation en opportunité comme cela fut par exemple longtemps le cas concernant l'exigence des « *nécessités de l'enquête en matière de garde à vue* ». ³⁷⁴⁷ La référence à cette condition – toujours décisive à l'heure actuelle pour justifier le recours à la contrainte à l'encontre du témoin, v. art. 62 al. 2 CPP – est restée jusqu'à très récemment hautement ambiguë,³⁷⁴⁸ à l'image de ce qui valait pour la garde à vue jusqu'à sa réforme en 2011³⁷⁴⁹. Dans le mutisme des textes, il est clair que la question de savoir qui

³⁷⁴³ V. en ce sens not. Cass. crim., déc. du 14.12.1999, n° 99-82.855, publiée au *bull.* n° 301, p. 929 ; Cass. crim., déc. du 14.12.1999, n° 99-84.148, publiée au *bull.* n° 302, p. 935 ; Cass. crim., déc. du 10.05.2000, n° 00-81.201, publiée au *bull.* n° 182, p. 531 ; Cass. crim., déc. du 24.06.2009, n° 08-87.241, publiée au *bull.* n° 136.

³⁷⁴⁴ La formule est empruntée à BACHELET, Olivier, « Garde à vue : la sourde dissidence de la chambre criminelle », *Gaz. Pal.*, n° 354, décembre 2011, p. 5.

³⁷⁴⁵ La haute juridiction a opéré ce revirement d'abord dans 2 cas d'espèce concernant une exception en nullité de procès verbaux de GAV et d'audition d'un tiers également mis en examen qui pouvait laisser penser que la solution dégagée ne s'appliquait que dans ces circonstances particulières, v. Cass. crim., déc. du 27.09.2011, n° 11-81.458, publiée au *bull.* n° 186 et Cass. crim., déc. du 27.04.2011, n° 11-80.076, publiée au *bull.* n° 75 ; elle étendit toutefois cette jurisprudence dans des cas où le requérant invoquait la nullité de ses propres procès verbaux : Cass. crim., déc. du 07.02.2012, n° 11-83.676, publiée au *bull.* n° 37 et Cass. crim., déc. du 31.05.2012, n° 11-83.494, publiée au *bull.* n° 141 (exception de nullité tirée de l'absence de notification du droit de se taire).

³⁷⁴⁶ V. à ce propos not. LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 11.

³⁷⁴⁷ En ce sens OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1550-1552, n° 11-17 ; dans un sens similaire égal. MÉSA, Rodolphe, « Renforcement relatif des droits procéduraux du suspect », *Gaz. Pal.*, 263-2014, *art. cit.*, p. 17 et s. ; LEROY, Jacques, « La décision du CC sur la nouvelle GAV : une décision dérangeante, ét. 4 », *Dr. Pén.*, 1-2012, *art. cit.*, n° 6-8.

³⁷⁴⁸ V. p. ex. OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1551, n° 15.

³⁷⁴⁹ Selon une jurisprudence constante (v. not. Cass. crim., déc. du 04.01.2005, n° 04-84.876, publiée au *bull.* n° 3 p. 9), les soupçons pesant à l'encontre du destinataire de l'acte en question faisait partie des exigences dont dépendait la légalité de la GAV tandis que la nécessité de recourir à cette privation de liberté pour les besoins de l'enquête appartenait aux exigences procédant d'une appréciation en opportunité qui échappait donc au contrôle du juge des nullités, v. à ce propos not. MARON, Albert, « Garde à vue - Loi fait nécessités - Comm. 49 », *Dr. Pén.*, n° 3, 2005 ; pour une critique de cette analyse, v. not. CONTE, Philippe, « Une juridiction de jugement n'a pas à vérifier si la GAV a bien été décidée "pour les nécessités de l'enquête" - Comm. II 10176 », *JCP G*, 50-2005, *art. cit.*, p. 6.

sera compétent pour apprécier ces exigences et celle de la sanction encourue en cas de détournement impropre de procédure est décisive.³⁷⁵⁰ S'agit-il ici d'un régime d'opportunité laissé à l'appréciation de l'officier de police judiciaire ou d'un régime de légalité impliquant un contrôle de la nécessité de la mesure par le juge des nullités ?³⁷⁵¹ S'il était retenu, à l'instar de ce qui valait avant la réforme de 2011 en matière de garde à vue,³⁷⁵² que l'appréciation de ces notions relevait du pouvoir d'appréciation de l'officier de police judiciaire sous le seul contrôle du procureur, il était à craindre que rien ne s'opposât à ce que les autorités de police détournent l'audition d'un témoin de ses finalités, afin d'éviter le déploiement des droits de la défense.³⁷⁵³ En effet, dans l'hypothèse d'une garde à vue effectuée sans nécessité, le parquetier (ou le juge d'instruction le cas échéant) ne pouvait jusqu'à peu que la faire cesser en ordonnant une mise en liberté, la sanction n'allant pas au-delà puisqu'il n'est, pas plus que le magistrat instructeur, autorisé à prononcer de lui-même la nullité.³⁷⁵⁴ Ce pouvoir revient bien plus à la seule chambre de l'instruction, celle-ci étant toutefois, impuissante, en présence d'une décision en opportunité du procureur sur les nécessités de l'enquête.³⁷⁵⁵ La haute juridiction s'est montrée ici très réticente à l'ouverture d'un contrôle total de cette condition.³⁷⁵⁶ Contrainte par le nouvel encadrement normatif plus exigeant, elle a dans un premier temps certes ouvert la voie à un contrôle de légalité concernant les nécessités d'un placement en garde à vue.³⁷⁵⁷ Mais elle a d'abord déçu les espoirs de voir naître un recours efficace dans les mains du suspect concernant l'attribution de son statut devant le juge des nullités alors qu'elle s'était limitée, dans ses premiers arrêts consécutifs à la réforme de la

³⁷⁵⁰ V. not. OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1551, n° 15.

³⁷⁵¹ À propos de cette distinction, v. not. MARON, Albert, « GAV - Loi fait nécessités - Comm. 49 », *Dr. Pén.*, 3-2005, *art. cit.* ; pour une critique de cette analyse, v. not. CONTE, Philippe, « Une juridiction de jugement n'a pas à vérifier si la GAV a bien été décidée "pour les nécessités de l'enquête" - Comm. II 10176 », *JCP G*, 50-2005, *art. cit.*, p. 6.

³⁷⁵² V. à ce propos les précisions et réf. en n. 3749.

³⁷⁵³ OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? Doctr. 912 », *JCP G*, 36-2014, *art. cit.*, p. 1551, n° 15 ; dans un sens similaire égal. MÉSA, Rodolphe, « Renforcement relatif des droits procéduraux du suspect », *Gaz. Pal.*, 263-2014, *art. cit.*, p. 17 et s.

³⁷⁵⁴ V. sur ce point not. CONTE, Philippe, « Une juridiction de jugement n'a pas à vérifier si la garde à vue a bien été décidée « pour les nécessités de l'enquête » - Comm. II 10176 », *art. cit.*, p. 6.

³⁷⁵⁵ *Ibid.*

³⁷⁵⁶ Commentant le revirement opéré par Cass. crim., déc. du 07.06.2017, n° 16-87.588, publiée au *bull.*, CHAVENT-LECLÈRE, Anne-Sophie, « Prémices d'un véritable contrôle de nécessité de la GAV, comm. 210 », *Procédures*, 8/9-2017, *art. cit.*, parle à cet effet d'une « évolution tant attendue ».

³⁷⁵⁷ Cass. crim., déc. du 28.03.2017, n° 16-85.018, publiée au *bull.* V. égal. le comm. correspondant PELLÉ, Sébastien, « GAV : quel contrôle juridictionnel après la réforme? », *Rec. Dal.*, 23-2017, *art. cit.*, p. 1341-1342.

garde à vue, à une vérification purement formelle consistant à établir l'existence d'un des objectifs, prévus par la loi pour un placement en garde à vue.³⁷⁵⁸ Bien que certains cas d'espèce l'aient invitée à se prononcer directement sur le statut du suspect libre, la garde à vue étant en principe subsidiaire dès lors que le but poursuivi par cette mesure peut aussi être atteint en recourant à une mesure moins attentatoire aux libertés, telle que l'est l'audition libre du suspect (la loi exige en effet que la garde à vue constitue l'unique moyen de parvenir à l'objectif retenu), la Chambre criminelle préféra d'abord maintenir le *statu quo*, confirmant que le placement en garde à vue relevait d'un pouvoir quasi discrétionnaire de l'officier de police judiciaire, sous unique contrôle du procureur (ou le cas échéant du juge d'instruction) échappant au contrôle approfondi du juge des nullités.³⁷⁵⁹ Ce n'est que très récemment qu'elle est enfin venue consacrer un véritable contrôle de la nécessité de la garde à vue par le juge des nullités.³⁷⁶⁰ Si ce dernier pas est assurément positif pour les droits de la défense, le mis en cause n'est, en l'absence de certitude légale, toujours pas à l'abri d'un revirement jurisprudentiel dans le sens opposé, tel qu'il eut lieu par exemple en matière de perquisition. De plus, le contrôle effectué dans le cadre d'un recours en nullité n'en arrive pas moins, selon nous, trop tard, raison pour laquelle l'instauration d'un contrôle immédiat sur la légalité de la garde à vue permettant par exemple au juge des libertés et de la détention de se pencher sur la nécessité, la proportionnalité et la légalité de la mesure pendant son déroulement, ne pourrait qu'être que bénéfique et justifié au regard de l'intensité de l'atteinte aux libertés de la personne concernée.³⁷⁶¹

700. On peut tout autant s'étonner de l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle les articles 40 al. 1, art. 40-1, 75 al. 1, 79 et 80 al. 1 CPP, qui donnent au procureur le pouvoir discrétionnaire de décider en matière correctionnelle de l'ouverture d'une instruction « *ne*

³⁷⁵⁸ V. not. l'analyse de l'arrêt préc. du 28.03.2017 faite par PELLÉ, Sébastien, « GAV : quel contrôle juridictionnel après la réforme? », *Rec. Dal.*, 23-2017, *art. cit.*, p. 1339-1344. Etablissant déjà ce triste constat à propos de la déc. Cass. criminelle, du 18.11.2014, n° 14-81.332, publiée au *bull.* n° 241 not. CONTE, Philippe, « Placement en garde à vue et nécessités de l'enquête - Et. 12 », *Dr. Pén.*, n° 5, 2015.

³⁷⁵⁹ V. l'ens. des réf. jurispr. et doct. préc. en n. 3758.

³⁷⁶⁰ V. Cass. crim., déc. du 7.06.2017, n° 16-87.588, publiée au *bull.*, v. pour un comm. ou note se rapportant à cette jurisprudence e. a. CHAVENT-LECLÈRE, Anne-Sophie, « Prémices d'un véritable contrôle de nécessité de la GAV, comm. 210 », *Procédures*, 8/9-2017, *art. cit.* ; GOETZ, Dorothée, « GAV : contrôle des exigences de l'art. 62-2 du CPP », *Dal. act.*, 30.06.2017, *art. cit.* ; LESCLOUS, Vincent, « Un an de GAV (juin 2016 - juin 2017) - Chron. 8 », *Dr. Pén.*, 9-2017, *art. cit.*, n° 1.

³⁷⁶¹ En ce sens égal. GOETZ, Dorothée, « GAV : contrôle des exigences de l'art. 62-2 du CPP », *Dal. act.*, 30.06.2017, *art. cit.*

modifient pas le déroulement du procès pénal, et ne privent pas la personne d'un procès juste et équitable, celle-ci, quant au respect des droits de la défense, ayant, devant la juridiction, des garanties équivalentes à celles dont elle aurait bénéficié si l'affaire avait fait l'objet d'une information ». ³⁷⁶² Nous avons pourtant, semble-t-il, démontré précédemment ³⁷⁶³ qu'il demeurerait des différences de taille entre les deux cadres juridiques de la mise en état de l'affaire, susceptibles d'impacter négativement la situation du mis en cause, raison pour laquelle cette affirmation ne saurait satisfaire. ³⁷⁶⁴

701. Ensuite, la cour de cassation restreint considérablement l'accès aux nullités en resserrant drastiquement les conditions de leur mise en œuvre par le biais d'une interprétation restrictive de l'intérêt à agir et d'une application stricte des mécanismes de purge et de forclusion. ³⁷⁶⁵

702. Alors qu'elle avait pourtant d'abord assoupli sa jurisprudence concernant l'intérêt à agir pour se mettre en conformité avec les exigences conventionnelles, ³⁷⁶⁶ elle opéra en effet en 2012 un revirement de jurisprudence en défaveur des droits de la défense justement en

³⁷⁶² V. not. Cass. crim., déc. du 22.11.2017, n° 16-84.154, inédite ; Cass. crim., déc. du 05.06.2013, n° 12-80.387, inédite. À ce propos dans la doctr., v. e. a. MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 818-819 ; LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 16.

³⁷⁶³ V. sur ce point not. dév. aux n° 540 et s., p. 489 et s., n° 689, p. 616 et s.

³⁷⁶⁴ En ce sens not. QUENTIN, Bruno, « Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable, doctr. 323 », *JCP G*, 11-12/2013, *art. cit.*, p. 577 ; MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 818. V. pour plus de détails à ce sujet not. n° 405, p. 369 et s.

³⁷⁶⁵ LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 14 ; en ce sens à propos not. de l'intérêt à agir en nullité FUCINI, Sébastien, « Nullités : état des lieux de la jurispr. de la Ch. crim. », *AJP*, 7/8-2018 *art. cit.*, p. 359-362 ; en ce sens spéc. concernant les mécanismes de purge et de forclusion ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, n° 22.

³⁷⁶⁶ En effet, la jurisprudence tirait originellement des art. 171 et 802 CPP l'irrecevabilité de l'exception de nullité formée par la partie qui invoquait l'irrégularité d'un acte concernant une autre partie. Dans une déc. CEDH du 29.03.2005, n° 57752/00, Matheron c. France, la France avait été condamnée pour ne pas avoir permis à une personne mise en examen de contester la régularité d'écoutes téléphoniques réalisées dans le cadre d'une procédure distincte. À la suite de cette condamnation, la haute juridiction opérait un revirement dans un arrêt au visa des art. 6.1 CESDH et 171 et 802 CPP : « le requérant à la nullité peut invoquer l'irrégularité d'un acte de la procédure concernant un tiers si cet acte, illégalement accompli, a porté atteinte à ses intérêts », la cour d'appel devait donc rechercher si le contrôle d'identité d'un tiers à l'origine de la mise en examen du requérant avait été légalement effectuée, Cass. crim., déc. du 06.09.2006, n° 06-84.869, publiée au *bull.* n° 208, p. 736. Sur cette év., v. not. MATSOPOULOU, Haritini, « Un revirement jurisprudentiel défavorable à l'admission d'une demande d'annulation d'une audition en garde à vue », *Rec. Dal.*, n° 12, mars 2012, p. 780-781 ; LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 15 ainsi que ses nombreuses réf.

matière de garde à vue,³⁷⁶⁷ confirmé à plusieurs reprises,³⁷⁶⁸ en restreignant le contentieux des nullités à la seule partie concernée par l'irrégularité substantielle et en rejetant de la sorte l'annulation de la garde à vue d'un tiers en violation de la notification de son droit de se taire qui serait incriminante.

703. De même, le législateur ayant balisé la procédure pénale de délais de forclusion et de mécanismes de purge des nullités, les risques d'annulation demeurent relativement faibles.³⁷⁶⁹ Cela est d'autant plus vrai que la jurisprudence applique ces dispositifs très strictement.³⁷⁷⁰ Ainsi, lorsque, à l'issue de la garde à vue, une information aura été ouverte, la personne gardée à vue estimant que ses droits de la défense ont été bafoués, ne pourra-t-elle l'invoquer que dans les six mois suivant sa mise en examen (art. 173-1 CPP). En théorie, les procédures seront donc seules en l'absence d'instruction plus fragiles, la garde à vue étant alors susceptible d'être contestée devant la juridiction de jugement (v. art. 385 CPP).³⁷⁷¹ À noter toutefois que la jurisprudence complique la mise en œuvre des nullités également dans cette dernière situation en refusant, par exemple, au juge de cette juridiction de se saisir d'office de celles-ci.³⁷⁷² Et, s'il est vrai que le mis en cause peut-être assisté par un avocat dont le rôle est notamment de soulever les nullités, la réalité du prétoire montre que dans bon nombre d'affaires, le prévenu comparaît seul, sans conseil juridique, ou que ce dernier ne soulève pas de nullité.³⁷⁷³ Cela paraît d'ailleurs en décalage avec ce qui vaut à ce propos

³⁷⁶⁷ V. Cass. crim., déc. du 14.02.2012, n° 11-84.694, publiée au *bull.* n° 43, pour un comm. critique de ce revirement e. a. MATSOPOULOU, Haritini, « Revirement jurisprudentiel défavorable à l'admission d'une demande d'annulation d'une audition en GAV », *Rec. Dal.*, 12-2012, *art. cit.* ; BACHELET, Olivier, « La peau de chagrin des nullités », *Gaz. Pal.*, n° 66, mars 2012, p. 17.

³⁷⁶⁸ Cass. crim., déc. du 07.03.2012, n° 11-88.118, publiée au *bull.* n° 64 ; Cass. crim., déc. du 03.05.2012, n° 11-85.702, inédite (qui pose la même règle s'agissant du défaut d'information sans délai du procureur) ; Cass. crim., déc. du 10.05.2012, n° 11-87.328, publiée au *bull.* n° 116 (qui pose la même règle concernant l'absence d'enregistrement audiovisuel des auditions et interrogatoires) ; Cass. crim., déc. du 12.09.2012, n° 11-87.281, publiée au *bull.* n° 185. Établissant le même constat très réc. égal. FUCINI, Sébastien, « Nullités : état des lieux de la jurispr. de la Ch. crim. », *AJP*, 7/8-2018 *art. cit.*, p. 360.

³⁷⁶⁹ En ce sens not. ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, n° 22.

³⁷⁷⁰ V. pour plus de détails à ce sujet not. LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 20-23 ainsi que l'ens. de ses réf.

³⁷⁷¹ V. à ce propos not. ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, n° 22 ; LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 20.

³⁷⁷² V. dernièrement Cass. crim., déc. du 07.05.2018, n° 17-82.826, inédite. Pour une analyse critique de cette déc., v. not. MURBACH-VIBERT, Mathias et PAYEN, Henri, « Relevé d'office des nullités et office du juge pénal », *AJP*, n° 9, 2018, p. 403-406.

³⁷⁷³ *Ibid.*, p. 403.

devant la Cour d'assises en matière criminelle : certes la question du relevé d'office des nullités est en l'occurrence généralement rarement problématique, l'ordonnance de mise en accusation ou l'arrêt de renvoi opérant en matière la purge des nullités de l'information, il est cependant permis à cette juridiction de relever d'office les irrégularités nées postérieurement à l'ouverture des débats.³⁷⁷⁴ Ce relevé d'office des nullités serait également souhaitable en matière correctionnelle, celui-ci nécessitant un travail de motivation (le juge devant qualifier la nullité dans sa nature et sa portée) préservant le mis en cause de l'arbitraire.³⁷⁷⁵

704. Enfin, dès lors que le juge admet la nullité, il ne s'évertue pas moins à sauver la procédure en cause en cantonnant les effets de la nullité de manière quelque peu aléatoire.³⁷⁷⁶ Vaut ici la théorie dite du support nécessaire selon laquelle la nullité ne s'étend qu'aux actes subséquents, autrement dit, seuls les actes qui trouvent leur « *support nécessaire (et exclusif)* » dans la garde à vue sont annulés.³⁷⁷⁷ Les hésitations sémantiques mêmes de la chambre criminelle laissent deviner les difficultés auxquelles ce critère va pouvoir conduire en pratique.³⁷⁷⁸ Ainsi la haute juridiction privilégiait-elle auparavant les seuls termes de « *support nécessaire* »³⁷⁷⁹ auxquels elle est venue ajouter depuis quelques années, sans pour autant s'y conformer constamment,³⁷⁸⁰ l'adjectif « *exclusif* »³⁷⁸¹. Les doutes sont d'autant plus importants qu'elle affirmait elle-même très récemment que la référence qui avait été faite par une chambre de l'instruction à la notion de « *support nécessaire exclusif* » était surabondante, énonçant que « *seules doivent être annulées par voie de conséquence les pièces qui ont pour support nécessaire l'acte entaché de nullité* »,³⁷⁸² ce qui ne l'empêcha pas par la suite de réemployer elle-même cette formule « *surabondante* »³⁷⁸³. L'appréciation de l'étendue exacte

³⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 404.

³⁷⁷⁵ Nous partageons en ce sens l'avis des auteurs préc., *ibid.*

³⁷⁷⁶ V. en ce sens not. GIUDICELLI, Catherine, « L'étendue des nullités au cours de l'enquête pénale : quel contrôle de la PJ ? », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 445 et s. ; LARONDE-CLÉRAC, Céline, « Pratique jurisprudentielle des nullités - ét. 9 », *Dr. Pén.*, 4-2013, *art. cit.*, n° 5 et s.

³⁷⁷⁷ Cass. crim., déc. du 26.05.1999, n° 99-81.764, publiée au *bull.* n° 106, p. 284 ; plus récemment ajoutant l'adjectif d'« exclusif » e. a. Cass. crim., déc. du 07.02.2001, n° 00-87.372, inédite ; Cass. crim., déc. du 10.03.2015, n° 14-87.344, inédite.

³⁷⁷⁸ Soulignant ces hésitations sémantiques not. FUCINI, Sébastien, « Nullités : état des lieux de la jurispr. de la Ch. crim. », *AJP*, 7/8-2018 *art. cit.*, p. 362.

³⁷⁷⁹ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 26.05.1999, n° 99-81.764, publiée au *bull.* n° 106, p. 284.

³⁷⁸⁰ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 27.01.2009, n° 08-81.652, inédite.

³⁷⁸¹ V. e. a. Cass. crim., déc. du 07.02.2001, n° 00-87.372, inédite ; Cass. crim., déc. du 10.03.2015, n° 14-87.344, inédite.

³⁷⁸² V. not. Cass. crim., déc. du 31.10.2017, n° 17-81.842, publiée au *bull.*

³⁷⁸³ V. not. Cass. crim., déc. du 09.05.2018, n° 17-86.638, publiée au *bull.*

des conséquences d'une nullité pose problème en l'absence d'une définition claire de la notion d'« *acte support* ». ³⁷⁸⁴ À cela s'ajoute l'oscillation régulière de la jurisprudence, concernant notamment les mesures privatives de liberté au cours de l'enquête pénale qui débouche sur un manque de lisibilité pour les praticiens et nuit en définitive aux protagonistes privés de la procédure pénale. ³⁷⁸⁵ En effet, la jurisprudence se contente ici régulièrement de rappeler le principe du support nécessaire sans donner aucune précision sur l'étendue de l'annulation qu'elle aurait validée. ³⁷⁸⁶ Finalement, faute de définition exacte, les diverses décisions donnent l'impression de distinguer sans raison apparente selon la mesure privative de liberté en cause. ³⁷⁸⁷ La Cour de cassation retenait par exemple dans un cas d'espèce, que la retenue des intéressés dans le cadre de l'exécution de mandats d'amener avait excédé les délais légaux et confirmait de la sorte une privation de liberté arbitraire. ³⁷⁸⁸ Pourtant, elle laissait sans conséquence cette violation manifeste puisqu'elle validait les interrogatoires de première comparution, les mises en examen, les décisions de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire subséquents au motif que l'acte annulé n'en était pas le support nécessaire. ³⁷⁸⁹ Cette décision était par ailleurs contraire à un de ses arrêts précédents dans lequel elle avait décidé à propos d'une notion voisine que le « *procès-verbal valant saisine du tribunal avait pour support nécessaire la rétention du prévenu entachée d'irrégularité* ». ³⁷⁹⁰ Certes, la Cour de cassation semblait dernièrement renforcer l'exigence de support nécessaire et exclusif en imposant une motivation suffisante pour justifier le refus d'annuler les actes subséquents de la procédure. ³⁷⁹¹ Toutefois, compte tenu des oscillations jurisprudentielles incessantes en la matière, peut-on être sûr de la durabilité de cette solution ? En outre, cette décision ne définit toujours pas ce que la haute juridiction entend par « support nécessaire ».

³⁷⁸⁴ V. à ce propos not. GIUDICELLI, Catherine, « L'étendue des nullités au cours de l'enquête pénale : quel contrôle de la PJ ? », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 445 et s.

³⁷⁸⁵ En ce sens égal. *Ibid.*

³⁷⁸⁶ En ce sens égal. *Ibid.*

³⁷⁸⁷ En ce sens égal. *Ibid.*

³⁷⁸⁸ Cass. crim., déc. du 14.02.2006, n° 05-86.058, publiée au *bull.* n° 39, p. 150 : les requérants avaient été arrêtés à plus de 200 km du juge d'instruction et n'avaient pas été conduits devant le procureur du lieu d'arrestation.

³⁷⁸⁹ *Ibid.*

³⁷⁹⁰ Cass. crim., déc. du 06.12.2005, n° 05-82.450, publiée au *bull.* n° 321, p. 1110 : il avait en l'espèce été constaté la violation du délai de rétention de 20 h prévu à l'art. 803-3 du CPP entre la fin de la garde à vue et la présentation de la personne concernée devant le procureur.

³⁷⁹¹ V. not. Cass. crim., déc. du 09.05.2018, n° 17-86.638, publiée au *bull.* V. à ce propos not. FUCINI, Sébastien, « Nullités : état des lieux de la jurispr. de la Ch. crim. », *AJP*, 7/8-2018 *art. cit.*, p. 362.

705. Par ailleurs, il est tout aussi regrettable que la chambre criminelle admette – après avoir pris une décision contraire la même année –³⁷⁹² qu’une condamnation puisse procéder de déclarations recueillies au cours d’une garde à vue sans assistance d’un avocat, à la condition que les juges ne se soient fondés ni exclusivement, ni essentiellement sur ces déclarations³⁷⁹³.³⁷⁹⁴ Certes, elle semble ici se conformer à la volonté du législateur qui avait ajouté un dernier alinéa à l’article préliminaire du Code de procédure pénale par la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue prévoyant qu’« *en matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu’elle a faites sans avoir pu s’entretenir avec l’avocat et être assistée par lui* ».³⁷⁹⁵ Cette solution n’en est pas moins clairement plus sévère pour la défense que la solution précédente de la haute juridiction qui nous semble en contradiction avec les exigences conventionnelles.³⁷⁹⁶ En effet, la CESDH affirmait dans son arrêt Salduz qu’« *il est en principe porté une atteinte irréversible aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d’un interrogatoire de police subi sans assistance possible d’un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation* ».³⁷⁹⁷ Elle retenait en l’espèce une violation de l’art. 6 CESDH « *alors même que le requérant n’avait pas été condamné sur le seul fondement – mais simplement sur le fondement – de déclarations incriminantes faites sans [qu’il] ait pu bénéficier de l’assistance d’un avocat* ». ³⁷⁹⁸ En outre, comment fixer si la preuve est déterminante en l’espèce ?³⁷⁹⁹ Quiconque « *a exercé l’acte de juge conviendra (...) qu’il est très délicat de déterminer, dans ce qui forge l’intime conviction, quelle peut être la part de tel*

³⁷⁹² Cass. crim., déc. du 11.05.2011, n° 10-84.251, publiée au *bull.* V. à ce propos e. a. la note jurisprudentielle correspondante ASCENSI, Lionel, « Valeur probatoire des déclarations incriminantes du prévenu faites sans l’assistance d’un avocat », *AJP*, n° 7-8, 2011, p. 371-373.

³⁷⁹³ Cass. crim., déc. du 06.12.2011, n° 11-80.326, publiée au *bull.* n° 247. Cette solution est toujours en vigueur comme le remarquait FUCINI, Sébastien, « Conséquence de l’irrégularité des gardes à vue antérieures à la loi du 14 avril 2011 », *Dal. act.*, 6 mars 2014, à l’occasion de l’arrêt de Cass. crim. déc. du 12.02.2014, n° 12-84.500/13-87.836, publiée au *bull.* n° 41.

³⁷⁹⁴ En ce sens not. BACHELET, Olivier, « GAV : la persistante religion de l’aveu », *Gaz. Pal.*, 24-2012, *art. cit.*, p. 7 et s. ; FUCINI, Sébastien, « Conséquence de l’irrégularité des GAV antérieures à la loi du 14.04.2011 », *Dal. act.*, 06.03.2014, *art. cit.*

³⁷⁹⁵ V. l’ens. des réf. préc. en n. 3794.

³⁷⁹⁶ *Ibid.*

³⁷⁹⁷ CEDH, déc. du 27.11.2008, n° 36391/02, Salduz c. Turquie, ici spéc. al. n° 55.

³⁷⁹⁸ ASCENSI, Lionel, « Valeur probatoire des déclarations incriminantes du prévenu faites sans l’assistance d’un avocat », *AJP*, 7/8-2011, *art. cit.*, p. 372.

³⁷⁹⁹ Se posant égal. la question BACHELET, Olivier, « GAV : la persistante religion de l’aveu », *Gaz. Pal.*, 24-2012, *art. cit.*, p. 7 et s.

ou tel élément à charge ». ³⁸⁰⁰ Cela est d'autant plus problématique que la Cour de cassation ³⁸⁰¹ reconnaît au juge ayant précisé sur quels éléments de preuve il fondait sa décision, la faculté de ne pas rendre compte de ses raisonnements, solution consacrée implicitement par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 ayant institué la motivation des verdicts criminels (v. art. 365-1 CPP). ³⁸⁰² Un auteur constatait ainsi à ce propos que les Cours d'assises n'ont pas à « détailler leur raisonnement mais simplement si elle entrent en voie de condamnation, à mentionner les « principaux éléments à charge », sans avoir alors à s'expliquer sur leur force de conviction ». ³⁸⁰³ Or, faute de pouvoir déterminer avec certitude le poids d'un élément probatoire, comment établir si les aveux obtenus hors la présence d'un avocat ont fondé de manière déterminante une décision de condamnation ? ³⁸⁰⁴ En ce sens, il nous semble que seule la prohibition de toute référence aux aveux de la personne mise en cause, obtenus sans l'assistance d'un avocat, soit en mesure d'assurer convenablement une véritable protection des règles du procès équitable et du droit de ne pas s'auto-incriminer. ³⁸⁰⁵ Enfin, la circulaire du 23 mai 2011, reprenant la solution jurisprudentielle constante du refus d'étendre les effets de la nullité aux « fruits » de l'acte vicié, ³⁸⁰⁶ diminuait encore un peu plus la protection des recours ouverts au mis en cause en décidant que « Rien n'interdit [...] que [d']autres éléments à charge proviennent précisément d'investigations qui ont été réalisées grâce aux déclarations faites sans l'assistance de l'avocat (par exemple à la suite d'une perquisition réalisée sur les lieux désignés par la personne). Il est même possible que ces autres éléments constituent les seuls autres éléments à charge figurant dans le dossier ». ³⁸⁰⁷

706. Finalement, à l'image de ce qu'il a été constaté en Allemagne, le contrôle *a posteriori* exercé par la chambre de l'instruction ou de la juridiction de jugement à la demande du prévenu est largement insuffisant, dépendant d'une jurisprudence fluctuante et capricieuse,

³⁸⁰⁰ ASCENSI, Lionel, « Valeur probatoire des déclarations incriminantes du prévenu faites sans l'assistance d'un avocat », *AJP*, 7/8-2011, *art. cit.*, p. 373.

³⁸⁰¹ Cass., déc. du 12.04.1834 telle que citée par BACHELET, Olivier, « GAV : la persistante religion de l'aveu », *Gaz. Pal.*, 24-2012, *art. cit.*, p. 7 et s., spéc. n. 31.

³⁸⁰² V. à ce sujet not. *Ibid.*

³⁸⁰³ DETRAZ, Stéphane, « Bref commentaire de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs », *Gaz. Pal.*, n° 10, janvier 2012, p. 16 et s.

³⁸⁰⁴ En ce sens égal. BACHELET, Olivier, « GAV : la persistante religion de l'aveu », *Gaz. Pal.*, 24-2012, *art. cit.*, p. 7 et s.

³⁸⁰⁵ Du même avis *ibid.*

³⁸⁰⁶ V. à ce propos les dév. sous le n° 118, p. 122 et s.

³⁸⁰⁷ GARDE DES SCEAUX, « Circ. du 23.05.2011 (GAV) », *circ. préc.*, p. 31, spéc. sous IV.2.3. Critique à ce propos not. BACHELET, Olivier, « GAV : la persistante religion de l'aveu », *Gaz. Pal.*, 24-2012, *art. cit.*, p. 7 et s.

trop souvent guidée par le seul souci pragmatique de sauver par tous moyens la procédure pourtant entachée d'irrégularité.

Conclusion de la Section II

707. Le contrôle de l'action des autorités de poursuite et notamment du procureur s'organise à plusieurs niveaux.

708. Un recours administratif gracieux ou hiérarchique est toujours possible des deux côtés de la frontière. L'auto-régulation du ministère public aux moyens de ces recours internes présente des attraits notamment financiers et temporels certains et est indispensable pour veiller à une cohérence d'ensemble dans l'exercice des fonctions des parquetiers, ainsi qu'à l'égalité d'application de la politique d'action publique. Toutefois, on ne peut parler de contrôle véritable et indépendant, que lorsqu'il est effectué par une autorité tierce extérieure, c'est-à-dire en dehors de tout lien de subordination hiérarchique.

709. Le juge constitutionnel, auquel le justiciable allemand peut faire appel directement par le biais de la plainte constitutionnelle, joue un rôle capital dans la procédure pénale allemande. Le Conseil des Sages en France eut plus de difficultés à s'affirmer en tant que juridiction à part entière. Grâce au mécanisme de la QPC, il occupe néanmoins, même s'il ne s'agit pas d'un recours direct à l'image de ce qu'il vaut outre-Rhin, une place toujours plus importante dans la préservation des droits et libertés individuelles des protagonistes privés de la procédure pénale. Il conviendrait à notre sens de conforter le rôle de cette juridiction sur la scène pénale française, son contrôle se révélant parfois encore trop fréquemment timide, et d'en faciliter l'accès au justiciable, les mécanismes de filtres mis en place pouvant se révéler à de nombreux égards excessifs et décourageants pour la personne qui souhaite y recourir.

710. Il est toutefois évident que le rôle de garant de la procédure pénale incombe avant tout aux juridictions de l'ordre judiciaire, le législateur ayant à cet égard prévu certains recours spécifiques et directs pour la victime et le mis en cause.

711. Concernant la victime, nous retiendrons que celle-ci est en France à juste titre considérée comme un contrepoids absolument nécessaire au pouvoir opportuniste d'un ministère public non complètement indépendant, point sur lequel tous les auteurs, même critiques quant à cette particularité française, s'accordent. On ne compte plus les affaires qui

sans ce dispositif n'auraient jamais vu le jour dans des domaines aussi divers que la santé,³⁸⁰⁸ les crimes contre l'humanité, la délinquance financière etc.³⁸⁰⁹ Si ces cas n'avaient, faute de mécanisme d'action civile efficace, pu être jugés, c'est bien la paix sociale qui en aurait directement pâti en générant dans la société une impression d'impunité pour certaines personnes et d'injustice profonde. À l'heure actuelle, il semble de surcroît que le législateur soit parvenu à réduire notablement le risque de constitutions de parties civiles abusives. Un autre pas en ce sens pourrait être fait avec la réorganisation accompagnée de moyens nécessaires financiers et humains de la phase de l'enquête pour décharger les procureurs, actuellement dépassés par l'ampleur de leurs missions, d'une partie de leurs fonctions quasi-juridictionnelles au profit des juges d'ailleurs originellement compétents afin de renforcer l'efficacité et la célérité de l'enquête. Rendre la phase d'enquête plus attrayante et efficace, en en donnant les moyens humains et financiers, tout en rééquilibrant les rôles entre des procureurs surchargés et des juges de l'avant-procès dépossédés de leur pouvoirs originels, aurait à notre sens comme corrélat direct et bénéfique de minorer également l'intérêt pour les justiciables de recourir au mécanisme de la constitution de partie civile.³⁸¹⁰

712. S'agissant des recours ouverts à la victime du côté germanique, force est de constater que ces dispositifs juridiques restent très lacunaires et marginaux en pratique. Il paraît donc difficile d'y voir un moyen susceptible de rétablir l'équilibre des forces au stade de l'avant-procès face à des autorités de poursuites toutes puissantes. Cela est d'autant plus problématique dans le domaine des infractions d'intérêt général où le chiffre noir en Allemagne est tout aussi préoccupant qu'en France. Il est vrai que la tradition légaliste de ce système minore en apparence la nécessité de doter la partie civile d'une action aussi puissante que l'est l'action civile française, les abus que laissent craindre l'opportunisme étant, dans un système légaliste à l'état pur, en principe, par définition, exclus. Mais, à l'heure actuelle, l'exception d'opportunité des poursuites, légale depuis 1924, est *de facto* devenue la règle et

³⁸⁰⁸ L'auteur Xavier Pin rappelle de manière très pertinente le malaise créé dans l'affaire du sang contaminé par l'irrecevabilité légale des constitutions de parties civiles devant la Cour de justice de la République, PIN, Xavier, « Les victimes d'infractions, définitions et enjeux », *Arch. po. crim.*, 1-2006, *art. cit.*, *art. cit.*, p. 64 de même que spéc. n. 75.

³⁸⁰⁹ GUÉRY, Christian, « Le juge d'instruction et le voleur de pommes », *Rec. Dal.*, 24-2003, *art. cit.*, n° 7 ; PIN, Xavier, « Les victimes d'infractions, définitions et enjeux », *Arch. po. crim.*, 1-2006, *art. cit.*, p. 64 ; MISSION MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès », *rap. préc.*, 2004, p. 138, sous chap. 2, sect. 1.

³⁸¹⁰ Cela permettrait de rémédier selon nous à la raison principale poussant les victimes à recourir au juge d'instruction, v. not. GUÉRY, Christian, « Le juge d'instruction et le voleur de pommes », *Rec. Dal.*, 24-2003, *art. cit.*, n° 9., qui évoquait à juste titre cette cause en première position.

le procureur allemand en tant que fonctionnaire est lui aussi soumis, même encore plus fortement que son collègue français, au pouvoir exécutif. Il serait à notre sens donc assurément bénéfique de développer un dispositif plus efficace pour la partie lésée qu'il ne l'est actuellement et, pourquoi pas, d'autoriser la participation encadrée des associations sur la scène procédurale allemande afin de garantir de meilleure chance dans l'établissement de faits délictueux. Cela irait d'ailleurs selon nous dans le sens d'un meilleur respect du principe de légalité, le risque d'abus de constitutions de parties civiles pesant bien peu en comparaison avec le chiffre noir des délits qui touchent à l'intérêt social. Il apparaît à notre sens urgent de ne pas se satisfaire du *statu quo* qui ne fait que perpétuer l'impunité.

713. Quant aux recours *a posteriori* contre l'action du procureur, ouverts au mis en cause, ils sont des deux côtés du Rhin insatisfaisants alors même qu'il s'agit là du protagoniste privé principal de la procédure pénale. La responsabilité même de l'auteur de l'acte pouvant n'être que très difficilement recherchée, la voie la plus prometteuse serait un recours direct devant le juge du siège contre l'acte en question. Or, les recours prévus de part et d'autre de la frontière souffrent de leur disparité et du fait qu'ils ne permettent pas de vérifier l'ensemble des décisions prises par le procureur. Il n'est ainsi prévu ni dans l'un, ni dans l'autre des systèmes de recours spécifique du mis en cause, permettant d'attaquer la décision d'attribution du statut juridique d'inculpé au sens large du terme.

714. De même, des deux côtés du Rhin on constate une volonté excessive de la jurisprudence de vouloir, en dépit de la constatation d'un acte entaché d'irrégularité, cantonner à tout prix les conséquences procédurales du vice en question par divers subterfuges (restrictions de la portée des nullités en France et différents cantonnements de la règle de principe d'interdiction d'utiliser les preuves résultant d'un acte vicié en Allemagne). Par ailleurs, au-delà de l'insuffisance manifeste des garanties résultant des recours *a posteriori* ouverts au mis en cause au cours de l'enquête, on ne saurait parler de contrôle véritablement efficace qu'à partir du moment où celui-ci est préalable à la mesure car lui seul pourra éviter toute conséquence stigmatisante et attentatoire aux libertés individuelles découlant de l'acte en question.³⁸¹¹

³⁸¹¹ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, art. cit., p. 231.

– SECTION III –

DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE DE L'ACTION DU MINISTÈRE PUBLIC A PRIORI FAIBLEMENT PROTECTEURS

715. Indépendamment de leur efficacité et de leur ampleur, les voies de recours *a posteriori* présentent donc toutes comme inconvénient de n'intervenir qu'une fois la mesure litigieuse exécutée et n'empêcheront de ce fait pas la survenance de conséquences préjudiciables et parfois irrémédiables pour le mis en cause. C'est pour résoudre ce problème que les ordres pénaux procéduraux français et allemand ont eu recours historiquement à la figure du juge de l'avant-procès.

716. Dans l'esprit cher à Montesquieu d'arrêter le pouvoir par une autorité tierce,³⁸¹² le Code d'instruction criminelle, qui a ensuite inspiré le StPO, avait ainsi confié le rôle d'enquêteur de principe au magistrat instructeur, ce qui permettait d'avoir un contrôle des libertés individuelles *a priori* continu par un membre de l'autorité judiciaire indépendant lors de l'adoption d'une mesure d'investigation.³⁸¹³

717. Mais, le StPO, qui accordait dès le début une place plus importante au procureur en matière d'investigation, la compétence du magistrat instructeur n'étant originellement prévue que pour les affaires d'une certaine gravité (§ 176 StPO [1879]),³⁸¹⁴ introduisit un deuxième mécanisme de contrôle *a priori* pour quelques mesures d'investigation les plus attentatoires aux libertés individuelles au stade de l'enquête, dont notamment l'inviolabilité du domicile (v. § 105 StPO [1879]), le contrôle du juge de l'enquête (« *Ermittlungsrichters* »).³⁸¹⁵ Les Allemands désignent généralement le mécanisme de l'intervention *a priori* du juge de l'avant-procès sous le terme de « *Richtervorbehalt* », littéralement « *la réserve du juge* » que l'on pourrait traduire de manière plus appropriée par « *la compétence réservée du juge* ». ³⁸¹⁶ On relève toutefois d'importantes différences entre

³⁸¹² Ainsi énonçait-il à cet effet « *Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir* », MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède (de), *De L'Esprit des lois*, op. cit., p. 120, livre XI, chap. IV, al. 2.

³⁸¹³ V. à ce sujet dév. aux n° 237 et s., p. 240 et s. de cette thèse.

³⁸¹⁴ V. à ce propos not. PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, op. cit., p. 10.

³⁸¹⁵ TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, op. cit., p. 49.

³⁸¹⁶ RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, « Normative Grundlagen der Richtervorbehalte », *GA*, 2002, p. 637 ; du même auteur, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 42-47 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, op. cit., p. 57.

ces deux figures du magistrat du siège de l'avant-procès qui impacteront nécessairement l'efficacité du contrôle effectué puisque, contrairement à son collègue instructeur, le juge de l'enquête n'intervient que ponctuellement, ne dispose d'aucun pouvoir d'initiative et demeure cantonné dans un rôle de simple contrôleur, laissant d'ores et déjà deviner les lacunes de ce système, d'autant plus inquiétantes que le magistrat instructeur n'existe plus à l'heure actuelle de ce côté de la frontière (§ 1).

718. Ce n'est en France, que bien plus tard, que l'on assiste à un « *dédoulement* »³⁸¹⁷ similaire de la figure du juge de l'avant-procès après l'apparition en 2000 du juge des libertés et de la détention.³⁸¹⁸ En effet, l'enquête préliminaire n'ayant originellement pas été prévue dans le Code d'instruction criminelle, la France misait, pour une garantie efficace des libertés individuelles, sur la seule compétence de principe du magistrat instructeur pour conduire les investigations. N'ayant toutefois pas réussi à endiguer le développement parallèle et d'abord officieux de l'enquête préliminaire, cela menait, dans la très grande majorité des cas dans lesquels aucune instruction n'était ouverte, à la situation paradoxale que le mis en cause ne bénéficiait alors d'aucune protection du juge *a priori*. Sans remédier à ce dernier point, le législateur tenta d'abord en légalisant l'enquête préliminaire, de la cantonner au principe de non coercition et de consentement préalable obligatoire du destinataire d'une mesure d'enquête afin d'éviter toute atteinte grave aux libertés individuelles. Comme nous l'avons vu précédemment, cela ne s'est cependant pas véritablement révélé satisfaisant au vu des tempéraments toujours plus nombreux au précepte de l'absence de contrainte lors de cette phase.³⁸¹⁹ Ce n'est finalement qu'avec l'apparition du juge des libertés et de la détention, pourtant originellement prévue pour le contrôle non de l'enquête mais de la détention provisoire, que l'on assiste à partir de la loi du 9 mars 2004 au développement des compétences de ce dernier dans le domaine de l'enquête.³⁸²⁰ Si la volonté du législateur de renforcer le contrôle de l'autorité judiciaire par ce biais est à notre sens assurément louable, on ne saurait oublier que cela se fait souvent au détriment du juge d'instruction qui présente

³⁸¹⁷ DELMAS-MARTY, Mireille, « Nouvelle procédure pénale ?, Présentation », *Rev. sc. crim.*, 4-2001, *art. cit.*, p. 4.

³⁸¹⁸ V. not. LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 9, n° 1 ; CARRÈRE, Sophie, « Le juge des libertés et de la détention : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, n° 233, 2014, p. 6 et s.

³⁸¹⁹ Pour plus de détails concernant l'évolution de l'enquête, se rapporter not. aux n° 310 et s., p. 300 et s.

³⁸²⁰ V. not. LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 9, n° 1 ; CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s.

toujours une garantie supérieure du fait de la plénitude de ses compétences, alors que le juge des libertés et de la détention, intervenant exclusivement comme garant du respect des libertés et droits fondamentaux, ne pourra décider de l'opportunité d'une mesure et n'interviendra que ponctuellement (§ 2).

§ 1. L'intervention ponctuelle du juge de l'avant-procès en cas d'atteintes aux droits et libertés fondamentaux en Allemagne

719. Le législateur allemand a toujours placé beaucoup d'espoir dans l'intervention du juge au stade de l'avant-procès pour garantir les droits fondamentaux des personnes concernées par des mesures attentatoires à leur liberté (A).³⁸²¹ La pratique prouve malheureusement les nombreuses insuffisances de ce mécanisme depuis la suppression du magistrat instructeur, réduisant parfois dramatiquement, pour ne pas dire à néant, la protection juridique des droits des participants à la procédure pénale pourtant souhaitée par le législateur et indispensable dans un état de droit (B).³⁸²² Or, il convient à tout un chacun d'être bien conscient de „ces effets secondaires“ de la réforme de 1975 avant de prévoir toute refonte d'un modèle procédural à l'image du système allemand tel que l'envisageait la France en 2009.

A – L'intervention du juge *a priori* dans l'avant-procès, un mécanisme en théorie prometteur

720. Le juge intervient sous différentes formes dans l'avant-procès allemand. Il est en ce sens d'abord accordé un pouvoir de contrôle de l'action du ministère public à la juridiction de jugement elle-même qui exerce un « *droit de regard* »³⁸²³ sur l'exercice des poursuites par le procureur (1), mais c'est assurément au juge de l'enquête que le législateur souhaitait remettre le rôle clef de garant des libertés individuelles pour les mesures coercitives les plus attentatoires adoptées dans le cadre de l'enquête³⁸²⁴(2).

³⁸²¹ RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, « Normative Grundlagen der RVE », *GA*, 2002, *art. cit.*, p. 637.

³⁸²² En ce sens v. p. ex. ASBROCK, Bernd, « RV - prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? », *ZRP*, 1998, *art. cit.*, p. 18 ; du même auteur, « Zum Mythos des RV », *KritV*, 1997, *art. cit.*, p. 358-361 ; MÜLLER, Eggon, « Durchsuchungspraxis - Unterwanderung eines GR », *AnwBl.*, 1992, *art. cit.*, p. 350-351.

³⁸²³ Selon la formule de LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 249.

³⁸²⁴ V. à ce sujet not. SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 65 ; SCHNARR, Karl Heinz, « Z. Verknüpfung v. RV, staatsanwaltlicher Eilanordnung u. richterlicher Bestätigung », *NStZ*, 5-1991, *art. cit.*, p. 210 ; GEPPERT, Klaus, « Kontroll- u. Förderungspflicht des ER », *DRiZ*, 1992, *art. cit.*, p. 405.

1) « Le droit de regard » de la juridiction de jugement sur l'exercice d'opportunité des poursuites par le ministère public

721. Sans revenir dans les détails sur ces dispositions qui ont déjà fait l'objet d'une analyse antérieurement, il convient de rappeler que la renonciation aux poursuites ou la voie de l'ordonnance pénale peuvent être proposés par le ministère public, ce qui lui confère un pouvoir important.³⁸²⁵ Cette sphère de compétences n'est néanmoins le plus souvent pas dépourvue de toutes limites, la loi subordonnant ici régulièrement l'action du procureur à l'accord du tribunal compétent pour décider d'un règlement par le biais de l'ordonnance pénale ou d'un classement en opportunité.³⁸²⁶ Quelle que soit la situation donnée, le législateur allemand a manifestement entendu conférer au juge un certain « *droit de regard* » sur l'opportunité des poursuites au sens large du terme, le parquet ne pouvant dans cette hypothèse en principe – mais les tempéraments sont nombreux – pas décider seul de classer l'affaire.³⁸²⁷ Un tel classement est permis par le StPO en particulier si le délit reproché est de faible gravité (§ 153 StPO), qu'une transaction pénale est envisageable (153a StPO) ou encore qu'il y a lieu de s'attendre au prononcé d'une dispense de peine (153b StPO).

722. Quant au règlement par voie d'ordonnance pénale (Strafbefehl), c'est alors la compétence d'ordonnance même qui revient au juge (§§ 408 al. 3, 410, 411 al. 1 StPO).³⁸²⁸

2) Le contrôle des investigations par le juge de l'enquête, véritable garant des libertés individuelles selon les textes

723. Par ailleurs, certaines mesures d'investigation relèvent de la compétence du juge pour mieux répondre à l'objectif constitutionnel de protection des intérêts et libertés individuels

³⁸²⁵ Contrairement à la procédure pénale française, le droit allemand admet le classement de la procédure non seulement avant **mais aussi après** la mise en mouvement de l'action publique (v. p. ex. § 153 al. 1 et 2, 153a al. 1 et 2 etc. StPO), au stade du jugement, l'initiative ne revient pas au procureur mais à la juridiction saisie elle-même. Se rapporter par ailleurs aux dév. n° 394 et s., p. 358 et s. de cette thèse.

³⁸²⁶ SATZGER, Helmut, *Chancen u. Risiken einer Reform des strafrechtlichen EV*, op. cit., p. C75 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 250.

³⁸²⁷ V. réf. en n. 3826. Se rapporter par ailleurs pour plus de détails à ce propos aux n° 429 et s., p. 393 et s. et n° 441 et s., p. 409 et s.

³⁸²⁸ BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, op. cit., p. 316 ; KUNZ, Karl-Ludwig, « Die Verdrängung des Richters durch den StA », *KJ*, 1-1984, art. cit., p. 40 qui parle ici d'une avalisation par le juge presque sans exception des demandes du procureur en ce sens et se réfère lui-même à : SESSAR, Klaus, « Bürokratischer Faktor im Prozeß der Verbrechenskontrolle: der StA », *MschKrim*, 3-1979, art. cit., p. 131 ; dans ce sens, v. aussi ce dernier auteur dans « StA im Prozeß sozialer Kontrolle », *Mit. MPG*, 2-1974, art. cit., p. 94-95. Se rapporter pour plus de détails égal. aux n° 421, p. 387 et s. de cette thèse.

face aux conséquences dommageables que peuvent avoir des mesures coercitives sur la personne concernée.³⁸²⁹ Si le procureur souhaite recourir à ces actes potentiellement attentatoires, il devra ainsi régulièrement faire appel préalablement au « *juge de l'enquête* » pour ordonner ou confirmer la mesure en question.³⁸³⁰ En outre, le ministère public dispose de la possibilité de solliciter l'intervention de ce magistrat du siège à des fins probatoires pour sécuriser l'apport de preuves au procès.³⁸³¹ L'avant-procès n'est toutefois plus soumis dans aucune hypothèse à un contrôle *a priori* général du juge depuis que le cadre juridique de l'instruction, dans lequel le magistrat instructeur menait les investigations garantissant par là également l'intervention protectrice d'un juge du siège durant cette phase, a disparu en 1975.³⁸³² Le juge de l'enquête en est bien plus réduit à un rôle de soutien du procureur qui dirige souverainement les investigations.³⁸³³ C'est d'ailleurs pour cette raison que certains auteurs ne le considèrent que comme un « *organe auxiliaire du ministère public* », soulignant par là son rôle secondaire („*Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft*“).³⁸³⁴ D'autres iront même jusqu'à parler, concernant l'objectif recherché de l'intervention du juge de l'avant-procès, du « *mythe de la compétence réservée du juge* » („*Mythos des Richtervorbehalts*“)³⁸³⁵, d'un simple « *lot de consolation de l'État de droit* » („*bloÙe(n) rechtsstaatliche(n) Trostpflaster*“)³⁸³⁶ ou même s'agissant du magistrat lui-même « *d'un chien de garde qui n'aboie pas plus qu'il ne mord* » („*Wachhund, der weder bellt noch beiÙt*“)³⁸³⁷.

724. Clef d'équilibre des pouvoirs dans l'avant-procès ou leurre procédural ? Le juge de l'enquête est-il capable par son implication précoce dans la procédure de garantir de manière préventive et efficace la protection des droits et libertés fondamentaux, objectif qui lui était

³⁸²⁹ SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 65.

³⁸³⁰ ZÖLLER, Mark, « § 162 StPO », dans *HK, op. cit.*, p. 1027, n° 1 ; SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 65.

³⁸³¹ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 2 ; SCHNEIDER, Hartmut, « Stellung u. Tätigkeit v. Staatsanwälten », *Jura*, 1999, *art. cit.*, p. 65.

³⁸³² PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter, op. cit.*, p. 9 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt, op. cit.*, p. 49.

³⁸³³ V. p. ex. NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des Ermittlungsrichters an Anträge der Staatsanwaltschaft », dans A. ESER (éd.), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Meyer-Goßner*, München, Beck, 2001 (abrégé *FS-Meyer-Goßner*, 2001), p. 277-279 ; BRÜNING, Janique et WENSKE, Marc, « Der Ermittlungsrichter - Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft? », *ZIS*, n° 7, 2008, p. 340 ; GEPPERT, Klaus, « Kontroll- u. Förderungspflicht des ER », *DRiZ*, 1992, *art. cit.*, p. 405.

³⁸³⁴ NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, *art. cit.*, p. 279.

³⁸³⁵ ASBROCK, Bernd, « Zum Mythos des RV », *KritV*, 1997, *art. cit.*, p. 255.

³⁸³⁶ ASBROCK, Bernd, « RV - prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? », *ZRP*, 1998, *art. cit.*, p. 17.

³⁸³⁷ MÜLLER, Eggon, « Durchsuchungspraxis - Unterwanderung eines GR », *AnwBl.*, 1992, *art. cit.*, p. 351.

originellement impartie ? On reviendra dans un premier temps à l'histoire de ce dispositif (a) avant de s'attacher à sa définition et sa réglementation légale (b). Dans un second temps, les mesures d'enquête juridictionnelles que ce magistrat peut accomplir (c) et les limites légales de ce mécanisme (d) seront analysées.

a. Développement historique

725. Pour mieux comprendre l'institution allemande du juge de l'avant-procès, il convient de revenir un court instant sur l'histoire déjà brièvement évoquée de ce dernier. En dehors du cadre juridique de l'enquête, qu'il consacra – à la différence du système français – dès le départ pour les délits ne dépassant pas un certain degré de gravité (v. not. §§ 158, 159 StPO 1977), le RStPO s'orientait majoritairement d'après son modèle de référence le CIC et prévoyait conformément à celui-ci également une procédure d'information menée par un juge instructeur (§§ 178-197 StPO [1969]³⁸³⁸), celle-ci étant toutefois, en symétrie à ce qu'il a été dit pour l'enquête précédemment, limitée aux infractions d'une certaine gravité (v. § 178 StPO [1969]).³⁸³⁹ L'objectif de ce second cadre juridique de l'avant procès était de déterminer s'il existait une suspicion suffisante (§§ 190, 197, 203, 204 StPO anc. vers.) et donc de permettre au procureur de prendre la décision de renvoyer ou non l'affaire au tribunal qui décidait ensuite lors de la procédure intermédiaire de l'ouverture du procès (190 al. 1 StPO anc. vers.).³⁸⁴⁰ Le juge d'instruction était autorisé à cet égard à mener ses propres investigations (§ 184 StPO anc. vers.). Il était libre et indépendant et pouvait entre autres procéder à des auditions lui-même (§ 192 StPO anc. vers.) ou faire appel à un juge d'instance – à savoir le juge de l'enquête qui existait déjà, à la différence du système français (§ 185 anc. vers.) – ou à la police (§ 189 StPO anc. vers.). À l'image de son homologue français, il était

³⁸³⁸ Ces règles sont apparues avec le RStPO en 1877 et ont été maintenues jusqu'à la réforme du CPP du 09.12.1974 (entrée en vigueur le 01.01.1975) qui supprima définitivement la procédure d'instruction. Pour accéder aux règles dans leur version antérieure, se rapporter au code de procédure pénale allemand (StPO) sur le site <http://lexetius.com/leges/StPO/Inhalt?4>, consulté dernièrement le 28.01.2018. À noter qu'il a ici été choisi de se référer à la dernière version en vigueur avant l'abolition de l'instruction, soit 1969. L'abréviation anc. vers. se rapporte donc à cette année de réf. Certaines mesures ont toutefois été modifiées ou déplacées depuis l'entrée en vigueur du StPO (p. ex., la règle contenue au § 178 StPO [1969] était prévue originellement au § 176 StPO [1877]).

³⁸³⁹ PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, op. cit., p. 10 ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, op. cit., p. 186 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, op. cit., p. 49 ; HAUG, Helmut, *Die gerichtliche Voruntersuchung und die Frage ihrer Reformbedürftigkeit*, Würtemberg, Eberhard-Karls-Universität Tübingen, 1930, p. 13-15.

³⁸⁴⁰ V. réf. en n. 3839.

caractérisé, après que le procureur l'ait le cas échéant saisi, par son intervention d'office, sa libre appréciation pour déterminer le cours des investigations, une plus-value autonome dans l'éclaircissement des faits par le biais de recherches directes sur l'infraction commise et agissait en toute indépendance, c'est-à-dire sans obéir à de quelconques directives.³⁸⁴¹ Certains qualifiaient en ce sens le magistrat instructeur de « *procureur doté d'une pleine indépendance juridictionnelle* ». ³⁸⁴² Le parquetier, qui disposait d'un intérêt justifié à la conduite de l'instruction, n'était pas complètement exclu de ce cadre juridique.³⁸⁴³ Il pouvait ainsi participer à un certain nombre de mesures (celles-ci étant toutefois limitées à la descente sur les lieux du crimes et l'audition de témoins et d'experts, § 193 al. 1 et 2 StPO anc. vers.) – et disposait avant tout d'un droit d'accès au dossier à tout moment de la procédure (§ 196 StPO anc. vers.). Il lui était également permis de formuler des requêtes particulières, qui lui paraissaient en mesure de promouvoir les buts de l'information (§ préc.). Quant à savoir dans quelle mesure le magistrat instructeur était lié par ces demandes, les avis étaient partagés.³⁸⁴⁴ Dès lors que le juge d'instruction avait atteint son objectif, il renvoyait son dossier (197 al. 1 StPO anc. vers.) au procureur qui reprenait une place souveraine dans la procédure, sans que le magistrat instructeur puisse s'opposer, à la différence du système français, à sa décision future.³⁸⁴⁵ Le ministère public pouvait alors, selon les conclusions, cesser les poursuites envers le prévenu (197 al. 3 StPO anc. vers.), demander un complément d'enquête (§ 197 al. 2 anc. vers.) ou encore s'il considérait le dossier comme suffisant, requérir l'ouverture d'un procès lors de la procédure intermédiaire (198 al. 2 StPO anc. vers.). Le législateur du RStPO estimait que le cadre de l'instruction avec un juge pleinement indépendant et non soumis à de quelconques directives était nécessaire pour se protéger d'un possible abus de pouvoir et agissement arbitraire du procureur.³⁸⁴⁶

726. L'existence du cadre juridique de l'information n'empêcha toutefois pas le développement parallèle du mécanisme de la compétence réservée d'un magistrat du siège

³⁸⁴¹ BGH, déc. du 04.06.1956 – 2 StR 22/56, (*BGHSt*, 9, 233-235), reproduite dans *NJW*, 1956, p. 1246-1247, ici spéc. p. 1246 ; PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 10 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 50.

³⁸⁴² BADER, Karl, « Staatsanwalt und Rechtspflege », *JZ*, vol. 11, n° 1, 1956, p. 6.

³⁸⁴³ GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 199.

³⁸⁴⁴ *Ibid.*

³⁸⁴⁵ *Ibid.*, p.200.

³⁸⁴⁶ C. HAHN (éd.), *Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, *op. cit.*, p. 750, 757 et 760 ; WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, *op. cit.*, p. 188.

distinct du juge d'instruction, pour certaines mesures gravement attentatoires aux libertés individuelles tels la liberté personnelle, la propriété privée et la possession, l'inviolabilité du domicile, ainsi que le secret de la correspondance, dès lors que les investigations étaient menées directement par le procureur dans le cadre de l'enquête.³⁸⁴⁷ Le RStPO de 1877 prévoyait par exemple une telle compétence du juge dans son § 105 [1879]. Mais la portée de ce contrôle était relativement faible puisque la décision de faire appel au juge était discrétionnaire, les autorités de poursuite, étant les seules à pouvoir juger si le recours à ce magistrat ne risquait pas, notamment eu égard aux contraintes temporelles qu'il impliquait, de mettre en péril les résultats attendus de l'acte ordonné en urgence.³⁸⁴⁸ Ce n'est qu'avec l'introduction des art. 13 et 104 GG, lors de l'adoption de la loi fondamentale allemande en 1949, que le mécanisme de la compétence réservée du juge revêtit une valeur constitutionnelle.³⁸⁴⁹ Après 1949, de nombreuses normes vinrent confirmer le développement de cet instrument procédural.³⁸⁵⁰ Mais le législateur semble redécouvrir la compétence réservée du juge avant tout avec l'arrivée du développement des méthodes secrètes d'investigation.³⁸⁵¹ Dès lors que ces mesures portaient atteinte à la sphère privée du prévenu protégée par la loi fondamentale, il lui paraissait en effet essentiel de les placer sous le contrôle protecteur *a priori* d'un magistrat du siège, de telle sorte que presque toutes les mesures procédurales attentatoires aux libertés comportent désormais une telle disposition.³⁸⁵²

³⁸⁴⁷ TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 49 ; v. concernant le développement dès la fin du XIX^e s. du mécanisme de la compétence réservée du juge à côté du procureur not. : HILGER, Hans, « Über den „Richtervorbehalt“ im EV », dans *GS-Karlheinz Meyer*, 1990, *art. cit.*, p. 213.

³⁸⁴⁸ Comme l'affirma très tôt la jurisprudence, v. p. ex. RG, déc. du 01.12.1892 – 3441/92 –, RGSt 23, p. 334-335, citée selon *Juris* ; v. à ce propos égal. TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 55 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, *op. cit.*, p. 46.

³⁸⁴⁹ TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 56 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, *op. cit.*, p. 78-79.

³⁸⁵⁰ TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 56 ; v. pour un dév. hist. détaillé du mécanisme de la compétence réservée du juge not. RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, *op. cit.*, p. 27-79.

³⁸⁵¹ TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 56 ; SCHLOTHAUER, Reinhold, « Ermittlungsrichterliche Entscheidungen und ihre Revisibilität », *StraFo*, 1998, p. 403.

³⁸⁵² ASBROCK, Bernd, « RV - prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? », *ZRP*, 1998, *art. cit.*, p. 17 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 56 ; HÜLS, Silke, « Der Richtervorbehalt », *ZIS*, 4-2009, *art. cit.*, p. 160.

727. En 1975, la réforme procédurale de 1974 (1. StVRG)³⁸⁵³ entre en vigueur et abolit l’instruction préparatoire. Les raisons invoquées étaient nombreuses : la méfiance du prévenu envers le procureur n’aurait, semble-t-il, alors plus eu lieu d’être.³⁸⁵⁴ La libération du juge de l’avant procès de sa fonction d’enquête était censée mieux respecter son rôle constitutionnel de magistrat du siège, en particulier s’agissant du principe de la séparation des pouvoirs.³⁸⁵⁵ Enfin, les garanties procédurales supplémentaires de ce cadre juridique par rapport à celui de l’enquête ne semblaient plus pouvoir se vérifier.³⁸⁵⁶ Certaines positions critiques dans la doctrine soulignaient pourtant que ces constatations étaient loin d’être une évidence³⁸⁵⁷ et les développements qui suivront, notamment quant à l’efficacité du mécanisme largement développé en contrepartie de la compétence réservée du juge de l’enquête, montreront à notre sens que ces craintes étaient loin d’être infondées.

728. Le juge de l’enquête devint alors l’unique magistrat du siège de l’avant procès. Son action se distingue considérablement de celle de son ancien collègue instructeur à deux niveaux. Il n’intervient d’abord que ponctuellement pour des mesures dont il n’a pas l’initiative (à l’exception des mesures en cas d’urgence prévues au § 165 StPO).³⁸⁵⁸ De plus, son contrôle se limite à la seule vérification de la légalité de l’acte en cause, là où le juge d’instruction décidait également de la pertinence et de l’opportunité des mêmes mesures.³⁸⁵⁹ Sa compétence est donc largement plus restreinte que celle du magistrat instructeur.

³⁸⁵³ Entrée en vigueur le 01.01.1975, publiée au *JO (BGBl.)*, partie I, p. 3393 (n° 132). Au sujet de la réforme de la procédure pénale allemande de 1975 : LAMPE, Joachim, « Ermittlungszuständigkeit v. Richter u. StA nach dem 1. StVRG », *NJW*, 5-1975, *art. cit.*, p. 195-199 ; JUNG, Heike, « Bilanz der Reform des 1. StVRG », *JuS*, 1975, *art. cit.*, p. 261-265 ; RIEß, Peter, « Hauptinhalt des 1. StVRG », *NJW*, 1975, *art. cit.*, p. 81-94.

³⁸⁵⁴ Les arguments dans le sens de cette réforme sont notamment repris dans, BT « 1. StVRG, 1^e projet de l. sur la réforme de la proc. pén.) », *BT-Drs. 7/551, doc. préc.*, p. 38-39 ; v. à ce sujet également e. a. GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 199-201 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt, op. cit.*, p. 50-51 ; PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter, op. cit.*, p. 11-12.

³⁸⁵⁵ V. réf. en note 3854.

³⁸⁵⁶ V. réf. en note 3854.

³⁸⁵⁷ Critiques à ce sujet not. GRÜNWARD, Gerald, « Empfiehlt es sich, bes. strafprozessuale Vorschriften für Großverf. einzuführen?, Gutachten C », dans *50. DJT, art. cit.*, p. C30 ; SARSTEDT, Werner, « Gebundene StA? », *NJW*, 1964, *art. cit.*, p. 1753.

³⁸⁵⁸ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 28-29 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 8, n° 2.

³⁸⁵⁹ V. en ce sens LG Freiburg, déc. du 26.10.1992 - VI Qs 25/92, reproduite dans *NStZ*, 1993, p. 146 ; v. égal. ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 8, n° 2 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence, art. cit.*, p. 249.

b. Le „juge de l'enquête“ : définition et réglementation légale

729. Le mécanisme de la compétence réservée du juge („*Richtervorbehalt*“) prévoit l'intervention d'un juge à la demande des autorités de poursuite pour ordonner ou confirmer le recours à un moyen coercitif attentatoire aux libertés individuelles.³⁸⁶⁰ La loi fondamentale allemande (GG) prévoit un tel procédé aux articles 13 et 104.³⁸⁶¹ À côté de ces règles constitutionnelles, la compétence réservée du juge résulte également de dispositions de droit ordinaire comprises dans le StPO ou autres droits spéciaux.³⁸⁶² Ces mécanismes peuvent être divisés en deux catégories, à savoir, la compétence primaire du juge qui prévoit l'intervention de ce dernier avant que la mesure ne soit exécutée, et celle secondaire, qui trouve application une fois l'acte concerné accompli et ne sera, par voie de conséquence, pas en mesure d'empêcher l'acte illégal.³⁸⁶³ Concernant les compétences primaires, elles comprennent tant les prérogatives exclusives du juge, réservant sans exception l'adoption de la décision à ce dernier (v. p. ex. le § 98 al. 1, 2^e phrase StPO, saisie dans des locaux de presse, d'imprimerie ou de radio), que des compétences partagées (telle exceptionnellement en cas d'urgence, §§ 98 al. 1, 1^e phrase [saisie d'objet], 105 al 1 StPO [perquisition] ou avec possibilité de délégation, 100 al. 3 StPO [saisie de courrier]) ou encore des dispositions requérant le consentement du juge (§§ 101 al. 6, 110b al. 2, 1^e phrase StPO), qui soulignent le fait que le magistrat n'intervient ici qu'à la demande du ministère public.³⁸⁶⁴ Quant aux compétences secondaires, sont ici concernées la confirmation d'une mesure coercitive prise en urgence après son exécution (163d al. 2 StPO) ou encore l'accord du juge *a posteriori* (100e al. 1, 3^e phrase StPO).³⁸⁶⁵

730. Mais quel est le juge qui intervient ici ?

731. Cet instrument légal est étroitement lié à la notion du « *juge de l'enquête* » ("*Ermittlungsrichters*") qui n'est cependant nulle part définie explicitement dans le StPO.³⁸⁶⁶

³⁸⁶⁰ ASBROCK, Bernd, « RV - prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? », *ZRP*, 1998, *art. cit.*, p. 17.

³⁸⁶¹ RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, « Normative Grundlagen der RVe », *GA*, 2002, *art. cit.*, p. 639-640 ; HILGER, Hans, « Über den „Richtervorbehalt“ im EV », dans *GS-Karlheinz Meyer*, 1990, *art. cit.* p. 214-215 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 56.

³⁸⁶² RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, « Normative Grundlagen der RVe », *GA*, 2002, *art. cit.*, p. 640 et s. ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 56.

³⁸⁶³ RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, « Normative Grundlagen der RVe », *GA*, 2002, *art. cit.*, p. 643.

³⁸⁶⁴ *Ibid.*

³⁸⁶⁵ *Ibid.*

³⁸⁶⁶ V. à ce propos e. a. PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 1 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 48.

Jusqu'à la réforme procédurale entrée en vigueur le 25 juillet 2015 qui apposa officiellement le titre d'« *Ermittlungsrichter* » au § 162 StPO,³⁸⁶⁷ ce terme n'apparaissait qu'à deux reprises dans le StPO (§§ 169, 304 al. 1 et 5 StPO).³⁸⁶⁸ Certes, certains commentaires de loi avaient, par le passé, déjà pris l'habitude, sur leur propre initiative et inofficiellement, d'intituler le § 162 StPO « *juge de l'enquête* ». ³⁸⁶⁹ Mais ce n'est que bien plus tard, en 2015, qu'ils ont été suivis à cet égard par le législateur.³⁸⁷⁰ En outre, s'il est vrai que cette norme est décisive pour déterminer les conditions de l'intervention de ce magistrat, elle reste en revanche silencieuse sur la désignation spécifique de ce dernier et sa définition.³⁸⁷¹ Celle-ci ne ressort qu'indirectement du § 169 StPO, selon lequel les missions incombant au juge du tribunal d'instance durant la phase préparatoire du procès peuvent, dans certaines circonstances, également être exercées par les juges de l'enquête de la Cour régionale supérieure (§ 169 al. 1, 1^e phrase StPO, v. égal. § 116 GVG) ou des juges de l'enquête du BGH (Cour fédérale de justice, équivalent de la Cour de Cassation), lorsque c'est le procureur général fédéral qui est en charge des investigations (§ 169 al. 1, 2^e phrase StPO, §§ 74a, al. 2, 142a, 116, 130 GVG).³⁸⁷² Ainsi le juge de l'enquête peut-il être perçu comme le magistrat chargé fonctionnellement des mesures juridictionnelles dans la phase préparatoire du procès, soit, plus succinctement, le juge de l'avant-procès (v. §§ 51 al. 3, 70 al. 3, 304 al. 1, 306 al. 3 StPO).³⁸⁷³ Les § 162 al. 1, 1^e phrase StPO et 21e al. 1, 1^e phrase GVG prévoient à cet effet la compétence de principe du tribunal d'instance en charge de l'affaire. Le juge de l'enquête sera donc régulièrement un magistrat du tribunal d'instance et sera nommé, tant pour les tribunaux d'instance que pour les cours régionales supérieures ou encore la Cour de justice fédérale, par une formation

³⁸⁶⁷ V. annexe 1 de la loi du 17.07.2015, *BGBI.*, partie I I, p. 1332 entrée en vigueur le 25.07.2015.

³⁸⁶⁸ PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 1.

³⁸⁶⁹ Tel p. ex. le commentaire de référence MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, titre du § qui se trouvait égal. dans les versions de ce commentaire antérieures à la réforme du 17.07.2015 ; v. à ce sujet PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 1.

³⁸⁷⁰ V. annexe 1 de la loi du 17.07.2015, *BGBI.*, partie I, p. 1332 entrée en vigueur le 25.07.2015.

³⁸⁷¹ TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 48 ; PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 1.

³⁸⁷² Dans les cas relevant en première instance de la compétence de la Cour supérieure régionale (OLG) conformément aux §§ 120 et 120b GVG, les actes incombant en principe à la juridiction d'instance (Amtsgericht) lors de la phase préparatoire au procès peuvent aussi être effectués par le juge de l'enquête de cette même cour supérieure régionale. Jusqu'au 1^{er} avril 1990, le législateur renvoyait lui-même au § 169 StPO pour une définition du juge de l'enquête, v. § 166 al. 2 GVG (1975), v. à ce propos égal. TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 48 ; PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 1.

³⁸⁷³ V. réf. en n. 3871.

collégiale de juges directeurs correspondante, selon un plan de répartition des différentes activités (§§ 21e al. 1, 116 al. 1, 130 GVG et §§ 1, 4 DRiG).

c. Les mesures d'enquête juridictionnelles („Richterliche Ermittlungshandlungen")

732. Concernant les mesures d'enquête juridictionnelles, celles-ci s'entendent de toutes les mesures légales nécessaires prises par le juge dans le contexte d'une procédure pénale avant renvoi de l'affaire au tribunal, qui promeuvent la procédure pénale ou servent à la conservation des preuves ou à l'anticipation d'un acte probablement nécessaire à la prise d'une décision pénale.³⁸⁷⁴ Dans le cadre de ces mesures, le juge de l'enquête est amené à remplir deux sortes de missions, à savoir garantir la solidité de la procédure dans le cadre de mesures simples d'investigation non liées à une atteinte particulière aux droits fondamentaux (1) et protéger les droits fondamentaux des personnes impliquées dans la procédure (2).³⁸⁷⁵

(1) Le rôle du juge de l'enquête de garant de la solidité de la procédure

733. Le juge de l'enquête intervient donc dans un premier temps à la demande du procureur pour garantir, si besoin en est, la solidité de la procédure dans le cadre de mesures simples d'investigation non liées à une atteinte particulière aux droits fondamentaux.³⁸⁷⁶ Les auditions et les constats auxquels il procède sur requête du ministère public seront dans ce cas protocolés (§ 168 StPO). Le procès-verbal correspondant pourra alors le cas échéant être lu à l'audience de jugement et contribuer ainsi à l'apport de preuves (v. not. §§ 251 al. 2, 252 et 254 StPO) qui ne pourront être que très difficilement remises en cause.³⁸⁷⁷ Il s'agit ici de

³⁸⁷⁴ ZÖLLER, Mark, « § 162 StPO », dans *HK, art. cit.*, p. 1027, n° 1 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 4 ; GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 4 ; PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter, op. cit.*, p. 204 et s.

³⁸⁷⁵ GLEB, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et al. (éd.), *Opinio doctorum, art. cit.*, p. 210 ; SATZGER, Helmut, « Die Rolle des Richters im Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich », dans H. JUNG (éd.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle - Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 95 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO, op. cit.*, § 8, n° 2.

³⁸⁷⁶ GLEB, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et al. (éd.), *Opinio doctorum, art. cit.*, p. 210 ; SATZGER, Helmut, « Rolle des Richters im EV in Dt. u. Frankreich », dans H. JUNG (éd.), *200 Jahre CIC, art. cit.*, p. 95 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 4.

³⁸⁷⁷ GLEB, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et al. (éd.), *Opinio doctorum, art. cit.*, p. 210 ; SATZGER, Helmut, « Rolle des Richters im EV in Dt. u. Frankreich », dans H. JUNG (éd.), *200 Jahre CIC, art. cit.*, p. 95-96.

mesures juridictionnelles qui ne relèvent pas de la compétence « exclusive » du juge dans le sens où le procureur et/ou la police peuvent bien plus normalement y recourir eux-mêmes en dehors de toute intervention d'un magistrat du siège, telles par exemple l'audition d'une personne donnée, la descente sur les lieux du délit ou la participation à une autopsie.³⁸⁷⁸ À ce propos, le § 162 StPO organise d'un point de vue fonctionnel une certaine forme d'entraide administrative au sens de l'art. 25 GG qui ne correspond pas à un acte juridictionnel *stricto sensu*, le juge ne préparant pas une décision qu'il lui incomberait de prendre, mais bien plus le processus décisionnel du procureur dans le cadre du § 170 StPO.³⁸⁷⁹ Le magistrat du siège n'agit donc en l'espèce qu'en tant qu'auxiliaire du parquet et, conformément au n° 10 des directives relatives aux procédures pénale et contraventionnelle (RiStBV), le procureur ne peut faire appel à lui que s'il peut justifier d'un intérêt particulier résultant des circonstances spécifiques du cas d'espèce, puisqu'il bénéficie lui-même de larges compétences d'enquête (v. §§ 161a, 163 al. 3 StPO).³⁸⁸⁰ Cela sera régulièrement le cas à des fins probatoires lors du procès, la loi ouvrant de meilleures possibilités d'utiliser des preuves recueillies par un juge.³⁸⁸¹ Ainsi est-il par exemple possible de lire les protocoles d'audition d'un prévenu quand cette mesure a été conduite par un juge en vue d'obtenir des preuves concernant un aveu (§ 254 al. 1 StPO). Par ailleurs, l'audition d'un témoin, d'un expert ou d'un co-inculpé pourra être remplacée sous certaines conditions par la lecture du procès-verbal d'une de ses précédentes auditions par un juge (§ 251 al. 2 StPO).

³⁸⁷⁸ GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 1a ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 1 ; RIEB, Peter, « Grenzen von Ermittlungen des Ermittlungsrichters im Vorverfahren (z. Beschluss des LG-Stuttgart, 15.04.1983) », *NStZ*, 1983, p. 521.

³⁸⁷⁹ GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 1a ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 1 ; SATZGER, Helmut, « Rolle des Richters im EV in Dt. u. Frankreich », dans H. JUNG (éd.), *200 Jahre CIC, art. cit.*, p. 96 ; RIEB, Peter, « Grenzen von Ermittlungen des ER im Vorverf. », *NStZ*, 1983, *art. cit.*, p. 521. V. pour une opinion divergente quant à la nature de la relation entre le procureur et le juge dans le cadre des mesures d'investigation prises par le magistrat de l'enquête sur demande du procureur : PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter, op. cit.*, p. 195-197, qui préfère au terme « d'entraide administrative » (*Amtshilfe*) celui de « rapport légal au caractère procédural propre » (*Rechtsverhältnis eigenständiger prozessualer Art*).

³⁸⁸⁰ FUHRMANN, Hans, « Befugnisse des Amtsrichters bei der Prüfung eines Antrages der StA auf Vernehmung des Beschuldigten », *JR*, 1965, *art. cit.*, p. 254 ; WOHLERS, Wolfgang, « § 162 StPO », dans *SK, op. cit.*, n°7 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 3 ; NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, *art. cit.*, p. 279.

³⁸⁸¹ GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 4 ; MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 2 ; SATZGER, Helmut, « Rolle des Richters im EV in Dt. u. Frankreich », dans H. JUNG (éd.), *200 Jahre CIC, art. cit.*, p. 95.

734. En vertu du § 252 StPO, la déposition d'un témoin entendu avant l'audience, qui se rétracte ensuite lors du procès, ne pourra en principe pas être lue en audience. La jurisprudence,³⁸⁸² confortée par la très grande majorité de la doctrine,³⁸⁸³ en tire, au-delà de l'énoncé explicite du § 252 StPO, une interdiction d'exploiter les preuves qui résulteraient d'une audition antérieure menée par la police ou un procureur. Elle empêche de la sorte que l'agent du ministère public, ou de la police, ayant conduit l'audition puisse être entendu à son tour pour rapporter indirectement ce qui avait été dit précédemment. Toutefois, cela ne vaut pas, selon la jurisprudence majoritaire, dans l'hypothèse d'une audition par un juge dans la mesure où le destinataire de l'acte litigieux avait, à cette occasion, été informé conformément aux règles en vigueur de son droit de refuser de témoigner et avait bien compris cette notification.³⁸⁸⁴ Afin de mieux protéger le témoin, la 2^e chambre criminelle avait requis dans ce dernier cas une notification qualifiée des droits de la personne interrogée, celle-ci impliquant expressément d'informer l'intéressée de la possibilité que le procès-verbal de son audition conduite par le juge soit lu lors de l'audience principale en dépit d'une éventuelle rétractation de sa part.³⁸⁸⁵ Les autres chambres criminelles de la Cour fédérale de justice ne l'ont toutefois pas suivie sur cette voie³⁸⁸⁶ et l'assemblée plénière, appelée par la 2^e chambre criminelle à se prononcer sur la question, a finalement refusé dernièrement de modifier sa

³⁸⁸² Jurisprudence constante depuis BGH, déc. du 15.01.1952 - 1 StR 341/51 (*BGHSt*, 2, 99), reproduite dans *NJW* 1952, p. 356-358. V. pour une confirmation de cette règle par la Cour fédérale constitutionnelle not. BVerfG, déc. du 25.09.2003 - 2 BvR 1337/03V, reproduite dans *NStZ-RR*, 2004, p. 18-19. Concernant le développement historique de cette règle, v. e. a. GEPPERT, Klaus, « Das Beweisverbot des § 252 StPO », *Jura*, n° 7, 1988, p. 307 ; et les réf. de DIEMER, Herbert, « § 252 StPO », dans *KK*, *op. cit.*, n° 1.

³⁸⁸³ ELLBOGEN, Klaus, « § 252 StPO », dans *Münchener Kommentar zur StPO*, 1^e éd., Munich, C.H. Beck, 2016 (abrégé *MüKo*), n° 42 ; DIEMER, Herbert, « § 252 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 1 ; GEPPERT, Klaus, « Beweisverbot des § 252 StPO », *Jura*, 1988, *art. cit.*, p. 307 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 8, § 46, n° 29.

³⁸⁸⁴ V. ici not. BGH, *NJW*, 1952, p. 356-358 (réf. exactes en n. 3882) ; BGH, déc. du 03.02.1955 - 4 StR 582/54 (*BGHSt*, 7, 195), reproduite dans *NJW*, 1955, p. 721-722 ; BGH, déc. du 02.04.1958 - 2 StR 96/58 (*BGHSt*, 11, 338) *NJW*, 1958, p. 919 ; BGH, déc. du 14.10.1959 - 2 StR 249/59 (*BGHSt*, 13, 394), reproduite dans *NJW*, 1960, p. 584-586 ; BGH, déc. du 02.05.1962 - 2 StR 132/62 (*BGHSt*, 17, 324), reproduite dans *NJW*, 1962, p. 1875-1876 ; BGH, déc. du 20.11.1962 - 5 StR 426/62 (*BGHSt*, 18, 146), reproduite dans *NJW*, 1963, p. 723 et dernièrement égal. BGH, ass. plén., déc. du 15.07.2016 – GSSt 1/16, reproduite dans *NJW*, 2017, p. 94-100. Se rapporter à ce sujet e. a. aussi à ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 8, § 46, n° 29 ; GEPPERT, Klaus, « Beweisverbot des § 252 StPO », *Jura*, 1988, *art. cit.*, p. 307-308 ; ELLBOGEN, Klaus, « § 252 StPO », dans *MüKo*, *art. cit.*, n° 47 et 49.

³⁸⁸⁵ V. BGH, 2^e ch. crim., déc. du 04.06.2014 – 2 StR 656/13, reproduite dans *NStZ*, 2014, p. 596-599.

³⁸⁸⁶ V. not. BGH, 4^e ch. crim., déc. du 16.12.2014 – 4 ARs 21/14, reproduite dans *NStZ-RR*, 2015, p. 48-49 ; BGH, 3^e ch. crim., déc. du 08.01.2015 – 3 ARs 20/14, consultable sur *BeckO*, réf. BeckRS 2015, 02351 ; BGH, 5^e ch. crim., déc. du 27.01.2015 – 5 ARs 64/14, consultable sur *BeckO*, réf. BeckRS 2015, 02348 et BGH, 1^e ch. crim., déc. du 14.01.2015 – 1 ARs 21/14, consultable sur *BeckO*, réf. BeckRS 2015, 02348.

jurisprudence en ce sens, continuant de considérer qu'une notification simple des droits du témoin était suffisante³⁸⁸⁷.

735. Quelques voix isolées dans la doctrine considèrent ici qu'un témoin, qui ne fait pas usage de son droit à refuser de témoigner lors de l'audition, alors qu'il en a été dûment informé, renonce implicitement à une interdiction globale d'exploiter les preuves issues de cette déclaration.³⁸⁸⁸ La lecture du protocole de la déposition resterait illégale sur le fondement du § 252 StPO ; en revanche le témoignage indirect de l'agent ayant procédé à l'audition demeurerait régulièrement possible, quel que soit le statut de celui-ci.³⁸⁸⁹ Une telle interprétation néglige cependant l'objectif protecteur visé par les §§ 52, 252 StPO.³⁸⁹⁰

736. La doctrine majoritaire admet quant à elle le principe d'interdiction d'utiliser les preuves découlant d'une déposition concernée par le § 252 StPO au procès, elle dénonce toutefois le tempérament jurisprudentiel dans l'hypothèse d'une audition par le juge.³⁸⁹¹ Elle appelle bien plus à traiter pareillement toutes les auditions indépendamment du statut de la personne la conduisant, puisque, indépendamment de la profession de cette dernière, elle sera soumise à la même obligation de notification des droits de la personne auditionnée.³⁸⁹² Il conviendrait en ce sens de retenir une interdiction générale d'exploiter les preuves résultant d'une audition préalable d'un témoin s'étant rétracté au procès, qui s'étendrait également au témoignage indirect du juge.³⁸⁹³ Il est ici en particulier avancé que rien dans la loi, ou dans le ressenti du témoin, ne justifierait un traitement différencié selon le statut des agents procédant à l'audition.³⁸⁹⁴ La qualité d'une audition dépendrait donc non du statut

³⁸⁸⁷ BGH, ass. plén., déc. du 15.07.2016 – GSSt 1/16, reproduite dans *NJW*, 2017, p. 94-100. V. à ce propos n. jurispr. approuvant la décision de BRAND, Christian, « Anm. zum BGH-Beschluss vom 15.7.2016 – GSSt 1/16 », *NJW*, 2017, p. 100-101.

³⁸⁸⁸ Partageant cette opinion par ex. KOHLHAAS, Max, « Vom ersten Zugriff zum Schlussgehör », *NJW*, n° 28, 1965, p. 1255 ; NÜSE, Karl-Heinz, « Zu den Beweisverboten im Strafprozeß », *JR*, n° 8, 1966, p. 283 ; exposant cette thèse minoritaire sans la partager e. a. GEPPERT, Klaus, « Beweisverbot des § 252 StPO », *Jura*, 1988, *art. cit.*, p. 308 ; BEULKE, Werner, *Strafprozessrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2016, n° 420 a.

³⁸⁸⁹ V. réf. en n. 3888.

³⁸⁹⁰ V. not. BEULKE, Werner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 420 a.

³⁸⁹¹ Se rapporter not. à ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 8, § 46, n° 29a ; BEULKE, Werner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, § 420 a ; GEPPERT, Klaus, « Beweisverbot des § 252 StPO », *Jura*, 1988, *art. cit.*, p. 307 ; exposant cette thèse sans la partager : ELLBOGEN, Klaus, « § 252 StPO », dans *MüKo*, *art. cit.*, n° 48.

³⁸⁹² V. en particulier e. a. GEPPERT, Klaus, « Beweisverbot des § 252 StPO », *Jura*, 1988, *art. cit.*, p. 307 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 8, § 46, n° 29 a ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 27, n° 10 ; EISENBERG, Ulrich, « Zur "besonderen Qualität" richterlicher Vernehmung im Ermittlungsverfahren », *NStZ*, n° 11, 1988, p. 488 qui défendent cette thèse.

³⁸⁹³ V. réf. en n. 3892.

³⁸⁹⁴ V. réf. en n. 3893.

professionnel de l'agent en question, mais bien plus de ses capacités individuelles.³⁸⁹⁵ De surcroît, les juges de l'enquête seraient en pratique même souvent moins spécialisés ou moins aguerris et également moins bien informés sur l'état d'avancement de la procédure et la situation probatoire que le procureur et les policiers en charge du dossier.³⁸⁹⁶ À cela s'ajoute qu'il ne lui serait le plus souvent pas possible, en raison de sa surcharge de travail et de la contrainte temporelle auquel il est généralement soumis, d'approfondir sa connaissance du dossier et ne pourrait donc pas pallier les problèmes sus-évoqués.³⁸⁹⁷ Planerait alors le danger que ne soient pas posées les questions qui permettraient de faire avancer l'affaire.³⁸⁹⁸ Cela expliquerait en règle générale que le procureur soit régulièrement présent aux côtés du juge et mène *de facto* l'interrogatoire.³⁸⁹⁹ L'opinion doctrinale majoritaire en conclut donc que le juge ne serait pas un témoin indirect plus fiable que le procureur pour rapporter d'une déposition faite devant lui.³⁹⁰⁰

737. Une autre conséquence logique de ces constatations pourrait également conduire à autoriser tant le procureur que le juge à rapporter indirectement du témoignage concerné par le § 252 StPO.³⁹⁰¹ Cependant, cela laisserait de côté qu'un tel procédé obligerait le témoin à prendre une décision définitive quant à l'exercice de son droit de refuser de témoigner lors de son audition dans le cadre de l'avant-procès, soit en amont de l'audience principale.³⁹⁰² Or,

³⁸⁹⁵ V. sur ce point not. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 8, § 46, n° 29a ; ELLBOGEN, Klaus, « § 252 StPO », dans *MüKo, art. cit.*, n° 49 ; KRAATZ, Erik, « Das Beweisverbot des § 252 StPO », *Jura*, vol. 33, n° 3, 2011, p. 176 ; EISENBERG, Ulrich, « Z. "bes. Qualität" richterlicher Vernehmung im EV », *NStZ*, 1988, *art. cit.*, p. 1488.

³⁸⁹⁶ V. réf. en n. 3895.

³⁸⁹⁷ En ce sens not. : EISENBERG, Ulrich, « Z. "bes. Qualität" richterlicher Vernehmung im EV », *NStZ*, 1988, *art. cit.*, p. 488, qui revient sur les - selon lui - « prétendues » qualités particulières d'une audition par le juge ; se rapporter égal. à EL-GHAZI, Mohamad et MEROLD, Andreas, « Die Vernehmung des Richters als Verhörsperson vor dem Hintergrund des § 252 StPO », *StV*, n° 4, 2012, p. 252.

³⁸⁹⁸ V. réf. en n. 3897.

³⁸⁹⁹ V. réf. en n. 3897.

³⁹⁰⁰ V. réf. indiquées en n. 3893.

³⁹⁰¹ C'est du moins la conséquence logique qu'en tirent sans toutefois la partager : MEYER, Torsten, « Die Vernehmung der richterlichen Verhörsperson trotz § 252 StPO - Historische Entwicklung und kritische Bemerkungen aus Anlass des BGH, Beschl. v. 04.06.2014 - 2 StR 656/13 », *StV*, n° 5, 2015, p. 322 ; GEPPERT, Klaus, « Beweisverbot des § 252 StPO », *Jura*, 1988, *art. cit.*, p. 308 ; défendant cette opinion not. : KOHLHAAS, Max, « V. 1. Zugriff z. Schlussgehör », *NJW*, 1965, *art. cit.*, p. 1255 ; NÜSE, Karl-Heinz, « Zu den Beweisverboten im Strafprozeß », *JR*, 8-1966, *art. cit.*, p. 283.

³⁹⁰² V. en ce sens not. MEYER, Torsten, « Vernehmung der richterlichen Verhörsperson trotz § 252 StPO », *StV*, 5-2015, *art. cit.*, p. 322-323.

l'intérêt à des poursuites pénales effectives ne saurait prévaloir sur la liberté de choisir du témoin, du moins s'agissant du stade précoce de l'enquête.³⁹⁰³

738. La restriction jurisprudentielle du principe d'interdiction d'exploitation des preuves résultant d'une audition concernée par le § 252 StPO est à notre sens cependant justifiée par la différence que la procédure pénale elle-même fait entre une audition par un juge et une audition par les autorités de poursuite.³⁹⁰⁴ Originellement, seul le juge était tenu de notifier aux témoins leur droit de refuser à témoigner ; cela ne valait pas pour les membres du ministère public ou la police.³⁹⁰⁵ Si le législateur a désormais introduit une obligation de notification de droits, similaire dans sa réforme portant modification de la procédure pénale du 19.12.1964 (§§ 162a al. 1er, 2^e phrase et 163 al. 3 StPO) rapprochant ces différentes formes d'audition,³⁹⁰⁶ elles n'en sont pas pour autant devenues identiques.³⁹⁰⁷ La jurisprudence se réfère ici avec raison aux § 251 al. 1 et 2 et § 254 StPO qui prévoient toujours une différence de traitement des diverses auditions et prouvent par là, qu'il est accordé une plus grande confiance aux auditions par un juge.³⁹⁰⁸ Par ailleurs, le statut du juge, seul à apporter, à la différence de ses collègues du parquet ou d'un policier, comme nous l'avons démontré précédemment,³⁹⁰⁹ la garantie de pleine indépendance, de même que l'ampleur différente

³⁹⁰³ *Ibid.*, p. 324-324. D'avis contraire, v. p. ex. BGH, déc. du 08.12.1999, 5 StR 32/99 (*BGHSt*, 45, 342-354, ici spéc. p. 346).

³⁹⁰⁴ En ce sens not. DIEMER, Herbert, « § 252 StPO », dans *KK*, art. cit. n° 26 ; plus nuancé mais admettant la différenciation opérée par la jurisprudence entre l'audition par un juge, quand le témoin a été informé de ses droits de manière qualifiée et l'audition par les autorités de poursuite, ELLBOGEN, Klaus, « § 252 StPO », dans *MüKo*, art. cit., n° 49 ; reconnaissant une différence au niveau du degré de protection des droits d'une personne interrogée par un juge ou par les autorités de poursuite sans pour autant défendre la thèse jurisprudentielle concernant l'interdiction d'exploiter les preuves ressortant du § 252 StPO, EL-GHAZI, Mohamad et MEROLD, Andreas, « Vernehmung des Richters als Verhörperson vor dem Hintergrund des § 252 StPO », *StV*, 4-2012, art. cit., p. 252.

³⁹⁰⁵ V. e. a. à ce propos ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 8, § 46, n° 29a ; MEYER, Torsten, « Vernehmung der richterlichen Verhörperson trotz § 252 StPO », *StV*, 5-2015, art. cit., p. 320.

³⁹⁰⁶ ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, op. cit., chap. 8, § 46, n° 29a ; MEYER, Torsten, « Vernehmung der richterlichen Verhörperson trotz § 252 StPO », *StV*, 5-2015, art. cit., p. 322, qui ne considèrent néanmoins pas qu'une audition par le juge se différencie d'un point de vue qualitatif d'une audition menée par le procureur ou un OPJ.

³⁹⁰⁷ V. not. BGH, déc. du 03.11.2000 - 2 StR 354/00 (*BGHSt*, 46, 189), reproduite dans *StV*, 2002, p. 1-3, ici spéc. p. 2 ; BGH, *NJW*, 2017, p. 96-97 (v. réf. exactes en n. 3887). En ce sens égal. EL-GHAZI, Mohamad et MEROLD, Andreas, « Vernehmung des Richters als Verhörperson vor dem Hintergrund des § 252 StPO », *StV*, 4-2012, art. cit., p. 252 ; BRAND, Christian, « Anm. zum BGH-Beschl. v. 15.7.2016 », *NJW*, 2017, art. cit., p. 101.

³⁹⁰⁸ V. en particulier BGH, déc. du 14.03.1967 - 5 StR 540/66 (*BGHSt*, 21, 218), reproduite dans *NJW*, 1967, p. 1094-1095, ici spéc. p. 1095 ; BGH, déc. du 12.02.2004 - 3 StR 185/03 (*BGHSt*, 49, 72), reproduite dans *NJW*, 2004, p. 1605-1608, ici spéc. p. 1606-1607 ; BGH, *NJW*, 2017, p. 96-97 (v. réf. exactes en n. 3887). En ce sens égal. not. BRAND, Christian, « Anm. zum BGH-Beschl. v. 15.7.2016 », *NJW*, 2017, art. cit., p. 101.

³⁹⁰⁹ Se reporter sur ce point aux dév. en première partie, Titre 2, Chap. 2, n° 236 et s., p. 240 et s. en comparaison au Chap. 1 concernant le procureur, n° 178 et s., p. 196 et s.

des droits de présence accordés aux personnes concernées selon le statut de l'agent procédant à la mesure (v. en particulier le § 161a qui ne renvoie pas au § 168c StPO qui prévoit de plus larges droits en la matière) montrent qu'il existe toujours des distinctions palpables entre ces diverses auditions qui contribuent à renforcer le caractère plus solennel, mais aussi plus contradictoire d'une audition devant le juge.³⁹¹⁰ Il est souvent opposé à cet argument qu'il ne serait pas en accord avec le sens et le but des règles relatives à la protection du témoin.³⁹¹¹ Mais la jurisprudence souligne à ce sujet que le témoin est bien conscient de l'importance accrue d'une audition par un juge après qu'il lui ait été notifié ses droits.³⁹¹² Cette formalité lui permet de réaliser qu'il peut refuser de témoigner, mais aussi qu'il ne pourra plus revenir sur les déclarations faites devant le juge.³⁹¹³ L'argument selon lequel le procureur serait plus fiable pour interroger la personne en raison de sa meilleure connaissance du dossier, semble en outre avoir peu de signification pour permettre de répondre au problème en question.³⁹¹⁴ En effet, son témoignage indirect n'est ici pas permis au motif qu'il serait plus compétent qu'un procureur ou qu'un policier pour mener l'interrogatoire, mais bien plus en raison de son statut différent qui offre de plus larges garanties procédurales aux personnes qu'il interroge, plaçant celles-ci dans une situation quasi-contradictoire qui explique qu'elle soit plus facilement exploitable au procès.³⁹¹⁵ Enfin, il ne semble pas nécessaire d'étendre cette possibilité de témoignage indirect aux policiers et procureurs, puisqu'ils peuvent à tout

³⁹¹⁰ V. sur ce point not. EL-GHAZI, Mohamad et MEROLD, Andreas, « Vernehmung des Richters als Verhörperson vor dem Hintergrund des § 252 StPO », *StV*, 4-2012, *art. cit.*, p. 252 qui sans partager la thèse jurisprudentielle souligne tout de même des différences notables entre une audition par un juge et une menée par les autorités de poursuite ; partageant les conclusions jurisprudentielles not. BRAND, Christian, « Anm. zum BGH-Beschl. v. 15.7.2016 », *NJW*, 2017, *art. cit.*, p. 101.

³⁹¹¹ V. p. ex. KRAATZ, Erik, « Beweisverbot des § 252 StPO », *Jura*, 2011, *art. cit.*, p. 176 ainsi que ses nombreuses réf. en n. 84 ; EL-GHAZI, Mohamad et MEROLD, Andreas, « Vernehmung des Richters als Verhörperson vor dem Hintergrund des § 252 StPO », *StV*, 4-2012, *art. cit.*, p. 252. V. dans la jurispr. dernièrement BGH *NJW* 2017, spéc. p. 98, n° 42.

³⁹¹² V. ici not. BGH, *NJW*, 2004, spéc. p. 1607 (réf. exactes en n. 3908).

³⁹¹³ *Ibid.*

³⁹¹⁴ Sans partager l'opinion du BGH, souligne cet aspect not. EL-GHAZI, Mohamad et MEROLD, Andreas, « Vernehmung des Richters als Verhörperson vor dem Hintergrund des § 252 StPO », *StV*, 4-2012, p. 252 ; RIEß, Peter, « Die Prüfungskompetenz des Ermittlungsrichters », *NStZ*, n° 11, 1991, p. 517 ; défendant pleinement les thèses jurisprudentielles not. BRAND, Christian, « Anm. zum BGH-Beschl. v. 15.7.2016 », *NJW*, 2017, *art. cit.* ; DIEMER, Herbert, « § 252 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 26.

³⁹¹⁵ V. réf. en n. 3914.

moment, grâce au § 162 StPO, recourir au juge de l'enquête pour bénéficier de cet avantage.³⁹¹⁶

739. Par ailleurs, il peut également être intéressant de faire appel au juge de l'enquête pour encourager un témoin à dire la vérité – celui-ci étant passible, le cas échéant, de parjure lorsqu'il dépose devant un juge (§ 153 StGB) –, pour contraindre quelqu'un, qui s'y était d'abord refusé, à témoigner en le menaçant de détention administrative selon le § 70 al. 2 StPO ou encore pour entendre un témoin sous serment conformément au § 62 StPO.³⁹¹⁷

(2) Le rôle juridictionnel de garant des libertés et droits fondamentaux du juge de l'enquête

740. La deuxième mission du juge de l'avant procès est, elle, véritablement juridictionnelle et consiste à protéger les droits fondamentaux des personnes impliquées dans la procédure.³⁹¹⁸ Il s'agit ici de compétences « exclusives » (dans le sens où la loi les réserve – sauf cas d'urgence – à ce dernier) d'ordonnance ou de confirmation d'actes coercitifs.³⁹¹⁹ Ainsi la loi fondamentale prévoit-elle, pour l'ordonnance de certaines mesures attentatoires des libertés fondamentales, l'intervention obligatoire du juge de l'enquête (Art. 13 al. 2 GG en relation avec le § 105 StPO ; Art. 13 al. 3 GG en relation avec les §§ 100c et 100e al. 1 StPO ; Art. 104 al. 2 GG en relation avec les §§ 114 al. 1, 115 al. 1, 126a al. 1 StPO). De telles prérogatives exclusives (telles les §§ 81 al. 1, 81f al. 1, 1^e phrase, 81g al. 3, 111a, 132a al. 1 StPO) ou primaires découlent également du droit procédural pénal (p. ex. §§ 81a al. 2, 81c al. 5, 98 al. 1, 98b al. 1, 100 al. 1, 100b en relation avec 100e al. 1, 100f al. 4 en relation avec 100e al. 1, 110b al. 2, 111 al. 2, 111b al. 2 en relation avec 105 al. 1, 131 al. 1, 131c al. 1, 132 al. 2, 163d al. 2, 163e al. 4 StPO) ainsi que des règles spéciales (telles § 73 SBG X).³⁹²⁰ L'ensemble de

³⁹¹⁶ DIEMER, Herbert, « § 252 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 26 ; d'avis contraire not. KOHLHAAS, Max, « V. 1. Zugriff z. Schlussgehör », *NJW*, 1965, *art. cit.*, p. 1255 ; NÜSE, Karl-Heinz, « Zu den Beweisverboten im Strafprozeß », *JR*, 8-1966, *art. cit.*, p. 283.

³⁹¹⁷ MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 3 ; RIEß, Peter, « Prüfungskompetenz des ER », *NStZ*, 1991, *art. cit.*, p. 517.

³⁹¹⁸ SATZGER, Helmut, « Rolle des Richters im EV in Dt. u. Frankreich », dans H. JUNG (éd.), *200 Jahre CIC*, *art. cit.*, p. 96 ; GLEß, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et al. (éd.), *Opinio doctorum*, *art. cit.*, p. 210 ; ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, *op. cit.*, § 8, n° 2 ; RIEß, Peter, « Prüfungskompetenz des ER », *NStZ*, 1991, *art. cit.*, p. 513.

³⁹¹⁹ RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, « Normative Grundlagen der RVe », *GA*, 2002, *art. cit.*, p. 638-639.

³⁹²⁰ RIEß, Peter, « Prüfungskompetenz des ER », *NStZ*, 1991, *art. cit.*, p. 513-514 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, « Normative Grundlagen der RVe », *GA*, 2002, *art. cit.*, p. 639 et s. ; NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, *art. cit.*, p. 280.

ces mesures constitue, d'un point de vue fonctionnel, une activité juridictionnelle à proprement parler, l'objectif du contrôle préalable du juge étant justement la prise d'une décision en toute indépendance.³⁹²¹ Il ne peut être dérogé à l'intervention du juge pour ordonner ou confirmer ces mesures coercitives qu'exceptionnellement (du moins en théorie, la jurisprudence de la Cour fédérale de justice multipliant les rappels à un recours restrictif à cette clause),³⁹²² lorsque les conditions d'une compétence d'urgence des autorités de poursuite sont réunies en raison d'un « danger imminent » („Gefahr im Verzug“).³⁹²³ Les exigences posées par la Cour fédérale constitutionnelle en la matière rendent nécessaire l'organisation d'un service de permanence des juges de l'enquête afin qu'ils soient joignables à tout moment (à l'exception des heures de nuit).³⁹²⁴

d. Les limites de la compétence de contrôle du juge de l'enquête posées par la loi

741. En dehors du fait que ce mécanisme de protection ne revêt par définition qu'un caractère parcellaire, puisqu'il n'est pas automatique pour l'ensemble des mesures coercitives, mais doit bien plus avoir été explicitement prévu par la loi, le juge est clairement limité par les conditions légales de son intervention.³⁹²⁵ Il est à ce titre d'abord lié par, et à la requête du ministère public et donc strictement encadré dans sa décision : il ne peut en principe pas adopter de mesure allant au-delà de la demande initiale.³⁹²⁶ Le ministère public dirigeant et organisant l'enquête, il n'est pas permis au juge de l'enquête de prendre une autre mesure d'enquête au lieu de l'acte requis par le parquet qu'il estime irrecevable, sauf si les conditions

³⁹²¹ GEPPERT, Klaus, « Kontroll- u. Förderungspflicht des ER », *DRiZ*, 1992, *art. cit.*, p. 409.

³⁹²² V. à ce sujet not. la déc. de principe du BVerfG, 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00 (*BVerfGE* 103, 142), reproduite dans *NJW* 2001, p. 1121-1125 qui appelait les autorités de poursuite à ne pas abuser du recours à l'exception en cas d'urgence. Relevant ce recours abusif des autorités de poursuite à la clause d'urgence, v. not. NELLES, Ursula, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung*, *op. cit.*, p. 35 et s. ; plus récemment e. a. égal. RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, « Normative Grundlagen der RVE », *GA*, 2002, *art. cit.*, p. 639 ; HÜLS, Silke, « Der Richtervorbehalt », *ZIS*, 4-2009, *art. cit.*, p. 160-161 ; KINTZI, Heinrich, « Tätigkeit des ER im EV u. RV », *DRiZ*, 2004, *art. cit.*, p. 84.

³⁹²³ V. à ce propos e. a. RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, « Normative Grundlagen der RVE », *GA*, 2002, *art. cit.*, p. 639 ; GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 679-681.

³⁹²⁴ BVerfG *NJW* 2001, p. 1123 (v. réf. exactes en n. 3922) ; BVerfG, déc. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00, reproduite dans *NJW*, 2002, p. 3161- 3162 ; v. égal. KINTZI, Heinrich, « Tätigkeit des ER im EV u. RV », *DRiZ*, 2004, *art. cit.*, p. 85.

³⁹²⁵ V. en ce sens not. NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, *art. cit.*, p. 281 et s. ; KINTZI, Heinrich, « Tätigkeit des ER im EV u. RV », *DRiZ*, 2004, *art. cit.*, p. 84.

³⁹²⁶ GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 5-6 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 14 ; NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, *art. cit.*, p. 281-282 ; RIEß, Peter, « Prüfungskompetenz des ER », *NStZ*, 1991, *art. cit.*, p. 514.

des §§ 165, 166 StPO sont satisfaites.³⁹²⁷ Selon l'opinion majoritaire, le juge de l'avant-procès pourra néanmoins aller au-delà de la demande originelle ou en s'en écarter s'il est possible, dans le cas d'espèce, d'admettre que cela correspond vraisemblablement à la volonté du procureur.³⁹²⁸ En ce sens, il pourra directement interroger la personne dont il s'agit de manière évidente sans revenir au préalable au procureur, dès lors qu'il est clair que la requête de ce dernier reposait sur une erreur d'identification manifeste.³⁹²⁹ S'il subsiste des doutes, il faudra en revanche toujours s'assurer de l'avis du ministère public, mais les mesures prises au-delà de la requête originelle seront, selon l'opinion dominante, tout de même valides au niveau procédural.³⁹³⁰

742. En l'absence de fondement légitime pour l'ordonnance d'un acte coercitif requis par le ministère public, il n'est pas seulement interdit au juge de l'enquête de procéder à ses propres investigations pour en éclaircir les conditions d'application, mais il ne pourra pas non plus s'adresser à d'autres administrations pour se renseigner ou ordonner des mesures d'enquête particulières.³⁹³¹ Il devra bien plus demander au ministère public un complément d'enquête ou rejeter la requête si les informations nécessaires manquent toujours.³⁹³²

743. Concernant les actes d'enquête juridictionnels intervenant à côté des mesures similaires des autorités de poursuite, dont notamment les auditions, le juge de l'enquête peut procéder à ses propres investigations dans la mesure où celles-ci visent à rendre possible l'exécution de la mesure requise, telle par exemple la recherche du domicile de la personne à interroger.³⁹³³ S'il est fait la demande de mise en œuvre d'une mesure d'enquête auprès du juge, celle-ci comprendra aussi l'autorisation et l'obligation du juge de l'enquête – sans qu'il soit nécessaire que le procureur le mentionne explicitement – de recourir si besoin en est aux

³⁹²⁷ GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 6 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 29 ; RIEß, Peter, « Prüfungskompetenz des ER », *NStZ*, 1991, *art. cit.*, p. 514.

³⁹²⁸ En ce sens not. GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 6 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 14 ; RIEß, Peter, « Prüfungskompetenz des ER », *NStZ*, 1991, *art. cit.*, p. 514 ; d'avis contraire e. a. GEPPERT, Klaus, « Kontroll- u. Förderungspflicht des ER », *DRiZ*, 1992, *art. cit.*, p. 407.

³⁹²⁹ V. not. GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 6 ; NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, *art. cit.*, p. 282.

³⁹³⁰ GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 5-6 ; NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, *art. cit.*, p. 282.

³⁹³¹ GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 6 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 5 ; RIEß, Peter, « Grenzen von Ermittlungen des ER im Vorverf. », *NStZ*, 1983, *art. cit.*, p. 521.

³⁹³² V. réf. en n. 3931.

³⁹³³ ERB, Volker, « § 162 StPO », dans *LR²⁶, op. cit.*, n° 20.

mesures de contraintes indiquées.³⁹³⁴ En revanche, dans l'hypothèse où le ministère public formule une restriction dans sa requête, en demandant au juge de s'abstenir de faire usage de certains actes coercitifs ou de ne pas auditionner quelqu'un sous serment, ces précisions lient le juge.³⁹³⁵ Cela ne s'applique pas dans le cas inverse : si le parquetier fait la demande auprès du juge d'une audition sous serment, ce magistrat ne sera pas tenu d'y donner une suite favorable.³⁹³⁶ Il devra bien plus d'abord s'assurer que les conditions du § 62 StPO en relation avec le § 59 al. 1 StPO sont réunies, c'est-à-dire veiller à ce qu'aucune interdiction spécifique n'empêche l'assermentation.³⁹³⁷ Et, quand bien même toutes les exigences seraient remplies, l'assermentation en vertu du § 59 al. 1, 1^e phrase StPO reste à la discrétion du magistrat du siège.³⁹³⁸ À noter cependant que le juge de l'enquête ne saurait se soustraire à l'exécution d'une audition en requérant dans la convocation correspondante une déclaration écrite du témoin ou du prévenu ou en informant ce dernier du fait que, ne pas se rendre à l'audition, sera assimilé comme un recours de sa part à son droit au silence.³⁹³⁹

744. Par ailleurs, s'il convient d'entendre quelqu'un sur demande du ministère public en tant que témoin alors que le contenu du dossier impliquerait de lui reconnaître la qualité de prévenu, il n'est pas permis au juge de l'enquête de l'interroger ni comme témoin, ni comme prévenu ; la requête du ministère public devra bien plus être rejetée comme irrecevable.³⁹⁴⁰ Dans le cas où, au cours de l'interrogatoire, il s'avère après coup que la personne interrogée comme témoin fait manifestement l'objet de soupçons justifiant de lui accorder le statut de prévenu, l'audition devra être interrompue, sauf si la requête du ministère public laisse supposer que cette personne serait pareillement interrogée en tant que prévenu.³⁹⁴¹ Dans cette dernière hypothèse, le juge devra tout de même s'assurer de ce dernier point auprès du

³⁹³⁴ *Ibid.*

³⁹³⁵ *Ibid.*

³⁹³⁶ GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 18 ; ERB, Volker, « § 162 StPO », dans *LR²⁶, art. cit.*, n° 33 ; KITTEL, Ulrich, « Zur Bedeutung des Begriffs „Richterliche Untersuchungshandlung" im Sinne des § 162 StPO », *JR*, n° 4, 1966, p. 126.

³⁹³⁷ V. réf. en n. 3936.

³⁹³⁸ *Ibid.*

³⁹³⁹ KÖBEL, Ralf, « § 162 StPO », dans *MüKo, op. cit.*, n° 20 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 16 ; ERB, Volker, « § 162 StPO », dans *LR²⁶, art. cit.*, n° 33.

³⁹⁴⁰ KÖBEL, Ralf, « § 162 StPO », dans *MüKo, art. cit.*, n° 21 ; NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, *art. cit.*, p. 283 ; GEPPERT, Klaus, « Kontroll- u. Förderungspflicht des ER », *DRiZ*, 1992, *art. cit.*, p. 406-407 ; RIEB, Peter, « Prüfungskompetenz des ER », *NStZ*, 1991, *art. cit.*, p. 515 ; PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter, op. cit.*, p. 269-271 ; ERB, Volker, « § 162 StPO », dans *LR²⁶, art. cit.*, n° 34.

³⁹⁴¹ V. l'ens. des réf. en n. 3940.

parquetier, ce dernier disposant d'une marge d'appréciation pour attribuer le statut prévenu.³⁹⁴² Le magistrat du siège ne pourra donc pas se fonder sur une « fiction » de la volonté du ministère public, toute « vraisemblable » soit-elle.³⁹⁴³ Inversement, il ne sera pas autorisé à interroger une personne qualifiée de prévenu par le ministère public en tant que simple témoin malgré son désaccord avec le statut accordé.³⁹⁴⁴

745. Par ailleurs, le juge de l'enquête n'est en principe habilité à décider ni de la pertinence, ni de la nécessité de la mesure d'instruction requise (§ 162 al. 2 StPO). Sa compétence de contrôle ne s'étend qu'à la légalité, c'est-à-dire à l'admissibilité, de l'acte en cause.³⁹⁴⁵ L'appréciation de l'utilité de la mesure ou de l'intérêt de faire appel au juge de l'avant-procès relève de son côté de la seule compétence du ministère public.³⁹⁴⁶ Ainsi, dès qu'il constate que les exigences légales sont satisfaites, le juge de l'enquête est-il tenu de donner une suite favorable à la requête du procureur même s'il ne la trouve pas opportune.³⁹⁴⁷ Si le caractère incomplet du dossier ne lui permet pas de vérifier l'existence de ces conditions, il n'est pas autorisé à mener ses propres investigations et devra bien plus refuser la demande du procureur.³⁹⁴⁸ Dans l'hypothèse où les conditions de l'intervention du juge sont remplies, il doit ensuite être distingué entre la vérification de la recevabilité de la requête (« *formelles Prüfungsrecht* », soit les exigences de forme) et le contrôle de la légitimité (« *materielles Prüfungsrecht* », soit les conditions de fond) de la mesure d'enquête requise.³⁹⁴⁹

³⁹⁴² *Ibid.*

³⁹⁴³ *Ibid.*

³⁹⁴⁴ *Ibid.*

³⁹⁴⁵ En ce sens not. OLG Zweibrücken, déc. du 03.04.1980, 1 AR 4/80 (1), reproduite dans *NJW*, 1981, p. 534-535. V. égal. GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 17 ; GLEB, Sabine et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans V. MALABAT et. al. (éd.), *Opinio doctorum, art. cit.*, p. 211 ; ASBROCK, Bernd, « Zum Mythos des RV », *KritV*, 1997, *art. cit.*, p. 259.

³⁹⁴⁶ V. à ce propos p. ex. BVerfG, déc. du 27.04.1971 - 2 BvL 31/71 (*BVerfGE* 31, 43, 46), reproduite dans *NJW*, 1971, p. 1308-1309 ; BVerfG, déc. du 06.04.1976 - 2 BvL 1275/2, BvL 12/75, reproduite dans *DRiZ*, 1976, p. 216. V. e. a. GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 17 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 15.

³⁹⁴⁷ Se rapporter e. a. à KÖBEL, Ralf, « § 162 StPO », dans *MüKo, art. cit.*, n° 19 ; ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, chap. 1, § 9, n° 26 ; NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, *art. cit.*, p. 284-286. D'avis contraire v. p. ex. BRÜNING, Janique et WENSKE, Marc, « Der ER - Hilfsorgan der StA? », *ZIS*, 7-2008, *art. cit.*, p. 342 et s.

³⁹⁴⁸ *Ibid.*

³⁹⁴⁹ BRÜNING, Janique et WENSKE, Marc, « Der ER - Hilfsorgan der StA? », *ZIS*, 7-2008, *art. cit.*, p. 341 ; WOHLERS, Wolfgang, « § 162 StPO », dans *SK, art. cit.*, n° 25.

746. Les éléments permettant d'apprécier l'admissibilité de la requête doivent ressortir soit de la demande elle-même ou de ses motifs.³⁹⁵⁰ L'irrecevabilité est par exemple retenue si le prévenu ne dépend pas de la compétence des juridictions allemandes (v. ici notamment les §§ 18-20 GVG), si son immunité n'est pas levée, si l'affaire a déjà été renvoyée devant le tribunal ou que le procès principal a été ouvert, s'il s'agit simplement d'une contravention (§ 35 al. 1 OWiG), d'une atteinte manifeste au principe de proportionnalité ou encore si le juge de l'enquête n'est pas compétent territorialement ou matériellement.³⁹⁵¹

747. Lors de l'examen de fond, c'est-à-dire de la légitimité de la mesure d'instruction juridictionnelle demandée, le juge doit déterminer si les exigences légales pour l'exécution de l'acte concret concerné sont bien réunies (§ 162 al. 2 StGB). Les conditions se rapportant au déroulement de l'enquête ne pourront en principe pas être vérifiées par le juge dès lors qu'elles ne font pas partie des exigences spécifiques requises pour l'ordonnance de la mesure en question.³⁹⁵² En conséquence, il sera régulièrement impossible pour le juge de l'avant-procès d'apprécier s'il existe un soupçon initial nécessaire à l'ouverture et la poursuite de la procédure d'enquête envers le prévenu.³⁹⁵³ Cela n'est différent que si la norme d'habilitation pour l'acte concerné requiert explicitement un degré de suspicion particulier, auquel cas le juge ne donnera une suite favorable à la requête correspondante, qu'après s'être assuré lui-même que cette exigence était établie.³⁹⁵⁴ Dans le cas contraire, c'est-à-dire si le juge estime que le prévenu n'est pas passible de sanction ou ne fait pas l'objet d'une suspicion assez forte en ce sens, la demande d'ordonnance d'une mesure d'enquête juridictionnelle doit être rejetée.³⁹⁵⁵

³⁹⁵⁰ GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n°15 ; RIEB, Peter, « Hauptinhalt des 1. StVRG », *NJW*, 1975, *art. cit.*, p. 84 et spéc. n. 59.

³⁹⁵¹ V. e. a. GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 15 ; ERB, Volker, « § 162 StPO », dans *LR*²⁶, *art. cit.*, n° 37-40 ; NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, *art. cit.*, p. 284-285.

³⁹⁵² GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK, art. cit.*, n° 16 ; BRÜNING, Janique et WENSKE, Marc, « Der ER - Hilfsorgan der StA? », *ZIS*, 7-2008, *art. cit.*, p. 341-342 ; NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, *art. cit.*, p. 285-287 ; RIEB, Peter, « Prüfungskompetenz des ER », *NStZ*, 1991, *art. cit.*, p. 514-515.

³⁹⁵³ S'agissant des actes juridictionnels requis indépendamment de la gravité des soupçons retenus envers le prévenu – telles not. les auditions ou les descentes sur les lieux –, le magistrat du siège devra donc faire droit à la requête du ministère public même s'il ne considère pas le prévenu comme passible de sanction ou suffisamment suspect, v. réf. en n. 3952.

³⁹⁵⁴ *Ibid.*

³⁹⁵⁵ *Ibid.*

748. Le juge de l'enquête doit également vérifier régulièrement que le principe de proportionnalité de la mesure coercitive a bien été pris en compte.³⁹⁵⁶ À cet égard, il convient néanmoins de distinguer de nouveau entre les actes d'ordonnance d'une mesure coercitive, relevant en principe de la compétence exclusive du juge, et les actes juridictionnels d'instruction pouvant également être adoptés par les seules autorités de poursuite, telles les auditions et les descentes sur les lieux en relation avec l'infraction.³⁹⁵⁷

749. Concernant la première catégorie, le principe de proportionnalité doit, en tant que condition constitutive pour l'ordonnance et l'exécution d'une mesure attentatoire aux libertés fondamentales, toujours être minutieusement respecté, même s'il s'agit ici d'une exigence en partie non écrite.³⁹⁵⁸ De ce fait, le juge de l'enquête devra examiner en toute indépendance si l'atteinte aux droits fondamentaux est un moyen adéquat, nécessaire et raisonnable au vu de l'objectif procédural recherché.³⁹⁵⁹ À ce propos, il n'est pas lié à l'avis exprimé par le procureur³⁹⁶⁰ et il n'est pas non plus limité dans son contrôle aux seules constellations manifestement disproportionnées.³⁹⁶¹ La requête du ministère public pourra donc être rejetée en raison de son caractère inapproprié dès lors que la mesure coercitive tend à constater un élément que le juge estime insignifiant pour le procès.³⁹⁶² Si le magistrat du siège voit une autre possibilité, moins préjudiciable pour le destinataire de parvenir à l'information souhaitée, il peut, à condition de ne pas dépasser les limites de sa compétence en empiétant sur celle du procureur, ordonner l'acte moins attentatoire aux libertés.³⁹⁶³ Si la mesure est

³⁹⁵⁶ GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK*, art. cit., n° 17 ; NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, art. cit., p. 285 ; RIEß, Peter, « Prüfungskompetenz des ER », *NStZ*, 1991, art. cit., p. 515.

³⁹⁵⁷ NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, art. cit., p. 285 ; RIEß, Peter, « Prüfungskompetenz des ER », *NStZ*, 1991, art. cit., p. 515.

³⁹⁵⁸ V. réf. en n. 3957.

³⁹⁵⁹ *Ibid.*

³⁹⁶⁰ V. pour la reconnaissance de cette compétence du juge de l'enquête en matière de détention provisoire not. BGH, déc. du 29.03.1989 - I BGs 101/89 - 1 BJs 33/89, reproduite dans *NStZ*, 1989, p. 333-334. V. dans la doctr. égal. GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK*, art. cit., n° 19 ; WOHLERS, Wolfgang, « § 162 StPO », dans *SK*, art. cit., n° 29.

³⁹⁶¹ Se rapporter e. a. à NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, art. cit., p. 287-288 ; NELLES, Ursula, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung*, op. cit., p. 55-56 ; RIEß, Peter, « Prüfungskompetenz des ER », *NStZ*, 1991, art. cit., p. 515. Pour une réduction du contrôle de la proportionnalité aux actes manifestement disproportionnés : LG Saarbrücken, déc. du 13.09.1988 - 8 Qs 182/88, reproduite dans *NStZ*, 1989, p. 132. V. égal. la note jurispr. s'y rapportant : WEYAND, Raimund, « Prüfungskompetenz des Ermittlungsrichters, Anm. z. Beschl. des LG Saarbrücken vom 13.09.1988 - 8 Qs 182/88 », *NStZ*, n° 3, 1989, p. 132-133.

³⁹⁶² V. réf. doctr. en n. 3961.

³⁹⁶³ *Ibid.*

nécessaire et appropriée pour parvenir aux résultats recherchés, mais non proportionnelle en raison des préjudices qu'elle entraînerait pour le destinataire, elle doit pareillement être refusée.³⁹⁶⁴

750. Le principe constitutionnel de proportionnalité et les compétences de contrôle juridictionnel qui en découlent s'étendent pareillement à la mise en œuvre des mesures juridictionnelles d'enquête de la deuxième catégorie.³⁹⁶⁵ Ainsi est-il disproportionné de convoquer et d'auditionner un prévenu alors que celui-ci avait explicitement déjà indiqué qu'il ne ferait aucune déclaration concernant le délit en cause.³⁹⁶⁶ Cela vaut aussi pour l'audition de témoins dans la mesure où ceux-ci auraient déjà exprimé préalablement qu'ils feront usage de leur droit de refuser de témoigner.³⁹⁶⁷ En revanche, le seul fait que le témoin dispose d'un tel droit et puisse, hypothétiquement y recourir lors de l'audition, ne suffit pas à lui seul pour retenir le caractère disproportionné de l'acte concerné.³⁹⁶⁸ S'il apparaît vraisemblable qu'un témoignage n'aura que peu d'importance pour élucider les faits et qu'une telle mesure impliquerait pour le témoin un effort considérable en raison, par exemple, du déplacement jusqu'aux lieux de la mesure très éloignés pour ce dernier, le juge peut également retenir le caractère disproportionné de l'acte envisagé.³⁹⁶⁹ Selon une opinion, entre-temps largement répandue, le juge de l'enquête ne peut pas non plus refuser une demande du ministère public en avançant que ce dernier pourrait lui-même procéder à la mesure en question.³⁹⁷⁰ Il s'agit en l'espèce de prévenir un litige interne à l'administration judiciaire sur la pertinence de

³⁹⁶⁴ *Ibid.*

³⁹⁶⁵ RIEß, Peter, « Prüfungskompetenz des ER », *NStZ*, 1991, *art. cit.*, p. 515 ; NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, *art. cit.*, p. 285.

³⁹⁶⁶ V. p. ex. OLG Düsseldorf, déc. du 05.06.1989 - OGS 12/89, reproduite dans *NStZ*, 1990, p. 144-145. Se rapporter égal. à MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 14 ; GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 18 ; NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des ER an Anträge der StA », dans *FS-Meyer-Goßner*, 2001, *art. cit.*, p. 286-287.

³⁹⁶⁷ V. réf. en n. 3966.

³⁹⁶⁸ *Ibid.*

³⁹⁶⁹ *Ibid.*

³⁹⁷⁰ En ce sens not. LG Wuppertal, déc. du 04.11.1975 - 26 Qs 148/75, reproduite dans *NJW*, 1977, p. 116-117 ou LG Verden, déc. du 22.03.1976 - 1 Qs 86/76, reproduite dans *NJW*, 1976, p. 1280 ; d'avis contraire not. LG Köln, déc. du 14.09.1988 - 115 Qs 1/88, reproduite dans *NStZ*, 1989, p. 41-42. V. sur ce point égal. GEPPERT, Klaus, « Kontroll- u. Förderungspflicht des ER », *DRiZ*, 1992, *art. cit.*, p. 407 ; GRIESBAUM, Rainer, « § 162 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 17 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 162 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 15.

certaines mesures d’instruction.³⁹⁷¹ Contrairement à un avis doctrinal minoritaire,³⁹⁷² le juge de l’avant-procès n’est pas autorisé à rejeter la requête du ministère public en cas d’usage manifestement abusif ou arbitraire de ce dernier.³⁹⁷³ En effet, une telle constellation apparaît difficilement vérifiable puisque le procureur n’est pas tenu de donner les raisons pour lesquelles il souhaite recourir au juge de l’enquête.³⁹⁷⁴ Par ailleurs, concernant les auditions de témoins par le juge, le fait que seules celles-ci peuvent rendre possible une sanction pénale selon le § 153 StGB empêche de prétendre à un recours arbitraire.³⁹⁷⁵

B – La compétence du juge de l’avant-procès compte-tenu de l’effectivité de la protection des droits et libertés fondamentaux : un mécanisme décevant dans la pratique

751. Avant de pouvoir constater si la compétence du juge de l’avant-procès dans le système procédural allemand a su remplir les attentes qui y étaient attachées, il convient de rappeler rapidement la finalité que le législateur poursuivait ici. Comme évoqué en première partie de cette thèse,³⁹⁷⁶ le sens et l’objectif exacts de ce mécanisme sont sujets à de vives controverses.³⁹⁷⁷ Seule une approche combinée de ces différentes positions semble pouvoir intégrer tous les aspects décisifs de ce dispositif.³⁹⁷⁸ En ce sens, on retiendra que l’objectif est le contrôle préventif d’une mesure procédurale pénale à travers une instance neutre et parallèlement tenue de garantir une limitation raisonnable des préjudices résultant de l’acte requis.³⁹⁷⁹ L’intervention préventive du juge dans ce contexte n’a ainsi pas seulement la

³⁹⁷¹ GEPPERT, Klaus, « Kontroll- u. Förderungspflicht des ER », *DRiZ*, 1992, *art. cit.*, p. 407.

³⁹⁷² En ce sens p. ex. SCHELLENBERG, Frank, « Zur Zulässigkeit staatsanwaltschaftlicher Vernehmungersuchen im Ermittlungsverfahren », *NStZ*, n° 2, 1991, p. 72-73 ; FUHRMANN, Hans, « Befugnisse des Amtsrichters bei der Prüfung eines Antrages der StA auf Vernehmung des Beschuldigten », *JR*, 1965, *art. cit.*, p. 253, 254.

³⁹⁷³ RIEß, Peter, « Prüfungskompetenz des ER », *NStZ*, 1991, *art. cit.*, p. 517.

³⁹⁷⁴ *Ibid.*

³⁹⁷⁵ WOHLERS, Wolfgang, « § 162 StPO », dans *SK*, *art. cit.*, n° 33 ; dans un sens similaire RIEß, Peter, « Prüfungskompetenz des ER », *NStZ*, 1991, *art. cit.*, p. 516-517, qui évoque les nombreuses raisons légales que le procureur peut avoir pour sa requête.

³⁹⁷⁶ Se rapporter aux dév. sous les n° 237 et s., p. 240 et s.

³⁹⁷⁷ À ce propos e. a. égal. NELLES, Ursula, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung*, *op. cit.*, p. 45 et s. ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 111 et s. ; PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 128 et s. ; SCHNARR, Karl Heinz, « Z. Verknüpfung v. RV, staatsanwaltlicher Eilanordnung u. richterlicher Bestätigung », *NStZ*, 5-1991, *art. cit.*, p. 210.

³⁹⁷⁸ Dans ce sens égal. e. a. TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 70 ; WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, *op. cit.*, p. 174-175 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 122 ; GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 674.

³⁹⁷⁹ TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 70.

fonction d'un contrôle objectif de l'exécutif dans le sens d'une vérification de la légalité de ses actions, elle préserve bien plus efficacement les intérêts d'une personne concernée par une procédure pénale, dans la mesure où elle protège celle-ci de la prise d'une mesure illégale, inattendue, selon les circonstances doublement préjudiciable et gravement attentatoire aux libertés individuelles.³⁹⁸⁰ Il convient par ailleurs de rappeler, comme nous l'avons détaillé plus haut, que les ordonnances du juge de l'enquête peuvent – à la différence des décisions du procureur, qui ne sont pas toujours vérifiables par le juge, et pour lesquelles les voies de recours sont très disparates – être en principe toutes contestées par le biais d'une plainte sur le fondement du § 304 StPO, dès lors que la personne concernée pourra se prévaloir d'un grief.³⁹⁸¹ Cet acteur offre en ce sens de meilleures garanties.

752. Le législateur allemand a donc de hautes attentes envers le mécanisme du juge de l'avant-procès. Mais, qu'il s'agisse du « *droit de regard* » du juge au stade des poursuites (1) ou du contrôle des libertés individuelles à l'occasion des actes d'investigation par le juge de l'enquête (2), force est de constater que les aspirations du légiférant sont loin d'être satisfaites dans la pratique.

1) L'érosion du juge au stade des poursuites

753. Nous avons déjà antérieurement décrit une des limites majeures du « *droit de regard* » reconnue au juge aux stades des poursuites, qui résidait dans l'empiètement du procureur sur les prérogatives par excellence de son collègue du siège en matière d'appréciation et de sanction, reléguant finalement ce dernier à un rôle superficiel et secondaire de contrôleur de la légalité de la décision d'un procureur quasi-souverain.³⁹⁸² Mais, en dehors de cet affaiblissement, ce dispositif a avant tout été étroitement cantonné et presque vidé de sa substance d'une part par la jurisprudence et d'autre part par le législateur lui-même.³⁹⁸³ En effet, la Cour fédérale de justice décidait dans un arrêt rendu le 29 janvier 1992 que le tribunal, qui donnait son accord au classement d'une affaire en vertu des §§ 153 et s. StPO, ne rendait

³⁹⁸⁰ WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, op. cit., p. 174 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 421.

³⁹⁸¹ Se rapporter not. aux n° 658 et 659, p. 585 et s.

³⁹⁸² On renverra ici aux analyses détaillées précédentes, effectuées à l'occasion de la présentation des mesures en question aux n° 421, p. 387 et s., n° 429 et s., p. 393 et s. et n° 441 et s., p. 409.

³⁹⁸³ V. not. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 254 et s.

aucune décision juridictionnelle mais procédait à un simple contrôle neutre de la décision adoptée par le ministère public.³⁹⁸⁴ Selon la haute juridiction, cette vérification par le juge trouvait son fondement dans l'exception apportée au principe de légalité des poursuites et dans l'impossibilité pour la victime de faire obstacle à la décision de classement.³⁹⁸⁵ Mais, faute de caractère juridictionnel, l'acte d'acceptation de la juridiction de jugement est insusceptible de recours.³⁹⁸⁶ La doctrine majoritaire estime en outre que l'absence d'accord du tribunal n'invalide pas la décision de classement, dès lors que les autres exigences légales sont réunies.³⁹⁸⁷ Inversement, l'assentiment du juge n'empêche pas le ministère public de poursuivre s'il l'estime opportun.³⁹⁸⁸ Il est difficile de manifester plus clairement l'aspect purement formel de l'intervention judiciaire.³⁹⁸⁹ Comme évoqué précédemment, il est par ailleurs rare dans la pratique que le juge refuse de donner son accord.³⁹⁹⁰

754. À cela s'ajoute la tendance législative délibérée préoccupante déjà esquissée antérieurement à l'éviction pure et simple du juge.³⁹⁹¹ Ainsi les lois du 2 mars 1974³⁹⁹² et du 11 janvier 1993³⁹⁹³ supprimaient-elles tout bonnement la condition de l'accord préalable du tribunal dans les cas de classements les plus courants.³⁹⁹⁴

³⁹⁸⁴ V. BGH, déc. du 29.10.1992 - 4 StR 353/92 (*BGHSt*, 38, 381), reproduite dans *NJW*, 1993, p. 605-608, ici spé. p. 606, sous II. 1. A.

³⁹⁸⁵ *Ibid.*

³⁹⁸⁶ *Ibid.*

³⁹⁸⁷ V. e. a. MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 153 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 10 ; GERCKE, Björn, « § 153 StPO », dans *HK*, *op. cit.*, p. 920, n° 11.

³⁹⁸⁸ V. l'ens. des réf. préc. en n. 3987.

³⁹⁸⁹ En ce sens not. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 256.

³⁹⁹⁰ Concernant les classements sans suite, v. not. BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, *op. cit.*, p. 113 et 245 ; WEIGEND, Thomas, *Anklagepflicht und Ermessen*, *op. cit.*, p. 54 et spéc. n. 202 ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 30. Il n'existe toujours pas de chiffres exacts sur cette question mais les praticiens consultés dans le cadre de cette thèse du côté allemand ont affirmé avoir fait des constatations similaires dans leur quotidien. Se rapporter pour plus de précisions au n° 431, p. 398 et s. Est établi un constat similaire à propos de l'ordonnance pénale, v. BLANKENBURG, Erhard et al., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, *op. cit.*, p. 316 ; KUNZ, Karl-Ludwig, « Die Verdrängung des Richters durch den StA », *KJ*, 1-1984, *art. cit.*, p. 40, qui parle ici d'une avalisation par le juge, presque sans exception, des demandes du procureur en ce sens et se réfère lui-même à SESSAR, Klaus, « Bürokratischer Faktor im Prozeß der Verbrechenkontrolle: der StA », *MschKrim*, 3-1979, *art. cit.*, p. 131 ; dans ce sens, v. aussi ce dernier auteur dans « StA im Prozeß sozialer Kontrolle », *Mit. MPG*, 2-1974, *art. cit.*, p. 94-95. Se rapporter pour plus de précisions à ce propos égal. au n° 425, p. 389 et s.

³⁹⁹¹ Se rapporter not. aux n° 396 et s., n° 362 et s.

³⁹⁹² V. *BGBI.* 1974, partie I, p. 508.

³⁹⁹³ V. *BGBI.* 1993, partie I, p. 51.

³⁹⁹⁴ V. e.a. JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 226-227 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 256.

755. Quant aux perspectives de l'efficacité de l'intervention du juge pour les actes d'investigation attentatoires aux libertés individuelles lors de l'enquête, elles sont tout aussi alarmantes.³⁹⁹⁵

2) L'inefficacité du juge au stade de l'enquête

756. Les prémices de l'affaiblissement du juge résultent d'abord du choix délibéré du législateur (a). En outre, il est clair que certaines lacunes relèvent de la sphère du juge de l'enquête lui-même (b). Mais les agissements des autorités de poursuite creusent encore les déficits de ce mécanisme, le plus grand problème venant peut-être du recours très large en pratique à la compétence concurrente de ces dernières en cas d'urgence (c).

a. Une perte d'importance du juge de l'avant-procès du fait du législateur

757. C'est d'abord le législateur allemand lui-même qui a posé les jalons de l'érosion du juge de l'avant-procès en supprimant le juge d'instruction lors de la réforme de la procédure de 1974 et en restreignant l'intervention du magistrat du siège tout au plus à un contrôle de légalité des actes.³⁹⁹⁶ Parallèlement, cette même réforme transférait au procureur le droit d'adopter certains actes qui jusque-là étaient réservés au juge.³⁹⁹⁷ C'est cette loi par exemple qui permit aux membres du ministère public de contraindre les personnes récalcitrantes à comparaître (§ 161a StPO concernant les témoins et 163a StPO pour le mis en cause) et accorda le droit de prendre connaissance des documents saisis lors d'une perquisition (§ 110 al 1 StPO).³⁹⁹⁸ Ce glissement de compétences s'est intensifié dernièrement en raison de l'accentuation de la lutte contre la criminalité organisée.³⁹⁹⁹ À titre d'exemple, il est intéressant de relever que l'intervention de policiers infiltrés ne nécessite, en principe, que l'accord (écrit) du ministère public (§ 110b al. 1 StPO). Celui d'un magistrat du siège n'est en

³⁹⁹⁵ En ce sens e. a. égal. ASBROCK, Bernd, « RV - prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? », *ZRP*, 1998, *art. cit.*, p. 19 ; BRÜNING, Janique, « Der Richtervorbehalt - ein zahnlöser Tiger? », *ZIS*, n° 1, 2006, p. 31 et s. ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 254 et s.

³⁹⁹⁶ JUNG, Heike, « Rôle du ministère public (proc. pén. all.) », *Rev. sc. crim.*, 1983, *art. cit.*, p. 225-226 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 254.

³⁹⁹⁷ V. l'ens. des réf. en n.préc. 3996.

³⁹⁹⁸ Pour un comm. de cette réf. v. aussi RIEB, Peter, « Hauptinhalt des 1. StVRG », *NJW*, 1975, *art. cit.*, p. 81-86.

³⁹⁹⁹ V. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, *art. cit.*, p. 254.

revanche requis que si l'infiltration implique une caution contre un mis en cause déterminé ou suppose l'entrée des enquêteurs dans un lieu non ouvert au public (§ précité. al. 2).

b. Les lacunes relevant du mécanisme même de la compétence du juge de l'avant-procès

758. Ces tendances à l'éviction du juge n'empêchent pas que les règles prévoyant pourtant sa compétence dans l'avant-procès soient nombreuses ; mais, celles-ci n'en sont que plus éparses, disparates et confuses.⁴⁰⁰⁰ Il est ici difficile d'y voir une systématisation cohérente et les très nombreux renvois à d'autres dispositions ne font que compliquer ce mécanisme jusqu'à le rendre illisible et impraticable pour les juges les plus avertis.⁴⁰⁰¹ À cela s'ajoute le fait que le législateur n'a cessé d'introduire de nouvelles compétences du juge de l'enquête dans la loi, ce qui conduit souvent à ce que ce magistrat décide dans un domaine et sur un sujet dont il n'a que peu de connaissances, en particulier lorsqu'il intervient peu de temps après l'entrée en vigueur d'une de ses nouvelles compétences.⁴⁰⁰² En effet, le législateur place notamment fréquemment les nouvelles méthodes d'investigation, telles celles prévues aux §§ 100f et s. StPO sous une compétence spéciale du juge de l'enquête.⁴⁰⁰³ Or, le contrôle de tels actes nécessite que le magistrat concerné comprenne l'opération technique qu'il ordonne.⁴⁰⁰⁴ Il serait ainsi ici capital de former les juges de l'avant-procès à ces nouvelles techniques d'investigation, ce qui est malheureusement l'exception dans la pratique.⁴⁰⁰⁵ En outre, la compétence du juge n'est souvent introduite dans la loi que lorsque l'application des nouvelles technologies d'investigation par les autorités de poursuite s'est déjà établie dans la

⁴⁰⁰⁰ SCHNARR, Karl Heinz, « Z. Verknüpfung v. RV, staatsanwaltlicher Eilanordnung u. richterlicher Bestätigung », *NStZ*, 5-1991, *art. cit.*, p. 209 ; v. not. NELLES, Ursula, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung*, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁰⁰¹ À ce sujet not. ASBROCK, Bernd, « RV - prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? », *ZRP*, 1998, *art. cit.*, p. 17-18 ; HILGER, Hans, « Über den „RV“ im EV », *JR*, 1990, *art. cit.*, p. 487 ; SATZGER, Helmut, *Chancen u. Risiken einer Reform des strafrechtlichen EV*, *op. cit.*, p. C117 ; SCHNARR, Karl Heinz, « Z. Verknüpfung v. RV, staatsanwaltlicher Eilanordnung u. richterlicher Bestätigung », *NStZ*, 5-1991, *art. cit.*, p. 209.

⁴⁰⁰² V. not. GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.* ; ASBROCK, Bernd, « Zum Mythos des RV », *KritV*, 1997, *art. cit.*, p. 258 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 220-221.

⁴⁰⁰³ V. not. ROXIN, Claus et al., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, chap. 6, § 29, n° 25.

⁴⁰⁰⁴ GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 217.

⁴⁰⁰⁵ V. e. a. GUSY, Christoph, « Zukunft der Richtervorbehalte », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, *op. cit.*, p. 200 ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 224.

pratique.⁴⁰⁰⁶ En conséquence, les policiers, spécialement formés pour recourir à ces nouvelles méthodes et parfaitement initiés, disposeront d'une avance considérable en terme de connaissances sur le juge de l'enquête.⁴⁰⁰⁷ Or, si le juge de l'avant-procès, qui n'a généralement que très peu de temps pour prendre sa décision, demande de l'aide auprès des fonctionnaires mieux formés que lui sur ces nouvelles techniques, cela conduit à une situation paradoxale dans le sens où le juge, appelé à contrôler l'agissement des autorités de poursuite, demande conseil à celui qu'il est en fait censé contrôler.⁴⁰⁰⁸ Dans une telle constellation, la compétence du juge sera dans les faits entièrement vidée de son sens.⁴⁰⁰⁹

759. Parallèlement à l'augmentation des mesures d'enquête requérant l'intervention du juge, le nombre de requêtes correspondantes dont doivent traiter les tribunaux augmente.⁴⁰¹⁰ De même, l'ampleur des dossiers croît continuellement en fonction de l'afflux toujours plus important d'informations qu'il est désormais possible de recueillir grâce aux nouvelles techniques d'enquête.⁴⁰¹¹ Le juge de l'enquête se retrouve donc dès la première requête dans un dossier face à une profusion de données dont il devra apprécier, la pression augmentant ensuite au fil des demandes consécutives.⁴⁰¹² Et, à la différence d'un tribunal devant statuer à la fin du procès principal, il doit normalement être en mesure de juger seul du contenu du dossier sans faire appel à l'aide d'un expert ou des autorités de poursuite.⁴⁰¹³ Dans le cas contraire, il pourrait en effet de nouveau lui être reproché de se faire conseiller par celui-là même qu'il est censé contrôler.⁴⁰¹⁴

760. La méfiance quant à l'efficacité du mécanisme de contrôle par le juge a également gagné le législateur qui dans certains cas prévoit des formalités concrètes auxquelles le juge

⁴⁰⁰⁶ GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 217-218.

⁴⁰⁰⁷ V. e. a. ASBROCK, Bernd, « RV - prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? », *ZRP*, 1998, *art. cit.*, p. 19 ; GEPPERT, Klaus, « Kontroll- u. Förderungspflicht des ER », *DRiZ*, 1992, *art. cit.*, p. 410.

⁴⁰⁰⁸ GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 218.

⁴⁰⁰⁹ *Ibid.*

⁴⁰¹⁰ ASBROCK, Bernd, « RV - prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? », *ZRP*, 1998, *art. cit.*, p. 18 ; HELMKEN, Dierk, « Reform des Richtervorbehalts: Vom Palliativum zum effektiven Grundrechtsschutz - Zur Psychologie der Entscheidungstätigkeit des Ermittlungsrichters - », *StV*, n° 3, 2003, p. 193. V. concernant le phénomène spécifique des écoutes téléphoniques not. GUSY, Christoph, « Überwachung der Telekommunikation unter Richtervorbehalt, effektiver Grundrechtsschutz oder Alibi », *ZRP*, vol. 36, n° 8, 2003, p. 275.

⁴⁰¹¹ GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 206.

⁴⁰¹² *Ibid.*

⁴⁰¹³ *Ibid.*, p. 207 ; GUSY, Christoph, « Anm. z. BVerfG, 20. 2. 2001 — 2 BvR 1444/00. Richtervorbehalt bei „Gefahr im Verzug“ », *JZ*, vol. 56, n° 20, 2001, p. 1035.

⁴⁰¹⁴ V. l'ens. des réf. préc. en n. 4013.

doit se conformer lors de sa vérification.⁴⁰¹⁵ Si ces règles aux exigences formelles précises restent rares dans le StPO (voir par exemple les §§ 81g, 100e et 163d StPO), elles ont toutes comme point commun d'être assez récentes.⁴⁰¹⁶

761. Elles sont en ce sens un indice clair du scepticisme du législateur quant à l'efficacité de ce mécanisme qui tente, en prévoyant de strictes formalités, qu'un véritable contrôle du juge protecteur des libertés fondamentales ait lieu.⁴⁰¹⁷ Le caractère non général de ces conditions formelles pourrait amener à penser que l'ordonnance d'une mesure d'instruction par le juge ne doit généralement pas respecter de forme particulière et qu'il pourrait même suffire qu'elle ait lieu oralement.⁴⁰¹⁸ Toutefois, sans condamner de prime abord la pratique routinière standardisée rappelant les formulaires,⁴⁰¹⁹ beaucoup de décisions, telle par exemple l'ordonnance d'une perquisition, doivent remplir, selon la Cour fédérale constitutionnelle, des exigences minimales en la matière⁴⁰²⁰ qu'il convient de respecter même si l'ordonnance de l'acte concerné a lieu à l'oral.⁴⁰²¹ Il s'agit à cet effet notamment de s'assurer qu'une vérification individualisée de la mesure par le juge a bien eu lieu au vu de tous les éléments décisifs en présence.⁴⁰²² Cependant, celles-ci sont *de facto* rarement réunies.⁴⁰²³

⁴⁰¹⁵ V. not. GUSY, Christoph, « Zukunft der RVE », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV, art. cit.*, p. 199-200.

⁴⁰¹⁶ GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 207 et 209. À noter que les dispositions ont été modifiées depuis ce rapport, les règles contenues aux §§ 100b al. 3 et 100d al. 3 StPO [2008] ont été désormais réunies dans le nouveau § 100e StPO qui vaut pour l'ensemble des mesures des §§ 100a-100c StPO. V. à ce propos not. GRAF, Jürgen-Peter, « § 100e StPO », dans *BeckOK StPO, op. cit.*, n° 1.

⁴⁰¹⁷ GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 209.

⁴⁰¹⁸ *Ibid.*, p. 207.

⁴⁰¹⁹ Ainsi la Cour fédérale constitutionnelle n'émettait-elle aucune objection de principe au fait qu'un juge utilise des reproductions identiques d'une décision juridictionnelle envers plusieurs accusés se trouvant dans une situation similaire, v. BVerfG, déc. du 16.10.1981 - 2 BvR 344/81, reproduite dans *NStZ*, 1982, p. 37-38.

⁴⁰²⁰ „Als Kontrollorgan der Strafverfolgungsbehörden trifft [den Richter] die Pflicht, durch eine geeignete Formulierung des Durchsuchungsbeschlusses im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sicherzustellen, dass der Eingriff in die Grundrechte messbar und kontrollierbar bleibt. Der Durchsuchungsbeschluss muss den Tatvorwurf so beschreiben, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist. Dies versetzt den Betroffenen zugleich in den Stand, die Durchsuchung seinerseits zu kontrollieren und etwaigen Ausuferungen im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten von vornherein entgegenzutreten“, v. BVerfG, déc. du 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 1121-1125, ici spéc. p. 1123.

⁴⁰²¹ V. à ce propos not. GUSY, Christoph, « Zukunft der RVE », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV, art. cit.*, p. 203-205.

⁴⁰²² V. not. SCHMIDT, Heiner Christian, « Die unzureichende Begründung ermittelungsrichterlicher Anordnungen und deren Auswirkung auf die Beweisverwertung im Strafprozess », *StraFo*, n° 11, 2009, p. 449.

⁴⁰²³ V. en ce sens e. a. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, op. cit.*, p. 268, n° 409 *in fine* ; GUSY, Christoph, « Zukunft der RVE », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV, art. cit.*, p. 216-217 ; HÜLS, Silke, « Der Richtervorbehalt », *ZIS*, 4-2009, *art. cit.*, p. 161-162 ; ASBROCK, Bernd, « RV - prozedurale

Sont ici à l'origine de ces problèmes un manque de temps pour le traitement du dossier, des connaissances insuffisantes du juge quant aux conditions de contenu requises et/ou une transgression délibérée de ces règles, faute de temps.⁴⁰²⁴ Il est de surcroît fréquent que les ordonnances du juge se contentent de reprendre l'énoncé de la règle légale.⁴⁰²⁵ D'ailleurs, les formulations légales abstraites des conditions pour les mesures attentatoires aux libertés individuelles poussent à cet égard les autorités investigatrices à les utiliser comme des préformulations, c'est-à-dire à en reprendre l'énoncé sans le remplir véritablement de contenu.⁴⁰²⁶ Cette superficialité ne saurait bien entendu satisfaire aux exigences de l'État de droit.⁴⁰²⁷ Dès lors que la disposition procédurale en cause ne prévoit pas explicitement d'obligation de motivation de la décision d'ordonnance correspondante, cette exigence nécessaire de forme résulte du § 34 StPO et doit en principe avoir lieu par écrit – sauf cas d'urgence – puisque conformément au § 304 al. 1 du StPO, il peut être contesté chaque acte du juge de l'enquête par le biais d'une plainte, ce qui nécessite impérativement de connaître les motifs de cette décision.⁴⁰²⁸

762. Dans le même esprit, il n'est pas rare d'observer dans la pratique que certains juges de l'enquête reprennent au mot près les motifs et les intitulés de la requête des procureurs ou de la police déjà formulés en partie sous la forme d'une ordonnance.⁴⁰²⁹ Les autorités de

Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? », *ZRP*, 1998, *art. cit.*, p. 19 ; BRÜNING, Janique, « RV - ein zahnloser Tiger? », *ZIS*, 1-2006, *art. cit.*, p. 31 et s. ; BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 195 et s.

⁴⁰²⁴ GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 209 ; ASBROCK, Bernd, « RV - prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? », *ZRP*, 1998, *art. cit.*, p. 18-19 ; HÜLS, Silke, « Der Richtervorbehalt », *ZIS*, 4-2009, *art. cit.*, p. 161-162 ; GUSY, Christoph, « Zukunft der RVE », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, *art. cit.*, p. 197-199.

⁴⁰²⁵ V. not. SCHMIDT, Heiner Christian, « Unzureichende Begründung ermittelungsrichterlicher Anordnungen », *StraFo*, 2009, *art. cit.*, p. 448 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁰²⁶ LANDAU, Herbert et SANDER, Günther, « Ermittlungsrichterliche Entscheidungen und ihre Revisibilität », *StraFo*, 1998, p. 397-398 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 85 ; SCHMIDT, Heiner Christian, « Unzureichende Begründung ermittelungsrichterlicher Anordnungen », *StraFo*, 2009, *art. cit.*, p. 449.

⁴⁰²⁷ Ainsi la jurisprudence admettait-elle à plusieurs reprises une interdiction d'exploiter les preuves de perquisitions dont les motivations se limitaient à une simple reprise de l'énoncé légal ou à des formules générales préconçues ou protocolaires, v. p. ex. BVerfG, déc. du 26.05.1976 – 2 BvR 294/76 – (*BVerfGE* 42, 212-223), consultable sur *Juris* ; BGH, déc. du 18.04.2007 – 5 StR 546/06, reproduite dans *NStZ*, 2007, p. 601-603.

⁴⁰²⁸ V. à ce propos not. MAUL, Heinrich, « § 34 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 2 ; SCHMIDT, Heiner Christian, « Unzureichende Begründung ermittelungsrichterlicher Anordnungen », *StraFo*, 2009, *art. cit.*, p. 449.

⁴⁰²⁹ GUSY, Christoph, « Zukunft der RVE », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, *art. cit.*, p. 198 ; ASBROCK, Bernd, « RV - prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? », *ZRP*, 1998, *art. cit.*, p. 19 ; BACKES, Otto et GUSY, Christoph, « Dokumentation - Wer kontrolliert die Telefonüberwachung? - Eine empirische Untersuchung von Richtervorbehalten bei Telefonüberwachungen », *StV*, n° 4, 2003, p. 250 ; ALBRECHT, Hans-Jörg et al., *Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der*

poursuite agissent en ce sens comme « *souffleurs* »⁴⁰³⁰ du juge de l'enquête. Malgré les doutes certains quant au sérieux et à l'effectivité d'un tel contrôle, cette pratique n'est, en l'absence de règles de forme explicites, pas non plus *per se* assimilable à un vice de procédure, dès lors que le juge de l'avant-procès a effectivement contrôlé de manière indépendante la situation.⁴⁰³¹ Dans les faits, le juge tendra souvent, faute de temps et de connaissances approfondies dans les domaines donnés, à ne vérifier que superficiellement la demande des autorités de poursuite déjà préformulée sous forme d'une ordonnance.⁴⁰³² Mais, l'irrégularité de l'acte litigieux ne pourra être retenue que si la justification de l'ordonnance est erronée ou impropre, indépendamment du fait qu'il s'agisse à ce propos de motifs propres du juge de l'enquête ou simplement de ceux repris aux autorités de poursuite.⁴⁰³³ De plus, comme nous l'avons déjà signalé plus haut,⁴⁰³⁴ un vice de procédure n'entraînera pas non plus automatiquement une interdiction d'exploiter les preuves au procès, la jurisprudence allemande ayant ici, à l'image des juridictions françaises en matière de nullité, plutôt tendance à vouloir sauver la procédure en procédant à une mise en balance des intérêts et une appréciation au cas par cas.⁴⁰³⁵ Le manque de zèle du juge de l'enquête n'ayant donc que peu

Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, Freiburg i. Br., Ed luscrim, 2003, p. 220 et s.

⁴⁰³⁰ La formule est reprise à JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, *art. cit.*, p. 23 qui l'utilise, à notre sens, toutefois à tort concernant le juge d'instruction qui, comme nous le verrons par la suite des dév., est justement du fait de ses larges pouvoirs d'initiative et d'enquête beaucoup plus éloigné du ministère public que ne l'est le juge de l'enquête allemand.

⁴⁰³¹ Ainsi la Cour fédérale constitutionnelle n'émettait-elle aucune objection de principe au fait qu'un juge se limite à reprendre simplement les termes de la requête des autorités de poursuite, dès lors qu'il y avait eu un vrai contrôle de la mesure qui faisait toutefois défaut dans le cas d'espèce, v. BVerfG, déc. du 17.03.2009 - 2 BvR 1940/05, reproduite dans *NJW*, 2009, p. 2516-2518 ; v. égal. SCHMIDT, Heiner Christian, « Unzureichende Begründung ermittlungsrichterlicher Anordnungen », *StraFo*, 2009, *art. cit.*, p. 449.

⁴⁰³² V. not. GUSY, Christoph, « Überwachung der Telekommunikation unter RV, effektiver Grundrechtsschutz oder Alibi », *ZRP*, 8-2003, *art. cit.*, p. 275-276 ; sur ce point v. égal. l'exposé détaillé des résultats de diverses études de terrain dans HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 288-294.

⁴⁰³³ GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 208-209 ; MITTAG, Matthias, « Anm. z. BGH v. 13.01.2005 – 1 StR 531/04, unzureichende Dokumentation einer richterlichen Durchsuchungsanordnung », *JR*, n° 9, 2005, p. 387.

⁴⁰³⁴ La décision sur le sort des preuves obtenues à la suite d'un vice de procédure nécessite régulièrement une mise en balance des intérêts légitimes de la personne concernée avec l'intérêt constitutionnel de la communauté à une poursuite pénale efficace, v. not. BVerfG, déc. du 02.07.2009 - 2 BvR 2225/08, reproduite dans *NJW*, 2009, p. 3225-3226 ; BVerfG, déc. du 09.11.2010 – 2 BvR 2101/09, reproduite dans *NJW*, 2011, p. 2417-2420. Pour plus de précisions à ce propos, v. les dév. aux n° 674 et s., p. 603 et s.

⁴⁰³⁵ Sur ce problème, v. not. HÜLS, Silke, « Der Richtervorbehalt », *ZIS*, 4-2009, *art. cit.*, p. 162-169, qui encourage, à notre sens justement, la jurisprudence à étendre l'interdiction d'exploiter les preuves résultant d'un acte irrégulier plus largement.

de conséquences juridiques négatives, ce dernier n'est pas vraiment incité à remédier à cet état de fait fort peu satisfaisant.⁴⁰³⁶

763. À cela s'ajoute la charge de travail considérable d'un juge de l'enquête tenant à une pluralité de causes.⁴⁰³⁷ Elle dépend d'abord de circonstances extérieures, telle par exemple l'occupation des postes de juge dans une région ou dans le ressort de la Cour régionale supérieure, du nombre de magistrats exerçant en tant que juges de l'enquête, de la répartition des missions selon l'organigramme correspondant, de la charge supplémentaire des activités en tant que juge et de la quantité de travail dans chaque département, ainsi que du ressenti subjectif de cette charge de travail par le magistrat concerné.⁴⁰³⁸ Il est donc difficile de faire des observations d'ordre général.⁴⁰³⁹ Des données objectives ressortent néanmoins des moyennes de répartition des missions juridictionnelles recommandées par l'administration judiciaire pour assurer une répartition des tâches équilibrée (il s'agit ici du « *Pensenschlüssel* », lignes directrices d'organisation).⁴⁰⁴⁰ Dans un rapport de 2008, la grande commission pénale relevait ainsi sur le fondement de ces directives que le juge de la détention passait en moyenne 89 minutes par cas ; sur la base du temps annuel moyen de travail d'un juge de 102.240 minutes, il en résultait une charge de 1.143 cas à traiter idéalement par an.⁴⁰⁴¹ Pour toutes les autres mesures d'instruction juridictionnelles restantes, le temps estimé par mission était de 24 minutes, ce qui correspond au traitement d'environ 4.239 affaires par an.⁴⁰⁴² Ces chiffres, s'ils sont très variables selon les régions et les tribunaux, permettent

⁴⁰³⁶ Sur l'aspect psychologique de la quasi-absence de contrôle du juge de l'enquête, v. not. HELMKEN, Dierk, « Reform des RV: V. Palliativum z. effektiven Grundrechtsschutz », *StV*, 3-2003, *art. cit.*, p. 195.

⁴⁰³⁷ GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 212 et s. ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 271, n° 410.

⁴⁰³⁸ GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 212-213.

⁴⁰³⁹ *Ibid.*, p. 212.

⁴⁰⁴⁰ Ces lignes directrices („*Pensenschlüssel*“) contiennent des indications temporelles à propos de la réalisation de mesures par les juges et les parquetiers comme point de repères concernant l'efficacité attendue des membres de l'autorité et de l'administration judiciaire. Elles sont élaborées par le ministère de la Justice et n'accordent que peu de temps à la prise de décision des juges. Certes, la jurisprudence rappelle régulièrement que ces directives sont non contraignantes pour les magistrats du siège en raison de leur statut d'indépendance (p. ex. OVG Münster, déc. du 19.12.2001 - 1 A 4816/00, reproduite dans *NJW*, 2002, p. 1592-1594), toutefois, il est clair qu'il résulte de ces « *recommandations* » une forte pression pour les juges de s'y conformer. V. à ce propos not. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 271, n° 410, spéc. aussi n. 61 et 62.

⁴⁰⁴¹ GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 213.

⁴⁰⁴² *Ibid.* Établissant le même constat concernant les lignes directrices élaborées en 1994 not. HELMKEN, Dierk, « Reform des RV: V. Palliativum z. effektiven Grundrechtsschutz », *StV*, 3-2003, *art. cit.*, p. 196, spéc. aussi n. 22 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 271, n° 410 et spéc. n. 62.

néanmoins de prendre la mesure de la très grande contrainte temporelle auquel le juge de l'enquête est régulièrement soumis.⁴⁰⁴³

764. Ce problème est amplifié par le fait que les cas nécessitant l'intervention du juge de l'avant-procès sont régulièrement très urgents, ce qui rend difficile, voire impossible, d'en repousser le traitement à un moment moins chargé pour le magistrat concerné : si plusieurs demandes urgentes arrivent en même temps, elles devront toutes être traitées le plus vite possible.⁴⁰⁴⁴ Cela a pour conséquence que le juge de l'enquête, qui aurait souhaité prendre plus de temps pour traiter un cas particulier, devra tout de même décider rapidement.⁴⁰⁴⁵ Si le juge choisit toutefois de prendre le temps qu'il estime nécessaire pour un contrôle approfondi, il est possible que le délai soit trop important pour les autorités de poursuite qui risqueraient alors de faire usage de leur compétence d'urgence pour ordonner elles-mêmes l'acte requis.⁴⁰⁴⁶ Les priorités de l'enquête policière, un revirement de la jurisprudence régionale ou une réforme légale pourront en outre ajouter à tout moment à la charge régulière de travail du juge de l'enquête.⁴⁰⁴⁷

765. Un autre aspect des déficits du mécanisme de la compétence réservée du juge, à notre sens capital, réside dans le fait que le juge de l'enquête n'intervient que ponctuellement dans une procédure particulière et il n'accompagne donc pas – à la différence du magistrat instructeur – les investigations sur la durée, raison pour laquelle il ignore régulièrement le contexte général de l'affaire de même que la stratégie d'enquête particulière.⁴⁰⁴⁸ Il lui est ainsi souvent difficile de déterminer, notamment au regard de la clause de subsidiarité, quelles seront les chances de succès d'autres mesures d'instruction.⁴⁰⁴⁹ Un contrôle juridictionnel

⁴⁰⁴³ V. not. SPANIOL, Margret, « Grundrechtsschutz im Ermittlungsverfahren durch qualifizierten Richtervorbehalt und wirksame richterliche Kontrolle », dans J. ARNOLD (éd.), *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2005 (abrégé *FS-Eser*, 2005), p. 476.

⁴⁰⁴⁴ GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 215.

⁴⁰⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁴⁶ V. à ce propos not. TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 94 ; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 271, n° 410 ; HEGHMANN, Michael, « Prozessuale Rolle der StA », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 239.

⁴⁰⁴⁷ GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 214.

⁴⁰⁴⁸ Relevant ce problème e. a. GUSY, Christoph, « Überwachung der Telekommunikation unter RV, effektiver Grundrechtsschutz oder Alibi », *ZRP*, 8-2003, *art. cit.*, p. 277 ; du même auteur, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 688-689 ; KINTZI, Heinrich, « Tätigkeit des ER im EV u. RV », *DRiZ*, 2004, *art. cit.*, p. 84 ; ASBROCK, Bernd, « Zum Mythos des RV », *KritV*, 1997, *art. cit.*, p. 260, qui reprend ici la comparaison quelque peu exagérée mais très illustrative d'une journaliste pour décrire le problème : le juge de l'enquête pourrait ici être rapproché au caissier d'un théâtre qui vend des entrées pour une représentation dont il ignore tout du contenu.

⁴⁰⁴⁹ Se rapporter à l'ens. des réf. préc. en n. 4048.

indépendant est en ce sens difficilement possible et le juge de l'enquête dépend en grande partie d'une information correcte par des autorités de poursuite compétentes et loyales.⁴⁰⁵⁰ La très grande majorité de la doctrine et des praticiens évacue ce problème, estimant qu'il s'agit ici de la nature même du juge de l'enquête⁴⁰⁵¹ et qu'une modification à cet égard serait un retour en arrière au temps du magistrat instructeur dont on avait voulu délibérément se défaire⁴⁰⁵². À notre sens, c'est pourtant parce qu'il s'agit ici d'un trait touchant à l'essence même de cette institution qu'il est capital de s'y attarder plus précisément, car, si les fondations sont branlantes, c'est tout l'édifice qui menace de s'écrouler. Peut-être conviendrait-il alors justement de revoir ce principe de base en cause.⁴⁰⁵³ En effet, loin d'être incompatible avec les fonctions juridictionnelles du magistrat instructeur,⁴⁰⁵⁴ il nous semble que c'est précisément la fonction d'enquête de cet acteur qui lui permet d'assurer l'effectivité du contrôle des libertés individuelles, puisqu'il a les moyens matériels de se libérer des ornières que le procureur serait susceptible de lui apposer en le saisissant. Le principe d'un contrôle simplement ponctuel de la légalité d'une mesure favorise au contraire la superficialité et la connaissance elliptique du dossier au détriment des libertés individuelles concernées.⁴⁰⁵⁵ Face à ce problème de taille, nous sommes tenté de conclure que le juge de l'enquête n'était, en raison de sa *nature même*, pas en mesure de remplacer efficacement le juge d'instruction dans les mesures juridictionnelles que celui-ci décidait.⁴⁰⁵⁶ Or, les motifs principaux ayant conduit à l'abolition de ce cadre juridique (à savoir essentiellement la célérité de la procédure et le faible nombre d'instructions alors ouvertes) nous paraissent présenter des avantages bien dérisoires, comparés aux inconvénients que cette suppression engendrait

⁴⁰⁵⁰ En ce sens e. a. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 270-271, n° 410.

⁴⁰⁵¹ V. p. ex. BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 223 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, *op. cit.*, p. 424 et s. et p. 429.

⁴⁰⁵² V. à ce propos not. GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 201 et s. ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 214-215 ; SATZGER, Helmut, *Chancen u. Risiken einer Reform des strafrechtlichen EV*, *op. cit.*, p. C117-C118.

⁴⁰⁵³ Dans un sens similaire not. GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 688-689 ; du même auteur, « Überwachung der Telekommunikation unter RV, effektiver Grundrechtsschutz oder Alibi », *ZRP*, 8-2003, *art. cit.*, p. 277.

⁴⁰⁵⁴ Il sera revenu sur ce point plus en détail dans le cours des dév. du titre suivant. Mais comme l'indique à notre sens de manière pertinente l'auteur Christoph Gusy, on peut tout à fait justifier cette compétence sur le fondement du devoir d'investigation d'office de l'Etat (§ 244 al. 2 StPO), v. not. GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 688-689.

⁴⁰⁵⁵ En ce sens e. a. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 270-271, n° 410.

⁴⁰⁵⁶ Dans un sens similaire not. GRÜNWARD, Gerald, « Empfiehlt es sich, bes. strafprozessuale Vorschriften für Großverf. einzuführen?, Gutachten C », dans *50. DJT*, *art. cit.*, p. C31-C36.

corrélativement pour les libertés individuelles et dont nous constatons aujourd’hui les dégâts en analysant l’effectivité du contrôle du juge de l’enquête.⁴⁰⁵⁷ Quant à la constatation simpliste selon laquelle les démocraties européennes tendent actuellement à la suppression de l’instruction, raison pour laquelle la réintroduction de ce cadre de la mise en état de l’affaire pénale ne serait pas envisageable,⁴⁰⁵⁸ il convient d’y opposer qu’il apparaît étrange de sacrifier la protection des libertés et des droits fondamentaux pour mieux se conformer à un « effet de mode européen ».

766. Ce sont aussi ces lacunes originelles du processus décisionnel parcellaire octroyé au juge de liberté qui, selon nous, mène à la situation psychologique défavorable inextricable dans laquelle ne manquera pas de se retrouver ce protagoniste.⁴⁰⁵⁹ Ainsi un auteur relevait-il à notre sens à juste titre qu’une vérification efficace de ce magistrat impliquait un surplus de temps de travail (principe d’inertie), un effort intellectuel plus important et – dans l’hypothèse d’un refus – une charge émotionnelle (effet de surcharge et d’harmonie), le tout combiné souvent à des conditions de travail désagréables (pression temporelle) se répercutant négativement sur l’avancée dans sa carrière professionnelle (frein à l’ascension sociale), sans qu’il y ait de quelconque reconnaissance (statistique).⁴⁰⁶⁰ En conclusion, les chances que l’institut de la compétence du juge mène à une protection efficace des libertés individuelles sont mauvaises puisqu’une vérification minutieuse par le juge présente pour lui nombre d’inconvénients mais aucun avantage.⁴⁰⁶¹

767. À cet égard, les tentatives infructueuses de l’auteure de cette thèse pour rencontrer un juge de l’enquête pour parler de sa profession furent particulièrement éloquents et vinrent confirmer ces constatations doctrinales. Alors qu’il n’y eut aucune difficulté à trouver des procureurs enclins à parler de leur expérience professionnelle qu’ils appréciaient fortement, il ne fut en revanche pas possible de m’entretenir avec un juge de l’enquête. Les

⁴⁰⁵⁷ En ce sens égal. *Ibid.*, p. C34.

⁴⁰⁵⁸ En ce sens not. TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 214-215 ; SATZGER, Helmut, *Chancen u. Risiken einer Reform des strafrechtlichen EV*, *op. cit.*, p. C117-C118.

⁴⁰⁵⁹ En ce sens not. HELMKEN, Dierk, « Reform des RV: V. Palliativum z. effektiven Grundrechtsschutz », *StV*, 3-2003, *art. cit.*, p. 193-196 ; SPANIOL, Margret, « Grundrechtsschutz im EV durch qualifizierten RV u. wirksame richterliche Kontrolle », dans *FS-Eser*, 2005, *art. cit.*, p. 476 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 90-93.

⁴⁰⁶⁰ V. l’ens. des réf. préc. en n. 4059.

⁴⁰⁶¹ En ce sens not. HELMKEN, Dierk, « Reform des RV: V. Palliativum z. effektiven Grundrechtsschutz », *StV*, 3-2003, *art. cit.*, p. 196.

procureurs interrogés n'en connaissaient pas suffisamment bien, ces derniers changeaient selon eux trop souvent de domaine de telle sorte qu'il leur serait en tout état de cause difficile de me donner des informations utiles sur leur mission en tant que juge de l'enquête. Par ailleurs, les procureurs ne montraient pas beaucoup d'intérêt pour la mission de leur collègue qui leur semblait particulièrement ingrate.⁴⁰⁶² Cette situation psychologique professionnelle défavorable, combinée aux autres lacunes déjà évoquées, participe assurément à diminuer l'efficacité du mécanisme de protection des droits fondamentaux prévu par le législateur.⁴⁰⁶³

768. Par ailleurs, à l'image de ce qui a été dit pour la procédure intermédiaire,⁴⁰⁶⁴ on relève un risque de partialité du juge de l'enquête qui interviendrait par la suite comme membre de la juridiction de jugement, alors que la jurisprudence de la haute juridiction estime que le fait qu'un juge du fond ait agi en amont dans la même procédure en tant que juge de l'enquête ne constituait pas *per se* un motif d'exclusion pour partialité.⁴⁰⁶⁵ Il est pourtant difficile de ne pas y voir une atteinte à la présomption d'innocence, alors que le magistrat en cause se sera déjà fait un avis, tel un « *préjugement* », sur certains aspects en autorisant au préalable une mesure d'investigation en sa qualité de juge de l'enquête.⁴⁰⁶⁶ Il ne pourrait en ce sens qu'être bénéfique que la loi interdise de statuer par la suite en tant que juge du fond dans la même affaire, comme cela est d'ailleurs le cas en France pour le juge des libertés et de la détention (art. 137-1 CPP) de même que pour le juge d'instruction (art. 49 CPP), preuve que cela est bien possible au niveau organisationnel, même s'il en découle des conséquences logistiques

⁴⁰⁶² Cela rejoint les constats déjà établis antérieurement dans la doctrine, v. p. ex. FUHRMANN, Hans, « Befugnisse des Amtsrichters bei der Prüfung eines Antrages der StA auf Vernehmung des Beschuldigten », *JR*, 1965, *art. cit.*, p. 254 ; HELMKEN, Dierk, « Reform des RV: V. Palliativum z. effektiven Grundrechtsschutz », *StV*, 3-2003, *art. cit.*, p. 196.

⁴⁰⁶³ En ce sens not. TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁰⁶⁴ Se rapporter à ce propos aux dév. sous le n° 684, p. 612.

⁴⁰⁶⁵ V. concernant le juge de l'enquête spéc. BayObLG, déc. du 17.12.1954 - RReg. 3 St 234/54, reproduite dans *NJW*, 1955, p. 395-396. Il s'agit ici d'une jurisprudence constante. Ainsi la Cour impériale constatait-elle déjà en son temps que le fait d'avoir eu à traiter de l'affaire en cause avant le procès ne justifiait pas de retenir une suspicion de partialité à l'égard du juge du fond concerné, v. RG, déc. du 10.11.1925 - I 514/25 (RGSt 59, 409-411). Cette idée est en soi étrangère au StPO comme il l'a p. ex. été constaté lors de l'analyse de la procédure intermédiaire (v. Urt. v. 19.11.1985 - 5 StR 436/85, dont les grandes lignes ont été reprises dans *NStZ*, 1986, p. 206). Sur ce point se rapporter égal. à SCHEUTEN, Frauke-Katrin, « § 23 StPO », dans *KK*, *art. cit.*, n° 1 ; MEYER-GÖRNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 23 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 2.

⁴⁰⁶⁶ Égal. crit. à ce propos not. PAEFFGEN, Hans-Ullrich, « Der Vorbefasste Richter », dans F. HERZOG (éd.), *Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016, p. 217.

importantes⁴⁰⁶⁷. Ce n'est, nous semble-t-il, qu'à ce prix que l'impartialité pourrait être totalement respectée.

769. Enfin, malgré les progrès des dernières années en la matière, des déficits organisationnels tenant à certaines lacunes des services de permanence des juges demeurent palpables.⁴⁰⁶⁸ L'arrêt de principe de la Cour fédérale constitutionnelle du 20 février 2001 relatif aux conditions des perquisitions a profondément bouleversé l'organisation et la mise en œuvre de permanences des magistrats du siège et du parquet.⁴⁰⁶⁹ Ainsi les juges à la robe rouge de Karlsruhe insistèrent-ils sur la nécessité de prendre toutes les mesures organisationnelles nécessaires, afin d'assurer le caractère exceptionnel d'une ordonnance de mesures attentatoires aux libertés individuelles par les autorités de poursuite, sur le fondement de la clause d'urgence aussi bien les jours ouvrables que fériés.⁴⁰⁷⁰ Le législateur réagit alors en élargissant le domaine d'application du § 22c GVG qui réglait la question des services de permanence.⁴⁰⁷¹ Depuis, les procureurs sont tenus, même après la fin des heures régulières de service, de contacter par téléphone la permanence des magistrats du siège pour l'ordonnance d'actes relevant de sa compétence de principe.⁴⁰⁷² Toutefois, une pratique minimaliste, selon laquelle un service de permanence n'est obligatoire que s'agissant des heures de jour, perdure et n'a jusque-là pas été remise en question explicitement par la

⁴⁰⁶⁷ V. sur ce point not. LEBUR, François, « Le juge des libertés et de la détention : béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.*, n° 209, 2001, p. 9 et s.

⁴⁰⁶⁸ V. à ce propos not. GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 210 et s. ; FICKENSCHER, Guido et DINGELSTADT, Andreas, « Richterlicher Bereitschaftsdienst „rund um die Uhr“ ? », *NJW*, n° 48, 2009, p. 3473-3476.

⁴⁰⁶⁹ V. not. BEICHEL, Stephan et KIENINGER, Jörg, « „Gefahr im Verzug“ auf Grund Selbstausschaltung des erreichbaren, jedoch „unwilligen“ Bereitschaftsrichters? », *NStZ*, n° 1, 2003, p. 10.

⁴⁰⁷⁰ „Im Allgemeinen müssen sowohl die Strafverfolgungsbehörden als auch die Ermittlungsrichter und die Gerichtsorganisation im Rahmen des Möglichen sicherstellen, dass auch in der Masse der Alltagsfälle die in der Verfassung vorgesehene „Verteilung der Gewichte“ [...] nämlich die Regelzuständigkeit des Richters, gewahrt bleibt [...]. Die Annahme von Gefahr im Verzug kann nicht allein mit dem abstrakten Hinweis begründet werden, eine richterliche Entscheidung sei gewöhnlicherweise zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb einer bestimmten Zeitspanne nicht zu erlangen. Dem korrespondiert die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Eil- oder Notdienstes, zu sichern“, v. BVerfG, déc. du 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 1121-1125, ici spéc. p. 1123.

⁴⁰⁷¹ V. not. GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 210.

⁴⁰⁷² V. not. BEICHEL, Stephan et KIENINGER, Jörg, « „Gefahr im Verzug“ auf Grund Selbstausschaltung des erreichbaren, jedoch „unwilligen“ Bereitschaftsrichters? », *NStZ*, 2003, *art. cit.*, p. 10.

jurisprudence.⁴⁰⁷³ Par exemple, la juridiction de Cologne dispose d'un service de permanence de nuit comme de jour du ministère public. Le service équivalent des juges n'est en revanche organisé que pour les heures de jour. Régulièrement un tel service n'est donc prévu conformément au § 104 al. 3 StPO que jusqu'à 21 h.⁴⁰⁷⁴ La juridiction constitutionnelle n'impose pas la mise en place d'un service continu sur 24 heures sauf si des nécessités pratiques l'imposent, cette dernière restriction laissant une marge importante d'appréciation à l'autorité concernée.⁴⁰⁷⁵ Une telle hypothèse a par exemple été retenue en cas de manifestation de masse laissant supposer de possibles nombreuses arrestations.⁴⁰⁷⁶ Certes la 3^e chambre criminelle de la Cour régionale supérieure d'Hamm a imposé en 2009 aux juridictions de prouver que le caractère exceptionnel des ordonnances de nuit par les autorités de poursuite sur le fondement de la clause d'urgence était bien respecté à l'aide d'une documentation précise des cas où l'ordonnance du juge n'était pas possible faute de service de permanence.⁴⁰⁷⁷ Mais il conviendrait à notre sens d'aller plus loin et d'imposer une permanence continue jour et nuit, également aux juges car ce sont ici les libertés individuelles des justiciables qui sont en jeu.⁴⁰⁷⁸ Si un tel service est possible au sein du ministère public, rien ne permet, selon nous, d'expliquer pourquoi il devrait en être différemment pour les magistrats du siège. Pour la défense des juges, il convient toutefois d'indiquer que les heures d'astreinte actuelles n'ont lieu qu'au détriment de leur temps libre et de repos, aucune mesure compensatoire ou incitation financière comparable à celle ayant lieu dans les systèmes de garde des médecins, n'ayant été prévue.⁴⁰⁷⁹ Les États fédérés ont ici entre leurs

⁴⁰⁷³ V. p. ex. BVerfG, déc. du 28.09.2006 - 2 BvR 876/06, reproduite dans *NJW*, 2007, p. 1444. V. égal. FICKENSCHER, Guido et DINGELSTADT, Andreas, « Richterlicher Bereitschaftsdienst „rund um die Uhr“? », *NJW*, 2009, *art. cit.*, p. 3473.

⁴⁰⁷⁴ V. p. ex. KG, déc. du 29.12.2008 - 3 Ws (B) 467/08, reproduite dans *NStZ-RR*, 2009, p. 243. V. égal. FICKENSCHER, Guido et DINGELSTADT, Andreas, « Richterlicher Bereitschaftsdienst „rund um die Uhr“? », *NJW*, 2009, *art. cit.*, p. 3473.

⁴⁰⁷⁵ V. not. BVerfG, déc. du 10.12.2003 - 2 BvR 1481/02, reproduite dans *NJW*, 2004, p. 1442.

⁴⁰⁷⁶ V. p. ex. BVerfG, déc. du 13.12.2005 - 2 BvR 447/05, reproduite dans *NVwZ*, 2006, p. 579-583.

⁴⁰⁷⁷ V. OLG Hamm, déc. du 18.08.2009 - 3 Ss 293/08, reproduite dans *NJW*, 2009, p. 3109-3113, ici spéc. p. 3112.

⁴⁰⁷⁸ En ce sens égal. KREHL, Christoph, « Richtervorbehalt und Durchsuchungen außerhalb gewöhnlicher Dienstzeiten », *NStZ*, n° 9, 2003, p. 462 ; implicitement égal. BEICHEL, Stephan et KIENINGER, Jörg, « „Gefahr im Verzug“ auf Grund Selbstausschaltung des erreichbaren, jedoch „unwilligen“ Bereitschaftsrichters? », *NStZ*, 2003, *art. cit.*, p. 10-11.

⁴⁰⁷⁹ V. not. GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 222.

mains de changer cette situation de fait en créant des conditions plus favorables à l'établissement de véritables services d'astreinte.⁴⁰⁸⁰

770. La nouvelle version du § 162 al. 1 StPO notamment dans sa combinaison avec le § 22c GVG présente également un certain danger pour la qualité des décisions du service de permanence des juges de l'enquête.⁴⁰⁸¹ En effet, du fait de la concentration de la majorité des missions juridictionnelles d'enquête au sein de certains tribunaux d'instance (AG), l'expérience et la routine de cette activité viennent à manquer dans les autres juridictions, alors que les juges de ces dernières continueront à être appelés, le cas échéant dans le cadre d'une permanence, à exercer de telles fonctions sans les connaissances nécessaires.⁴⁰⁸² Ce phénomène est accentué par le fait qu'il est possible que le magistrat d'astreinte concerné ne traite en dehors de sa permanence, pas d'affaires pénales ; il décidera alors de mesures coercitives et fortement attentatoires aux libertés, qui plus est, souvent très urgentes, dans un domaine qui lui est totalement étranger.⁴⁰⁸³ Les dernières modifications légales ou jurisprudences régionales lui sont fréquemment inconnues, ce qui conduit à des lacunes lors du contrôle de la mesure en question ou du moins de sa motivation.⁴⁰⁸⁴ Il n'est pas rare que les juges en astreinte refusent les requêtes urgentes du ministère public, au motif qu'ils ne disposent pas de documents du dossier suffisants.⁴⁰⁸⁵ Le procureur est ainsi renvoyé à sa propre compétence d'urgence qui lui permettra d'ordonner la mesure recherchée en raison d'un danger imminent.⁴⁰⁸⁶ Enfin, le service de permanence, dans beaucoup de tribunaux d'instance, n'est pas réduit aux missions du juge de l'enquête mais à toutes les mesures juridictionnelles procédurales urgentes.⁴⁰⁸⁷ De fait, le juge d'astreinte pourra être compétent

⁴⁰⁸⁰ Dans un sens similaire, not. GUSY, Christoph, « Zukunft der RVE », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, art. cit., p. 201.

⁴⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 211.

⁴⁰⁸² *Ibid.*

⁴⁰⁸³ V. p. ex. FUHRMANN, Hans, « Befugnisse des Amtsrichters bei der Prüfung eines Antrages der StA auf Vernehmung des Beschuldigten », *JR*, 1965, art. cit., p. 254 ; HÜLS, Silke, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, op. cit., p. 290.

⁴⁰⁸⁴ V. not. GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, rap. préc., p. 220.

⁴⁰⁸⁵ KREHL, Christoph, « RV u. Durchsuchungen außerhalb gewöhnlicher Dienstzeiten », *NStZ*, 2003, art. cit., p. 463 ; BEICHEL, Stephan et KIENINGER, Jörg, « „Gefahr im Verzug“ auf Grund Selbstausschaltung des erreichbaren, jedoch „unwilligen“ Bereitschaftsrichters? », *NStZ*, 2003, art. cit., p. 10 et 12-13 ; TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, op. cit., p. 89-90.

⁴⁰⁸⁶ V. l'ens. des réf. préc. en n. 4085.

⁴⁰⁸⁷ V. not. GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, rap. préc., p. 221.

pour prendre des décisions d'urgence tant en matière civile générale qu'en droit de la famille, des tutelles ou encore d'asile.⁴⁰⁸⁸ Or, il va de soi qu'il est impossible d'être pareillement compétent dans des domaines si différents.⁴⁰⁸⁹

c. Les lacunes du procédé de la compétence du juge dues aux autorités de poursuite

771. De manière générale les autorités de poursuite ont une parfaite connaissance de leur domaine de compétences et ses limites inhérentes de telle sorte qu'elles sauront à quel moment et dans quelles circonstances d'espèce elles devront s'adresser au juge de l'enquête.⁴⁰⁹⁰ Il ne peut pour autant être exclu l'hypothèse selon laquelle, dans une situation d'urgence, une compétence juridictionnelle d'ordonnance soit occultée ou vérifiée seulement superficiellement sous la pression du temps.⁴⁰⁹¹ De plus, les autorités de poursuite ne sont pas à l'abri d'une erreur et il peut arriver qu'elles se fondent, pour l'atteinte aux droits fondamentaux, sur une norme inexacte, éludant de la sorte involontairement la compétence du juge que prévoyait la disposition normalement applicable au cas d'espèce.⁴⁰⁹²

772. Mais, la doctrine voit le « *talon d'Achille* »⁴⁰⁹³ du dispositif de la compétence réservée du juge de l'avant-procès dans le contournement délibéré des exigences légales, perçues comme un trop grand formalisme, compliquant inutilement le cours de la procédure, par les autorités de poursuite qui retardent au possible leur requête auprès du juge jusqu'à ce que l'atteinte aux droits concernée puisse être ordonnée en raison de leur propre compétence d'urgence.⁴⁰⁹⁴ On observe ici de nouveau un véritable glissement des rôles puisque, le ministère public pourra, dans l'hypothèse d'un danger imminent (traduit littéralement de la formule allemande „*Gefahr im Verzug*“, qui correspond à une compétence d'urgence), prendre la plupart des mesures de contrainte dont la compétence d'ordonnance est pourtant

⁴⁰⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁸⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁹⁰ V. not. TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁰⁹¹ *Ibid.*

⁴⁰⁹² *Ibid.*, p. 86.

⁴⁰⁹³ V. not. HÜLS, Silke, « Der Richtervorbehalt », *ZIS*, 4-2009, *art. cit.*, p. 161 ; de la même auteure *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op. cit.*, p. 294 et s. ; GEPPERT, Klaus, « Kontroll- u. Förderungspflicht des ER », *DRiZ*, 1992, *art. cit.*, p. 410 et s., qui parlent tous deux de « *talon d'Achille* ». V. égal. HELMKEN, Dierk, « Reform des RV: V. Palliativum z. effektiven Grundrechtsschutz », *StV*, 3-2003, *art. cit.*, p. 193.

⁴⁰⁹⁴ Outre les réf. préc. en n. 4093, se rapporter e. a. égal. à LANDAU, Herbert et SANDER, Günther, « Ermittlungsrichterliche Entscheidungen u. ihre Revisibilität », *StraFo*, 1998, *art. cit.*, p. 398-399 ; BRÜNING, Janique, « RV - ein zahnloser Tiger? », *ZIS*, 1-2006, *art. cit.*, p. 31 et s.

originellement réservée au juge.⁴⁰⁹⁵ La condition de danger imminent suppose que la demande préalable d'une ordonnance du juge soit à même d'empêcher le succès de la mesure requise.⁴⁰⁹⁶ La spécificité de cette compétence d'urgence repose en l'espèce dans le fait qu'il est laissé aux autorités mêmes de poursuite le soin d'apprécier quand les exigences du danger imminent sont réunies, ce qui mène à la situation quelque peu paradoxale selon laquelle l'organe à contrôler décidera de l'intervention de l'autorité de surveillance.⁴⁰⁹⁷ En conséquence, les autorités de poursuite tendent en pratique à admettre de manière abusivement extensive leur compétence d'urgence, en méconnaissance des circonstances spécifiques concrètes du cas d'espèce qu'elles exigent, ce qui conduit à vider de sens le principe protecteur des droits fondamentaux de la compétence du juge.⁴⁰⁹⁸ Il arrive également que les éléments justifiant de retenir l'imminence d'un danger soient certes présents objectivement dans le cas d'espèce mais que les autorités de poursuite omettent de les enregistrer comme il conviendrait.⁴⁰⁹⁹ Cela aura alors pour conséquence que le juge compétent pour un contrôle *a posteriori* des conditions d'ordonnance de la mesure ne sera en pratique pas possible.⁴¹⁰⁰

773. Pour endiguer ces pratiques abusives, la Cour fédérale constitutionnelle est venue dans sa décision de principe du 20.02.2001 relative à la compétence du juge de l'avant-procès en matière de perquisition, mettre en place des critères précis conditionnant la compétence d'urgence.⁴¹⁰¹ Au-delà des mesures organisationnelles à adopter pour garantir une meilleure accessibilité au juge déjà évoquées plus haut, fut ici imposée une interprétation stricte de la notion de danger imminent, en vue de respecter le caractère exceptionnel d'une ordonnance non juridictionnelle, de même que la fonction protectrice des libertés individuelles de la compétence du juge.⁴¹⁰² Ainsi convenait-il que le péril imminent soit prouvé dans le cas

⁴⁰⁹⁵ En ce sens not. JUNG, Heike, « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, 15-1993, *art. cit.*, p. 21.

⁴⁰⁹⁶ V. BVerfG, déc. du 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 1123.

⁴⁰⁹⁷ V. not. MÜLLER, Karl et TRUMIT, Christoph, « Eilzuständigkeiten der Staatsanwaltschaft und des Polizeivollzugsdienstes in der StPO », *StraFo*, n° 4, 2008, p. 144 ; HÜLS, Silke, « Der Richtervorbehalt », *ZIS*, 4-2009, *art. cit.*, p. 161.

⁴⁰⁹⁸ V. e.a. HÜLS, Silke, « Der Richtervorbehalt », *ZIS*, 4-2009, *art. cit.*, p. 161-162 ; GEPPERT, Klaus, « Kontroll- u. Förderungspflicht des ER », *DRiZ*, 1992, *art. cit.*, p. 410-411.

⁴⁰⁹⁹ V. not. TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 87.

⁴¹⁰⁰ *Ibid.*

⁴¹⁰¹ V. BVerfG, déc. du 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, reproduite dans *NJW*, 2001, p. 1121-1125. Pour un comm. de cett déc., se rapporter not. à GUSY, Christoph, « RV bei „Gefahr im Verzug“ », *JZ*, 20-2001, *art. cit.*, p. 1035.

⁴¹⁰² Se rapporter à l'ens. des réf. préc. en n. 4101.

d'espèce à l'aide d'éléments concrets, la seule évocation de la perte possible de moyens de preuve n'étant pas suffisante à cet égard.⁴¹⁰³ L'exigence d'urgence ne doit pas non plus avoir été provoquée par les autorités de poursuite elles-mêmes, en demandant intentionnellement tardivement l'ordonnance de mesure d'instruction auprès du juge.⁴¹⁰⁴ Les juges à la robe rouge redonnent donc ici une priorité absolue au contrôle juridictionnel sur la marge d'appréciation des autorités de poursuite, qui s'en trouve réduite à néant.⁴¹⁰⁵ Ce contrôle étendu de la compétence d'urgence permet ainsi – du moins pour partie – de remédier quelque peu à une des lacunes majeures de la compétence du juge.⁴¹⁰⁶

774. Toutefois, la juridiction constitutionnelle a laissé quelques zones d'ombre : outre le fait que les conséquences d'une violation des règles des compétences en cas d'urgence restent nébuleuses,⁴¹⁰⁷ elle n'a pas non plus pris explicitement position sur la question de savoir si cet arrêt de principe est applicable, au-delà des perquisitions, à toutes les autres mesures attentatoires prévoyant une compétence d'urgence similaire⁴¹⁰⁸. En accord avec la doctrine dominante,⁴¹⁰⁹ le fait qu'il s'agisse, concernant les perquisitions, d'une compétence du juge de l'avant-procès à valeur constitutionnelle, tandis que les autres dispositions ne ressortiraient que du droit commun, ne nous semble pas pouvoir justifier un traitement différent. Car, quel que soit le fondement légal de la compétence du juge de l'enquête dans le cas d'espèce, il est clair qu'elle vise un but unique, à savoir, la protection des droits fondamentaux du prévenu par une instance indépendante et neutre.⁴¹¹⁰ Il est donc impératif

⁴¹⁰³ *Ibid.*

⁴¹⁰⁴ *Ibid.*

⁴¹⁰⁵ V. à ce propos p. ex. TALASKA, Claudia Elisabeth, *Der Richtervorbehalt*, *op. cit.*, p. 98.

⁴¹⁰⁶ En ce sens not. HÜLS, Silke, « Der Richtervorbehalt », *ZIS*, 4-2009, *art. cit.*, p. 162-165 ; GUSY, Christoph, « Zukunft der RVE », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, *art. cit.*, p. 216, qui indique toutefois que malgré certaines améliorations, les données statistiques permettant d'établir un constat fiable manquent à cette heure.

⁴¹⁰⁷ Sur ce problème, v. not. HÜLS, Silke, « Der Richtervorbehalt », *ZIS*, 4-2009, *art. cit.*, p. 162-169, qui encourage, à notre sens avec raison, la jurisprudence à étendre l'interdiction d'exploiter les preuves résultant d'un acte irrégulier plus largement. Concernant les conséquences d'un acte vicié, se rapporter not. aux dév. aux n° 674 et s., p. 603 et s.

⁴¹⁰⁸ V. not. MÜLLER, Karl et TRUMIT, Christoph, « Eilzuständigkeiten der StA u. des Polizeivollzugsdienstes in der StPO », *StraFo*, 2008, *art. cit.*, p. 145-146.

⁴¹⁰⁹ En ce sens not. AMELUNG, Knut, « Die Entscheidung des BVerfG zur „Gefahr im Verzug“ », *NStZ*, 2001, *art. cit.*, p. 342 ; MÜLLER, Karl et TRUMIT, Christoph, « Eilzuständigkeiten der StA u. des Polizeivollzugsdienstes in der StPO », *StraFo*, 2008, *art. cit.*, p. 146 ; RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, « Normative Grundlagen der RVE », *GA*, 2002, *art. cit.*, p. 653-654 ; MEYER-GOßNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 98 StPO », dans *StPO-Ko.*, *op. cit.*, n° 7.

⁴¹¹⁰ V. not. MÜLLER, Karl et TRUMIT, Christoph, « Eilzuständigkeiten der StA u. des Polizeivollzugsdienstes in der StPO », *StraFo*, 2008, *art. cit.*, p. 145-146.

de respecter pareillement l'ensemble des compétences du juge de l'enquête, prévues par le législateur, indépendamment de leurs origines légales, les autorités de poursuite étant soumises dans toutes ces hypothèses de la même manière à la loi et au droit (art. 20 al. 3 GG).⁴¹¹¹

775. Enfin, la transmission de documents probatoires incomplets présentés avec la requête par les autorités de poursuite contribue également pour partie à l'inefficacité du contrôle juridictionnel.⁴¹¹² À cet égard, il arrive que les actes de la police et ses décisions ne soient que partiellement documentés, que les données se rapportant aux sources correspondantes manquent ou encore que les indications concernant des agents infiltrés ou une personne de liaison soient dissimulées pour des raisons tactiques, auquel cas la demande correspondante ne sera pas non plus vérifiable.⁴¹¹³ Là-aussi, il est possible qu'il soit décidé délibérément de ne présenter que des extraits choisis du dossier ou de n'informer le juge de l'enquête que partiellement.⁴¹¹⁴

776. En définitive, ces observations prouvent à notre sens que les attentes que le législateur avait vis-à-vis de l'intervention du juge de l'avant-procès, ne sont pas satisfaites dans la pratique.⁴¹¹⁵

§2. L'intervention ponctuelle du juge des libertés et de la détention lors de l'enquête en France

777. Loin d'être épargnée par les problèmes observés outre-Rhin, la France rencontre des difficultés très similaires au stade de l'enquête. À l'image de ce qui a été dit pour l'Allemagne, on retrouve ici l'intervention du juge de l'avant-procès sous deux formes : le « droit de regard » de la juridiction de jugement sur l'exercice de l'opportunité de la réponse pénale au sens large du terme (c'est-à-dire s'étendant également au large choix des modalités d'engagement des poursuites) et un contrôle des droits et libertés fondamentaux ponctuel

⁴¹¹¹ *Ibid.*

⁴¹¹² V. p. ex. BGH-Ermittlungsrichter, déc. du 11.03.2010 - StB 16/09, reproduite dans *NStZ*, 2010, p. 711-712. Le caractère incomplet du dossier transmis peut-être tel que certains parlent à cet égard de manipulation de la situation probatoire, v. à ce sujet not. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 270, n° 410 et spéc. n. 60.

⁴¹¹³ V. not. GEPPERT, Klaus, « Kontroll- u. Förderungspflicht des ER », *DRiZ*, 1992, *art. cit.*, p. 410.

⁴¹¹⁴ V. not. LANDAU, Herbert et SANDER, Günther, « Ermittlungsrichterliche Entscheidungen und ihre Revisibilität », *StraFo*, 1998, p. 398.

⁴¹¹⁵ En ce sens e. a. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 272, n° 272 ; Gusy, Christoph, « Zukunft der RVE », dans S. BARTON et al. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des EV*, *art. cit.*, p. 199 et 215-217 qui relativise toutefois son constat au vu des améliorations apportées à la suite de l'arrêt de principe de la juridiction constitutionnelle en 2001 ; HÜLS, Silke, « Der Richtervorbehalt », *ZIS*, 4-2009, *art. cit.*, p. 161.

par le juge des libertés et de la détention, acteur relativement récent sur la scène procédurale pénale française (A). Là-aussi, les attentes du législateur étaient élevées mais ces mécanismes prometteurs selon les textes, déçoivent dans la pratique, du moins au stade de l'enquête (B).

A – L'intervention du juge de l'avant-procès lors de l'enquête : un dispositif de création récente prometteur selon les textes

778. Sans revenir dans les détails sur ces dispositions qui ont déjà fait l'objet d'une analyse approfondie antérieurement, il convient de rappeler les pouvoirs très importants qu'acquiert le procureur français en raison de l'opportunité des poursuites et des multiples choix qui s'offrent à lui quant aux modalités spécifiques de saisine ou aux alternatives aux poursuites.⁴¹¹⁶ Afin de limiter ces prérogatives très importantes, le législateur français a, lui-aussi, dans certaines hypothèses (mais non systématiquement), soumis le ministère public à un contrôle du juge du siège que l'on pourrait également rapprocher du « *droit de regard* »⁴¹¹⁷ évoqué précédemment concernant l'avant-procès germanique. En effet, le Conseil des sages, à l'occasion d'une tentative du légiférant d'insérer une nouvelle modalité de jugement, soit l'injonction pénale, ancêtre de l'ordonnance pénale, avait conclu à l'incompatibilité de ce mécanisme avec le principe de séparation des autorités chargées de la poursuite et des autorités de jugement qui est l'une des garanties de la liberté individuelle.⁴¹¹⁸ De fait, « *le prononcé et l'exécution de telles mesures, même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne peuvent, s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles* ». ⁴¹¹⁹ On distingue ici principalement deux types de vérifications : il a été d'une part mis en place un contrôle de la juridiction de jugement notamment *via* une procédure de validation par président du tribunal, comme c'est le cas pour la composition

⁴¹¹⁶ Se rapporter à ce propos aux n° 375, p. 349 et s.

⁴¹¹⁷ Nous reprenons ici l'expression de LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, art. cit., p. 249 employée pour décrire une des interventions du juge lors de l'avant-procès transposable à notre sens de la même manière au système français.

⁴¹¹⁸ CC, déc. n° 95-360 DC du 02.02.1995 - Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. V. à ce sujet égal. SAAS, Claire, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *Rev. sc. crim.*, décembre 2004, p. 827, spéc. n. 55.

⁴¹¹⁹ CC, déc. du 02.02.1995, préc. en n. 4118, ici spéc. cons. n° 6.

pénale (art. 41-2 al. 6 CPP) et la convention judiciaire d'intérêt public (art. 41-1-2 II CPP),⁴¹²⁰ ou un dispositif d'homologation par le président du tribunal dans l'hypothèse d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (495-9 CPP),⁴¹²¹ quand il ne revient pas directement à ce même magistrat la compétence même de statuer dans le cas de l'ordonnance pénale en vertu de l'art. 495-1 du CPP⁴¹²². Nous noterons toutefois que, comme en Allemagne, le législateur français commence à être tenté par l'insertion de règles dérogatoires à la nécessité de l'intervention du juge alors que la dernière loi de programmation 2018-2022 prévoyait, par exemple, que la composition pénale n'avait, dans certains cas, pas besoin d'être validée par un magistrat du siège (v. art. 41-2 al. 25 *in fine* CPP).⁴¹²³ D'autre part, certains modes de saisine, lorsqu'ils s'accompagnent d'une mesure privative de liberté comme en cas de convocation par procès-verbal assortie d'une assignation à domicile ou d'une mesure de contrôle judiciaire ou encore dans le cas de la comparution immédiate, prévoient un passage obligé devant le juge des libertés et de la détention.⁴¹²⁴

779. Ce dernier aspect nous amène directement à la deuxième forme d'intervention du juge de l'avant-procès : le contrôle ponctuel *a priori* des actes d'investigation de l'enquête pour lequel le législateur a prévu l'intervention d'un acteur de création relativement récente sur la scène procédurale française, à savoir juge des libertés et de la détention.⁴¹²⁵ On notera ici, à la différence du système germanique, que les autorités de poursuite ne peuvent pas recourir aux juges des libertés et de la détention pour lui demander de mener certains actes d'investigation (telles les auditions) à des fins probatoires pour garantir la solidité de la procédure.⁴¹²⁶ Cela n'est pas non plus utile puisqu'il peut faire appel à un juge d'instruction lorsque la complexité de l'affaire le justifie.

780. Originellement créé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 principalement pour reprendre le contentieux en matière de détention provisoire à la place du magistrat

⁴¹²⁰ Se rapporter à ce propos pour plus de précisions aux n° 449 et s., p. 418 et s. de cette thèse.

⁴¹²¹ Se rapporter à ce sujet aux n° 419, p. 383 et s. de cette thèse.

⁴¹²² Se rapporter à ce sujet aux n° 418 et s., p. 382 et s. de cette thèse.

⁴¹²³ Se rapporter à ce propos au n° 449, p. 418 et s. de cette thèse.

⁴¹²⁴ Se rapporter à ce sujet aux n° 410 et s., p. 374 et s. de cette thèse.

⁴¹²⁵ V. sur le rôle du JLD lors de l'enquête e. a. LACROIX, Caroline, « Le JLD », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 14-65 ; CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s., l'auteure étant ici elle-même JLD ; LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 9-13.

⁴¹²⁶ CNCDH, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », ass. plén., 2014, *rap. préc.*, p. 10, n° 23.

instructeur⁴¹²⁷ et offrir une garantie supplémentaire à la personne concernée du fait de l'intervention d'un « *double regard* », ⁴¹²⁸ les attributions de ce magistrat sont rapidement étendues au fil des réformes, concernant à l'heure actuelle des activités aussi diverses que le contentieux de la rétention des étrangers ou plus récemment de l'hospitalisation et des soins psychiatriques sous contrainte, reprenant souvent des fonctions jusque-là dévolues au président du tribunal.⁴¹²⁹ Ainsi la professeure Jocelyne Leblois-Happe constatait-elle que le juge des libertés et de la détention, en dehors du Code de procédure pénale qui l'a vu naître, apparaissait aujourd'hui dans pas moins de 17 autres codes dans des domaines tant civils, pénaux, qu'administratifs ; les missions de cet acteur sont ainsi très disparates, ce qui rend une spécialisation somme toute compliquée pour ne pas dire impossible.⁴¹³⁰ Parfaite illustration des mouvements de balanciers incessants du législateur pénal ces dernières années, il donne souvent l'impression d'inaboutissement et peine à faire sa place à côté des acteurs traditionnels que sont le magistrat instructeur et le procureur.⁴¹³¹ C'est la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II qui élargit considérablement le domaine d'intervention de ce juge, conférant au terme de « libertés » figurant dans son appellation un sens bien plus large que celui qu'il lui revenait initialement et faisant de ce juge le protecteur des libertés fondamentales au stade de l'enquête préliminaire.⁴¹³² Avant cette loi, l'enquête préliminaire étant en principe gouvernée par le principe de non coercition, le parquet était parfois obligé d'ouvrir une information en matière correctionnelle, lorsqu'il devenait nécessaire de mettre

⁴¹²⁷ V. sur cet aspect spécif. not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 139, n° 108.

⁴¹²⁸ V. sur cet aspect spécif. not. LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, *Ét. 13* », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 9-10, n° 1 ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, *op. cit.*, p. 36-37, n° 27.

⁴¹²⁹ V. not. CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s. ; IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle », mai 2013, p. 125, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/134000859/index.shtml>>, consulté dernièrement le 30.12.18.

⁴¹³⁰ Sont ici concernés le Code de la santé publique, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le Code de commerce, le Code de la consommation, le livre des procédures fiscales, le Code des postes et des communications électroniques, le Code de justice administrative, le Code rural et de la pêche maritime, le Code de l'environnement, le Code des transports, le Code minier, le Code forestier, le Code de la sécurité intérieure, le Code de l'énergie, le Code des douanes, le Code monétaire et financier et le Code civil. V. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales - quo vadis ? », *Rec. Dal.*, n° 16, avril 2017, p. 874.

⁴¹³¹ V. not. LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, *Ét. 13* », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 9, n° 1.

⁴¹³² V. not. CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s. ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1047, n° 1554.

en œuvre les outils à la seule disposition du magistrat instructeur.⁴¹³³ C'est pour éviter l'ouverture systématique d'une instruction que le législateur a estimé utile de donner la possibilité aux membres du parquet de recourir, sous certaines conditions, à des mesures intrusives et attentatoires aux libertés individuelles, au stade de l'enquête de droit commun mais surtout dans le régime dérogatoire de la criminalité organisée.⁴¹³⁴ Compte tenu de sa qualité de partie poursuivante et d'accusateur au procès, une supervision par un magistrat du siège apparaissait impérieuse, raison pour laquelle le législateur choisit de confier cette nouvelle mission au juge des libertés et de la détention, qui devint par là le juge des atteintes aux libertés dans la phase préparatoire du procès pénal.⁴¹³⁵

781. Conformément à l'art. 137-1 CPP, ce juge est, en principe un magistrat du siège ayant rang de président, de premier vice-président ou de vice-président (du tribunal de grande instance). L'objectif poursuivi par la loi était clair : il était nécessaire que ce juge soit un homme d'expérience (à l'opposé du magistrat instructeur, fonction exerçable dès la sortie de l'ENM et de ce fait souvent en proie aux critiques quant à sa jeunesse et son inexpérience corrélative) et placé hiérarchiquement au-dessus du juge d'instruction.⁴¹³⁶ Cela permettait de limiter le poids de ce dernier sans pour autant recourir à la collégialité, formation économiquement parlant trop lourde qui avait conduit à l'échec des tentatives de réformes précédentes.⁴¹³⁷ La portée de ce principe fut d'abord restreinte par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 qui avait ouvert la voie à la banalisation de la fonction en autorisant de nommer comme juge des libertés et de la détention,⁴¹³⁸ « *le magistrat du siège le plus ancien dans le grade le plus élevé* », en cas d'empêchement du juge originellement compétent (v. ancien art. 137-1 al. 2 CPP). Mais le législateur est dernièrement venu réaffirmer l'importance qu'il attachait à cette mission à l'art. 137-1-1 du CPP qui prévoit désormais, dans l'hypothèse d'une indisponibilité du juge normalement responsable que celui-ci devra en principe être remplacé par un

⁴¹³³ Pour plus de détails à ce propos, se rapporter aux dév. aux n° 309 et s., p. 300 et s.

⁴¹³⁴ CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s.

⁴¹³⁵ *Ibid.* En ce sens égal. REBUT, Didier, « La nécessaire reconnaissance du statut du JLD - Mot de la semaine, n° 209 », *JCP G*, n° 7, février 2016, p. 374.

⁴¹³⁶ LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 9, n° 1 ; LAZERGES, Christine, « Histoire d'une navette parlementaire », *Rev. sc. crim.*, 1-2001, *art. cit.*, p. 18.

⁴¹³⁷ CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s. ; LAZERGES, Christine, « Histoire d'une navette parlementaire », *Rev. sc. crim.*, 1-2001, *art. cit.*, p. 20.

⁴¹³⁸ LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 9, n° 1.

magistrat du premier grade, c'est-à-dire qui dispose d'au moins 7 ans d'expérience⁴¹³⁹. Le juge des libertés et de la détention était à sa création un juge non spécialisé, remplissant des fonctions accessoires, désigné par le président du tribunal de grande instance (v. ancien art. 137-1 al. 2 CPP), lequel pouvait, à tout moment, lui retirer sa mission par simple ordonnance (art. L. 121-3, R. 121-1, R. 212-6 et R. 212-37 COJ).⁴¹⁴⁰ Toutefois, les lois n° 2016-1090 du 8 août 2016 et n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 sont enfin venues consacrer un véritable statut de juge spécialisé à cette fonction.⁴¹⁴¹ En conséquence, le juge des libertés et de la détention est désormais nommé – à l'instar de ses collègues magistrats instructeurs, juges des enfants ou juges de l'application des peines – par décret du président de la République, après avis de la formation compétente du CSM parmi les magistrats du premier grade ou hors hiérarchie (art. 28-3 Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958 relative au statut de la magistrature).⁴¹⁴² Par ailleurs, une autre différence notable et appréciable par rapport au juge de l'enquête allemand tient au fait que l'art. 137-1 al. 3 du CPP prévoit, dans le souci de préserver jusqu'aux apparences d'une partialité, à peine de nullité, que le juge des libertés et de la détention ne peut participer au jugement des affaires pénales dont il a connu.⁴¹⁴³ Les conséquences organisationnelles sont certes lourdes,⁴¹⁴⁴ mais cela nous semble impératif pour garantir au mieux l'impartialité de ce juge. Occasionnellement, afin de débloquer certains conflits qui pourraient résulter de cette règle, le premier président de la cour d'appel peut sur le fondement de l'art. 667-1 du CPP ordonner le renvoi devant une juridiction limitrophe « lorsque la juridiction normalement compétente ne peut être composée en raison de l'existence d'incompatibilités prévues par la loi ».⁴¹⁴⁵ Participe du même esprit l'art. 137-1-1 du CPP (ancien art. L 640 du Code de l'organisation judiciaire), qui prévoit la possibilité pour le premier président de la cour d'appel, sous certaines conditions, de désigner un magistrat ayant le rang de président, de premier vice-président ou de vice-président investi du rôle de

⁴¹³⁹ V. not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 140, n° 108.

⁴¹⁴⁰ V. à ce propos LACROIX, Caroline, « Le JLD », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 7 ; LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 9, n° 1 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 874.

⁴¹⁴¹ V. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 188-189, n° 203 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 873-874.

⁴¹⁴² V. l'ens. des réf. préc. en n. 4141.

⁴¹⁴³ V. not. LACROIX, Caroline, « Le JLD », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 9.

⁴¹⁴⁴ V. à ce propos e. a. GUÉRY, Christian, « Le nouveau juge des libertés et de la détention : premiers problèmes pratiques », *Gaz. Pal.*, n° 253, septembre 2000, p. 2 et s.

⁴¹⁴⁵ V. égal. *ibid.* et LACROIX, Caroline, « Le JLD », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 7.

juge des libertés et de la détention dans un tribunal du ressort, pour exercer concurremment ses fonctions dans, tout au plus, deux autres tribunaux de grande instance du ressort.⁴¹⁴⁶

782. Concernant les missions spécifiques du juge des libertés et de la détention, c'est ici finalement un « *dédoublement* » du juge de l'avant-procès qui s'opère, ce dernier prenant place à côté du magistrat instructeur qui continue à garder la majeure partie de ses pouvoirs de contrainte.⁴¹⁴⁷ Investi d'un rôle central en matière de détention provisoire, ce nouvel acteur a également vocation à contrôler d'autres mesures attentatoires aux libertés, majoritairement au cours de l'enquête ; il intervient en ce sens tant durant l'instruction que l'enquête pour autoriser *a priori* les actes les plus attentatoires aux droits et libertés.⁴¹⁴⁸ À la différence du contrôle de la chambre de l'instruction ou de la juridiction de jugement saisie d'une demande d'annulation, l'intervention du juge des libertés et de la détention se distingue de ces dispositifs en ce qu'il n'est pas appelé à contrôler la validité *a posteriori* des actes d'investigation et ne disposera donc à ce titre pas de pouvoir d'annulation.⁴¹⁴⁹ Sa mission n'est pas davantage de décider de l'opportunité de ces actes : il se distingue en ce sens clairement de son collègue instructeur en ce qu'il n'exerce aucune fonction d'enquête.⁴¹⁵⁰ Il intervient exclusivement comme garant du respect des droits et libertés.⁴¹⁵¹ Son autorisation est en effet requise pour l'exécution de certains actes portant atteinte à la liberté individuelle ou à la vie privée, afin de s'assurer d'une part que les conditions légales de ces actes sont réunies et d'autre part qu'ils satisfont au principe général de nécessité et de proportionnalité, rappelé par l'article préliminaire (III. al. 4 CPP).⁴¹⁵² Son rôle n'est pas cantonné à la seule autorisation de l'acte mais comprend bien plus également le contrôle de ces mesures, sachant qu'il peut

⁴¹⁴⁶ GUÉRY, Christian, « Le nouveau JLD : premiers problèmes pratiques », *Gaz. Pal.*, 253-2000, *art. cit.*, p. 2 et s. ; LACROIX, Caroline, « Le JLD », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 8.

⁴¹⁴⁷ DELMAS-MARTY, Mireille, « Nouvelle procédure pénale ?, Présentation », *Rev. sc. crim.*, 4-2001, *art. cit.*, p. 4.

⁴¹⁴⁸ LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention, op. cit.*, p. 40-41, n° 34 ; en ce sens égal. CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s.

⁴¹⁴⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1047, n° 1554 ; PRADEL, Jean, « La motivation des décisions du juge des libertés et de la détention : vers une rigueur plus grande - Note sous arrêt », *JCP G*, n° 4, janvier 2017, p. 137-138.

⁴¹⁵⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1047, n° 1554 ; CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s.

⁴¹⁵¹ V. l'ens. des réf. préc. en n. 4150.

⁴¹⁵² V. not. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 875.

alors se déplacer pour se convaincre du respect des conditions légales (art. 706-92 CPP).⁴¹⁵³

On constate ici que le juge des libertés et de la détention a un champ d'intervention plus large durant l'enquête que l'information, le juge instructeur, en sa qualité de magistrat du siège, étant lui-même en mesure de décider seul de la plupart des actes concernés.⁴¹⁵⁴

783. En effet, son autorisation est par exemple requise lorsque l'enquête porte sur une infraction relevant de la criminalité organisée, pour permettre la mise en œuvre de mesures exorbitantes du droit commun, telles la prolongation supplémentaire de la garde à vue (art. 706-88 CPP), les perquisitions de nuit (art. 706-90 CPP), les perquisitions hors la présence de la personne concernée en enquête préliminaire (art. 706-94 CPP) ou les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications (art. 706-95 CPP). En dehors de la criminalité organisée, il doit également être fait appel à lui dans le cadre de perquisitions sans le consentement de la personne concernée, en enquête préliminaire (art. 76 CPP), en cas de préservation, par les opérateurs de télécommunication, du contenu des informations consultées par les personnes utilisatrices des services fournis par eux (art. 60-2 et 77-1-2 CPP) ou du recueil anonyme des déclarations d'un témoin (706-58 CPP). Mais ce contrôle sporadique ne concerne pas non plus l'ensemble des mesures coercitives⁴¹⁵⁵ et il est parfois difficile de comprendre les motivations exactes du législateur, qui le poussent à consacrer une compétence de contrôle particulière du juge des libertés et de la détention.⁴¹⁵⁶ Il est par exemple surprenant que ce dernier n'ait pas attribué la vérification de principe des gardes à vue au juge des libertés et de la détention, mesure pourtant par excellence intrusive et attentatoire à la liberté d'aller et venir qui selon les art. art. 63, 77 et 154 CPP relève dans la limite de 48 h de la seule compétence du procureur.⁴¹⁵⁷ Certes, certaines interventions du juge des libertés et de la détention ont été prévues par la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue dans certaines situations par exemple de prolongation du report de l'intervention de l'avocat en garde à vue ou du report de consultation des pièces énumérées par la loi (v. art.

⁴¹⁵³ V. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1048, n° 1554.

⁴¹⁵⁴ En ce sens égal. *ibid.*, p. 1027-1028, n° 1522.

⁴¹⁵⁵ Concernant le caractère sporadique, v. not. CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, art. cit., p. 6 et s. ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, op. cit., p. 40, n° 33.

⁴¹⁵⁶ En ce sens not. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, art. cit., p. 874-875.

⁴¹⁵⁷ V. à ce sujet not. CLERC, Olivier, « Le juge des libertés et de la détention et la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue », *Gaz. Pal.*, n° 188, juillet 2011, p. 29 et s.

63-4-2 et 706-88 CPP).⁴¹⁵⁸ Il nous semble toutefois que l'intervention de principe d'un magistrat du siège en tant que contrôleur de cette mesure s'imposait.⁴¹⁵⁹ Plus récemment la Haute juridiction décidait sous le visa de l'art. 8 CESDH que le recours à la géolocalisation en temps réel, lors d'une procédure judiciaire constituait une ingérence dans la vie privée qui devait être exécutée sous le contrôle d'un juge.⁴¹⁶⁰ S'ensuivit la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, qui, tirant les conséquences des évolutions jurisprudentielles tant européennes que françaises, fit dépendre l'installation du dispositif dans les lieux d'habitation, prévue à l'art. 230-32 du CPP dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance, de l'autorisation du procureur et au-delà de 15 jours de l'intervention du juge des libertés et de la détention (art. 230-33, n° 1 CPP).⁴¹⁶¹

784. Finalement, à l'image de ce qui a été retenu plus haut pour son homologue allemand, le dispositif protecteur du juge des libertés et de la détention demeure aujourd'hui, au sein de l'enquête de droit commun, lacunaire, résiduel et manque de cohérence d'ensemble,⁴¹⁶² comme le reconnu dernièrement sans ambage le Conseil constitutionnel alors qu'il censurait avec raison une bonne parties des nouvelles mesures envisagées par la loi de programmation 2018-2022 en raison de la faiblesse des garanties apportées par le contrôle du juge des libertés et de la détention qu'elles prévoyaient⁴¹⁶³. Quelles sont par exemple les raisons de la reconnaissance d'une compétence d'urgence du parquet concernant l'utilisation d'un IMSI-catcher qui exige en principe l'autorisation du juge des libertés (art. 706-95-4 CPP), alors que d'autres mesures (écoutes téléphoniques, saisie de correspondances électroniques) relevant pareillement de la compétence du juge ne peuvent pas être ordonnées en cas d'urgence par

⁴¹⁵⁸ Pour plus de détails à ce propos, se rapporter à *ibid.*

⁴¹⁵⁹ Nous partageons en ce sens pleinement l'opinion de MONTGOLFIER, Eric (de), « La réforme de la GAV - Point de vue du parquet », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV, art. cit.*, p. 73-75, cette opinion étant d'autant plus intéressante qu'elle vient d'un parquetier lui-même, à noter qu'il propose ici d'accorder le contrôle non pas au juge d'instruction mais au juge des libertés et de la détention ; HODGSON, Jacqueline, « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, 4-2010, *art. cit.*, p. 1370.

⁴¹⁶⁰ Cass. crim., déc. du 22.10.2013, n° 13-81.945 et 13-81.949, publiées au *bull.* n° 196 et 197.

⁴¹⁶¹ En ce sens not. LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 10-11, n° 2-5 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 874-875 ; CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s.

⁴¹⁶² Exposant ce problème LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 875.

⁴¹⁶³ V. CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice.V. à ce sujet not. JACQUIN, Jean-Baptiste, « Réforme de la justice partiellement censurée », *Le Monde*, 23.03.2019, *art. cit.*, p. 12 ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

le ministère public ?⁴¹⁶⁴ Qu'est-ce qui justifie que l'autorisation du juge des libertés et de la détention ne soit pas requise pour la géolocalisation d'une personne ou d'un objet durant moins de 15 jours consécutifs (art. 230-33 CPP), alors qu'elle l'est pour les autres mesures, indépendamment de leur durée ?⁴¹⁶⁵ Le législateur ne prend pas davantage la peine de préciser le rôle exact du juge des libertés et de la détention.⁴¹⁶⁶ Celui-ci est désormais certes un juge spécialisé auquel il a été reconnu un véritable statut.⁴¹⁶⁷ Mais au vu de ses multiples domaines d'intervention, il est permis de se demander en quoi ce juge peut bien être spécialisé.⁴¹⁶⁸ En outre, il apparaît dans ces divers mécanismes comme un magistrat dépourvu de pouvoir d'initiative, réduit à se contenter d'autoriser, mais rarement de contrôler les mesures requises par les autorités de poursuite.⁴¹⁶⁹ En effet, comment pourrait-il refuser d'avaliser les demandes des magistrats travaillant sur des dossiers parfois délicats et exposant des besoins, alors qu'il ne lui est pas permis d'en apprécier la pertinence ?⁴¹⁷⁰ Cette difficulté est renforcée par le caractère discontinu et isolé de l'intervention du juge des libertés et de la détention.⁴¹⁷¹ Enfin, le législateur a limité la compétence de ce juge aux enquêtes concernant les faits les plus graves de sorte que, sur la masse des enquêtes dirigées par le parquet, il ne connaîtrait qu'une infime partie des dossiers.⁴¹⁷² Malgré cet inaboutissement, le juge des libertés et de la détention tend à devenir un protagoniste de taille de l'avant-procès,⁴¹⁷³ son rôle étant toutefois plus convaincant, comme nous le verrons dans le deuxième titre de cette partie, lors de l'instruction⁴¹⁷⁴.

785. Les interventions prévues de ce magistrat ne suffisent donc pas à elles seules à en faire un « véritable juge de l'enquête », celui-ci étant trop étroitement lié au juge d'instruction et

⁴¹⁶⁴ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 875.

⁴¹⁶⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 874-875.

⁴¹⁶⁷ V. not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 188-189, n° 203. Pour plus de détails, se reporter au n° 781, p. 686 et s. de cette thèse.

⁴¹⁶⁸ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 875.

⁴¹⁶⁹ V. LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 10, n° 5.

⁴¹⁷⁰ IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129; LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 10, n° 5.

⁴¹⁷¹ CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s.

⁴¹⁷² *Ibid.*

⁴¹⁷³ En ce sens not. GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève, « La figure du juge de l'avant-procès entre symboles et pratique », dans *Mélanges Pradel*, 2006, *art. cit.*, p. 337-349; LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 10, n° 5; LEBUR, François, « Le JLD : béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.*, 209-2001, *art. cit.*, p. 3 et s.

⁴¹⁷⁴ IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129.

au ministère public.⁴¹⁷⁵ Sous l'empire de la loi du 15 juin 2000, le législateur avait certes été plus ambitieux, en lui confiant le pouvoir d'arbitrer la durée de l'enquête (v. l'anc. art. 77-2 CPP) mais le dispositif, alors mis en place avait été aboli peu de temps après par la loi du 9 septembre 2002 pour des raisons de praticabilité.⁴¹⁷⁶ Tantôt qualifié « *d'alibi* »⁴¹⁷⁷ face à la montée en puissance des prérogatives du parquet, tantôt perçue comme « *simple chambre d'enregistrement apposant son cachet sur les requêtes qui lui sont transmises* »⁴¹⁷⁸, un auteur, tout en appréciant l'intervention de ce magistrat selon lui bénéfique, soulignait en même temps qu'il fallait bien du courage pour vanter les mérites de ce juge⁴¹⁷⁹.

B – Le juge des libertés et de la détention : un mécanisme en pratique largement perfectible au stade de l'enquête

786. On retrouve à l'origine de ce scepticisme de nombreuses causes similaires à celles déjà rencontrées de l'autre côté de la frontière.

787. Concernant d'abord le « droit de regard » de la juridiction de jugement, le législateur a certes soumis certaines décisions d'opportunité du procureur à un contrôle du juge judiciaire par ordonnance (ordonnance pénale), homologation ou validation. Il a déjà été démontré lors de l'analyse détaillée de ces nouvelles procédures que celles-ci se heurtaient toutefois aux principes qui régissent classiquement le procès pénal du fait de l'élargissement des pouvoirs de l'autorité de poursuite aux dépens de l'autorité de jugement, dépossédée de ses pouvoirs, pourtant traditionnels par excellence, de sanction et de jugement.⁴¹⁸⁰ À cela s'ajoute le caractère fréquemment « *succinct* » ou « *rapide* » de ces mécanismes de contrôle, la garantie

⁴¹⁷⁵ En ce sens not. CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s.

⁴¹⁷⁶ V. not. LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 10, n° 3.

⁴¹⁷⁷ V. p. ex. DAOUD, Emmanuel, « Le juge des libertés et de la détention, avatar ou résurrection ? », *Dal. act.*, 8 juillet 2016.

⁴¹⁷⁸ CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s., à noter toutefois que l'auteure ne reprend ces termes ici que pour les réfuter, sans partager la critique exercée par la doctrine.

⁴¹⁷⁹ NIORÉ, Vincent et DUSSEAU, Loïc, « Le cœur de la défense », *Gaz. Pal.*, n° 115, avril 2015, p. 10 et s., qui se réfère ici à l'auteure CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s.

⁴¹⁸⁰ En ce sens e. a. SAAS, Claire, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *Rev. sc. crim.*, 2004, *art. cit.*, p. 827 et s. ; SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 14-15, n° 4-5. On renverra par ailleurs ici aux analyses détaillées précédemment effectuées à l'occasion de la présentation des mesures en question, v. n° 417 et s., p. 381 et s. et n° 451 et s., p. 423 et s. de cette thèse.

de validation par le juge judiciaire apparaissant largement artificielle⁴¹⁸¹, quand ils ne sont pas tout bonnement supprimés dans certaines hypothèses par le législateur comme dans le cas de la composition pénale (art. 41-2 al. 26 CPP *in fine*).⁴¹⁸² Cela est d'autant plus vrai dans le cadre d'un procédé de validation, le juge n'opérant alors – à la différence du dispositif d'homologation – qu'un contrôle de la régularité formelle de la procédure.⁴¹⁸³ Il ne pourra dans cette hypothèse ni contrôler l'opportunité de la mesure ni la légalité des actes d'investigation effectués.⁴¹⁸⁴ Une auteure qualifia ainsi, à notre sens justement, ces interventions « *d'atypiques* » en cas notamment de composition pénale et de « *boîteuse* » dans le cadre du plaider-coupable,⁴¹⁸⁵ ce dernier caractère valant selon nous tout autant pour les autres procédures de validation ou d'homologation qui s'appliquent dans les hypothèses de conventions judiciaires d'intérêt public. Si les refus de validation par le juge sont peu fréquents, cela ne serait pas, d'après les études portant, par exemple sur l'application de la composition pénale, le signe d'une absence ou de l'inefficacité du contrôle mais s'expliquerait bien plus par les ententes préalables entre le parquet et le siège à la mise en œuvre de la composition pénale, les types d'infractions concernés et les mesures envisagées ayant fait l'objet d'un « accord-cadre » en amont de la procédure.⁴¹⁸⁶ En effet, dès lors que le ministère public s'en tient aux termes de la négociation, le magistrat du siège validera alors toutes les compositions.⁴¹⁸⁷ Mais, s'il est vrai que cette forme spécifique de mise en œuvre du dispositif respecte d'une manière atypique l'exigence de vérification par juge du siège, elle n'en accentue pas moins la remise en cause de la séparation traditionnelle des fonctions de poursuite et de jugement, plaçant le curseur au net avantage du procureur.⁴¹⁸⁸ Par ailleurs, une application trop systématique et/ou rigide des barèmes par les délégués du procureur est

⁴¹⁸¹ Concernant not. la composition pénale et le plaider coupable, v. GRUNVALD, Sylvie et DANET, Jean, *Une première évaluation de la composition pénale: rapport final*, France, 2004, p. 55-59. Mais cela vaut pour tous les autres mécanismes ici abordés.

⁴¹⁸² Se rapporter à ce propos au n° 449, p. 418 et s. de cette thèse.

⁴¹⁸³ JEANNE, Nicolas, « Réflexion sur la transaction pénale par OPJ », *Rev. sc. crim.*, 1-2016, *art. cit.*, p. 13, n° 18 ; CAPDEPON, Yannick, « Juge du siège et évolution de la procédure pénale », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, n° 8.

⁴¹⁸⁴ V. l'ens. des réf. préc. en n. 4183.

⁴¹⁸⁵ SAAS, Claire, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *Rev. sc. crim.*, 2004, *art. cit.*, p. 827 et s.

⁴¹⁸⁶ GRUNVALD, Sylvie et DANET, Jean, *Une première évaluation de la composition pénale*, *op. cit.*, p. 68-69 et 74-75.

⁴¹⁸⁷ SAAS, Claire, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *Rev. sc. crim.*, 2004, *art. cit.*, p. 827 et s.

⁴¹⁸⁸ LAZERGES, Christine, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 3-2003, *art. cit.*, p. 654.

également à même de porter atteinte au précepte d'individualisation de la peine.⁴¹⁸⁹ S'agissant des autres dispositifs d'ordonnance, de validation ou d'homologation, ils ont aussi tous en commun la marge de décision restreinte qu'ils réservent au juge, ce qui tend inéluctablement à rendre l'opération de contrôle de ces mesures, lassante et superficielle.⁴¹⁹⁰ Le risque que le magistrat du siège ne se contente que d'une simple vérification formelle de la bonne application du droit, le rôle moteur restant dévolu au procureur, est donc tout aussi grand.⁴¹⁹¹ En outre, il n'est pas exclu que le magistrat du siège décide, à l'instar de sa participation à la mise en œuvre de la composition pénale, d'intervenir dans la négociation d'« accords-cadres », en exerçant un contrôle *a priori* qui ne correspondra alors plus à l'esprit des textes.⁴¹⁹²

788. Quant aux interventions du juge des libertés et de la détention, on retrouve ici nombre des lacunes déjà évoquées pour le juge de l'enquête allemand, dont notamment la contrainte temporelle, le manque de spécialisation, la dépendance des informations fournies par les autorités de poursuite et le manque d'aspects attrayants de la fonction, qui se traduit par une validation quasi-systématique des mesures coercitives dépendant de l'accord du juge de l'enquête et laissent douter d'un contrôle efficace.⁴¹⁹³ Si l'on dénote ici des efforts législatifs et jurisprudentiels bénéfiques certains pour renforcer ce dispositif de création récente, outre le fait qu'ils n'ont pas suffi à éradiquer l'intégralité des difficultés rencontrées, il nous semble que le problème de fond du juge des libertés et de la détention perdure, la vérification de l'acte demeurant superficielle, faute d'intervention continue et de plénitude de compétences de ce magistrat.⁴¹⁹⁴

⁴¹⁸⁹ SAAS, Claire, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *Rev. sc. crim.*, 2004, *art. cit.*, p. 827 et s.

⁴¹⁹⁰ CAPDEPON, Yannick, « Juge du siège et évolution de la procédure pénale », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, not. n° 7 et 8 ; JEANNE, Nicolas, « Réflexion sur la transaction pénale par OPJ », *Rev. sc. crim.*, 1-2016, *art. cit.*, n° 18.

⁴¹⁹¹ SAAS, Claire, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *Rev. sc. crim.*, 2004, *art. cit.*, p. 827 et s.

⁴¹⁹² *Ibid.*

⁴¹⁹³ V. à ce propos e. a. LEBUR, François, « Le JLD : béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.*, 209-2001, *art. cit.*, p. 9 ; GUÉRY, Christian, « Le nouveau JLD : premiers problèmes pratiques », *Gaz. Pal.*, 253-2000, *art. cit.*, p. 2 et s. ; MATSOPOULOU, Haritini, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée, à propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 - Libres propos, doct. n° 707 », *JCP G*, n° 25, 2016, p. 1225-1224 ; IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 125-131.

⁴¹⁹⁴ En ce sens not. MATSOPOULOU, Haritini, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée (doct. n° 707) », *JCP G*, 25-2016, *art. cit.*, p. 1224-1225.

789. Concernant les craintes de partialité susceptibles de peser sur un juge des libertés et de la détention, le législateur français a pris, comme indiqué plus haut et contrairement à son homologue allemand, une initiative appréciable dans le sens des libertés fondamentales avec l'art. 137-1 al. 3 du CPP.⁴¹⁹⁵ Toutefois, le champ d'application de cette interdiction pour le juge des libertés et de la détention de participer au jugement ultérieurement est sujet à controverses, celle-ci n'étant expressément prévue que dans le cadre de l'instruction alors que des situations pareillement litigieuses peuvent également se présenter dans d'autres circonstances, comme, par exemple, dans le cadre d'une procédure de comparution immédiate.⁴¹⁹⁶ Or, l'art. 396 du CPP, qui prévoit l'intervention du juge des libertés et de la détention dans cette dernière hypothèse, ne reprend la prohibition de l'art. 137-1 al. 3 du CPP, pas plus qu'il n'y renvoie. Pourtant, le magistrat devra, s'il décide de placer le mis en cause en détention provisoire jusqu'au procès, mentionner explicitement les motifs de sa décision, et indiquera à cet effet par exemple qu'il souhaite empêcher des contacts entre des « *complices* », « *mettre fin à l'infraction* », ou « *prévenir son renouvellement* », ou qu'il entend « *mettre fin à un 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* » (art. 396 al. 3 combiné à l'art. 144 CPP). Dans l'ensemble de ces constellations, les raisons retenues supposent nécessairement que le juge des libertés et de la détention considère l'infraction comme commise, et donc le prévenu comme coupable.⁴¹⁹⁷ En conséquence indépendamment du fait qu'il ait tort ou raison, ce magistrat prend de manière univoque et écrite position sur la question de la responsabilité de la personne déférée.⁴¹⁹⁸ Il est donc difficile de déceler une différence entre son intervention lors d'une instruction et dans le cadre de procédure de comparution immédiate, susceptible de justifier que l'exigence générale d'impartialité prévue à l'art. 137-1 du CPP ne vaille que dans la première hypothèse, puisque mettre fin à l'infraction

⁴¹⁹⁵ Se rapporter au n° 781, p. 686 et s. de cette thèse.

⁴¹⁹⁶ V. not. LACROIX, Caroline, « Le JLD », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 10 ; HUYETTE, Michel, « JLD, comparution immédiate et procès équitable », *Rec. Dal.*, n° 22, juin 2003, p. 1453 et s. ; LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 12, n° 9-10.

⁴¹⁹⁷ V. not. HUYETTE, Michel, « JLD, comparution immédiate et procès équitable », *Rec. Dal.*, 22-2003, *art. cit.*, p. 1453.

⁴¹⁹⁸ *Ibid.*

implique dans les deux cas de se prononcer pareillement sur la culpabilité.⁴¹⁹⁹ Établir ici une distinction ne paraît en outre pas conforme aux exigences conventionnelles.⁴²⁰⁰ Certes, la CEDH refuse de se fonder sur les apparences dans le souci de faciliter le fonctionnement des juridictions nationales et estime, que le fait qu'un juge ait pris des décisions avant le procès, notamment au sujet de la détention provisoire, ne suffit pas à justifier, à lui seul des appréhensions quant à son impartialité s'il intervient par la suite dans le jugement.⁴²⁰¹ Toutefois, cette juridiction analysera en détail la nature et la portée de la première décision adoptée, afin d'établir s'il y a lieu d'y voir un préjugement contraire aux garanties de l'art. 6 de la CESDH.⁴²⁰² Dans le cas d'espèce, Hauschildt contre Danemark, la Cour de Strasbourg retint d'ailleurs une violation de cette norme, l'application du texte danois en cause se rapportant à la détention provisoire, imposant que le magistrat compétent s'assure de « *l'existence de soupçons particulièrement renforcés que l'intéressé a commis les infractions dont on l'accuse* ». ⁴²⁰³ Or d'après les explications législatives mêmes, cela induisait une conviction de culpabilité très claire envers l'individu concerné, ce qui laissait paraître « *l'écart entre la question à trancher pour recourir audit article et le problème à résoudre à l'issue du procès [...] infime* ». ⁴²⁰⁴ Ce raisonnement fondé sur l'analyse *in concreto* de la décision prise en amont du procès, semble pouvoir s'appliquer parfaitement au système français, dans tous les cas où est décidée une détention provisoire (indépendamment du cadre juridique de la mise en état de l'affaire) puisque la motivation présentant l'adéquation des éléments du dossier avec les critères légaux requis, mène évidemment le juge des libertés et de la détention à porter une appréciation sur la valeur des charges et donc sur la culpabilité de l'auteur présumé. ⁴²⁰⁵ À noter à cet égard que le Conseil constitutionnel semble bien avoir vu le problème puisque, tout en validant le nouvel art. 802-2 du CPP issu de la loi de programmation 2018-2022 permettant désormais au juge des libertés et de la détention

⁴¹⁹⁹ En ce sens not. LACROIX, Caroline, « Le JLD », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 10 ; HUYETTE, Michel, « JLD, comparution immédiate et procès équitable », *Rec. Dal.*, 22-2003, *art. cit.*, p. 1453 et s. ; LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 12, n° 9-10.

⁴²⁰⁰ V. not. HUYETTE, Michel, « JLD, comparution immédiate et procès équitable », *Rec. Dal.*, 22-2003, *art. cit.*, p. 1453 et s. ; LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 12, n° 10.

⁴²⁰¹ CEDH, déc. du 24.05.1989, n° 10486/83, Hauschildt c. Danemark, ici spéc. n° 45.

⁴²⁰² *Ibid.*, spéc. n° 46 et s.

⁴²⁰³ *Ibid.*, spéc. n° 52.

⁴²⁰⁴ *Ibid.*

⁴²⁰⁵ En ce sens LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 12, n° 10 ; HUYETTE, Michel, « JLD, comparution immédiate et procès équitable », *Rec. Dal.*, 22-2003, *art. cit.*, p. 1453 et s.

d'annuler une perquisition ou une visite domiciliaire en l'absence de poursuite devant une juridiction d'instruction, il émettait ici la réserve que lorsque la décision contestée « a été ordonnée par un juge des libertés et de la détention, ce juge ne saurait, sans méconnaître le principe d'impartialité, statuer sur la demande tendant à l'annulation de sa décision ».⁴²⁰⁶

790. Quant à la question de savoir si un juge des libertés et de la détention ayant autorisé une mesure touchant aux libertés, peut connaître de l'affaire en jugement, il serait à notre sens bénéfique de procéder ici aussi – en dépit du silence de la loi – à une appréciation *in concreto* pour appliquer, si besoin est, le principe ressortant de l'art. 137-1 al. 3 du CPP.⁴²⁰⁷ En effet, la loi exige parfois que l'autorisation du juge des libertés et de la détention soit motivée par des éléments de fait et de droit justifiant le caractère nécessaire des opérations (p. ex. art. 76 ou 706-92 CPP). Dans cette hypothèse, seul un examen concret du cas d'espèce sera en mesure de révéler si le magistrat compétent s'est fondé simplement sur des indices suffisants, ou si sa décision était motivée par des soupçons particulièrement renforcés, assimilables à un constat de culpabilité.⁴²⁰⁸

791. Concernant les difficultés rencontrées dans la pratique par le juge des libertés et de la détention, celles-ci sont d'abord d'ordre organisationnel.⁴²⁰⁹ Le temps que ce magistrat peut consacrer à ses attributions est d'abord fonction de la taille de la juridiction, puisque la qualité de principe requise de président, premier vice-président ou vice-président, liée à l'interdiction que ce dernier participe par la suite au jugement de l'affaire dont il a préalablement eu connaissance (art. 137-1 al. 3 CPP), pose des difficultés certaines dans les juridictions de petite taille, d'autant que le vice-président est alors souvent celui qui préside aussi la correctionnelle.⁴²¹⁰ En conséquence, il est paradoxalement fréquent qu'un magistrat

⁴²⁰⁶ V. CC, déc. du 21.03.2019, n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, ici spéc. al. 198.V. à ce sujet égal. FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

⁴²⁰⁷ En ce sens not. LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ? », *Ét. 13*, *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 12, n° 11.

⁴²⁰⁸ *Ibid.*

⁴²⁰⁹ V. à ce propos not. IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 125-131 ; LEBUR, François, « Le JLD : béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.*, 209-2001, *art. cit.*, p. 9 ; GUÉRY, Christian, « Le nouveau JLD : premiers problèmes pratiques », *Gaz. Pal.*, 253-2000, *art. cit.*, p. 2 et s. ; CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s.

⁴²¹⁰ LEBUR, François, « Le JLD : béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.*, 209-2001, *art. cit.*, p. 3 et s. ; GUÉRY, Christian, « Le nouveau JLD : premiers problèmes pratiques », *Gaz. Pal.*, 253-2000, *art. cit.*, p. 2 et s. ; CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s.

«civiliste» soit juge des libertés et de la détention.⁴²¹¹ De plus, la fonction est clairement impactée par le système de « roulement de magistrats et de greffiers » qui la gouverne nécessairement.⁴²¹² Tout comme son homologue allemand, la charge de travail du juge des libertés et de la détention est en effet considérable.⁴²¹³ Il ne s'agit ici pas tant des heures de travail effectives que de la disponibilité de ce magistrat, alors qu'il est soumis aux aléas de la permanence pénale telles les présentations tardives devant le juge d'instruction dont seuls les débats contradictoires marqueront la fin.⁴²¹⁴ Un partage des tâches est certes possible et indispensable mais conduit lui-même à certaines difficultés, dans la mesure où chaque juge des libertés et de la détention de permanence est susceptible d'être amené à connaître du même dossier que celui dans lequel son collègue est intervenu la semaine précédente, par nécessité de répondre aux demandes de mise en liberté dans un délai rapide.⁴²¹⁵ Ainsi était-il constaté en 2013 que cette mission, lorsqu'elle n'est pas répartie entre plusieurs juges pour partager « la corvée »⁴²¹⁶, était le plus souvent dévolue au dernier arrivé, avec la promesse de l'en décharger dans l'année ou les deux années qui suivent.⁴²¹⁷ L'agenda du magistrat, aussi imprévisible que celui d'un procureur voire d'un avocat, rendait la tâche particulièrement ingrate.⁴²¹⁸ De plus, le « rythme de rotation excessif », menait à des pratiques contestables des autorités de poursuite qui profitaient de cette valse des magistrats pour choisir leur juge en jouant sur la date de saisine.⁴²¹⁹ Leur crédibilité était en outre, jusqu'à peu, contrariée par

⁴²¹¹ GUÉRY, Christian, « Le nouveau JLD : premiers problèmes pratiques », *Gaz. Pal.*, 253-2000, *art. cit.*, p. 2 et s. ; LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 9, n° 1.

⁴²¹² TAUBIRA, Christine, « Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle », n° 661, Paris, Sénat, 31 juillet 2015, p. 168, en ligne : <<https://www.senat.fr/leg/pjl14-661.pdf>>, consulté dernièrement le 02.10.2019.

⁴²¹³ GUÉRY, Christian, « Le nouveau JLD : premiers problèmes pratiques », *Gaz. Pal.*, 253-2000, *art. cit.*, p. 2 et s. ; IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129.

⁴²¹⁴ GUÉRY, Christian, « Le nouveau JLD : premiers problèmes pratiques », *Gaz. Pal.*, 253-2000, *art. cit.*, p. 2 et s.

⁴²¹⁵ *Ibid.*

⁴²¹⁶ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 874.

⁴²¹⁷ DELMAS-GOYON, Pierre (dir.), « "Le juge du 21^{ème} siècle", un citoyen acteur, une équipe de justice », ministère de la Justice, décembre 2013, p. 53-54, en ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf, consulté dernièrement le 27.10.19 ; IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 173.

⁴²¹⁸ Se rapporter à l'ens. des réf. préc. en n. 4216 et 4217. Particulièrement illustratif de ce problème est le surnom attribué aux juges exerçant ces fonctions : « *Les jamais là pour dîner* », v. JACQUIN, Jean-Baptiste, « Juge des libertés et de la détention à Créteil : " On peut avoir l'impression de ne servir à rien " », *Le Monde*, 18 mai 2016, p. 11. Pour un aperçu du quotidien difficile des juges des libertés et de la détention, v. égal. CEAUX, Pascal, « Juge des libertés et de la détention, de la difficulté d'incarcérer », *Le Monde*, 20 février 2006, p. 20.

⁴²¹⁹ Se rapporter à l'ens. des réf. préc. en n. 4216 et 4217.

leur absence de statut, laquelle nuisait assurément à leur bon investissement dans celle-ci.⁴²²⁰ En effet, le statut de juge non spécialisé révocable à tout moment par simple ordonnance du président de la juridiction exposé précédemment était signe de l'inaboutissement de ce rôle relativement récent, de même que de son caractère précaire et provisoire.⁴²²¹ Combiné aux contraintes temporelles et au fait, qu'à l'exception de Paris, ce magistrat cumule généralement cette fonction avec une autre, qui est pour lui principale, il faut convenir que de telles conditions ne pouvaient que pousser au survol superficiel d'actes « étrangers » et n'incitaient en rien à prendre le temps pour examiner en détail le dossier en cause.⁴²²² Il était certes originellement possible de justifier cette particularité par le caractère expérimental de ce nouvel acteur, compte tenu de la difficulté à le positionner aux côtés du magistrat instructeur et du procureur.⁴²²³ Mais cet argument était devenu caduc avec le développement constant de ses missions et le véritable essor de ce nouveau protagoniste, passé du rôle limité de juge du placement en détention provisoire sur requête de son collègue instructeur, à celui étendu d'autorité de surveillance des pouvoirs coercitifs dévolus au procureur dans les enquêtes.⁴²²⁴ Ainsi est-il grand temps pour le législateur de se saisir de la question, ce dernier ayant consacré tout récemment un véritable statut de juge spécialisé à cet acteur, avec la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 combiné à celle n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, qui permet par le biais de nouvelles garanties d'indépendance et de permanence, qu'impose leur exercice, de conférer à la mission même des protections individuelles au stade de l'enquête, de même qu'au juge des libertés et de la détention, une plus grande légitimité et autorité face au procureur et aux parties privées.⁴²²⁵ Le juge des libertés et de la détention est

⁴²²⁰ V. not. REBUT, Didier, « La nécessaire reconnaissance du statut du JLD (n° 209) », *JCP G*, 7-2016, *art. cit.*, p. 374. Dans un sens similaire égal. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 873-874.

⁴²²¹ V. not. REBUT, Didier, « La nécessaire reconnaissance du statut du JLD (n° 209) », *JCP G*, 7-2016, *art. cit.*, p. 374. V. égal. LEBUR, François, « Le JLD : béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.*, 209-2001, *art. cit.*, p. 3 et s. ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 874. Se rapporter pour plus de précisions à ce sujet au n° 781, p. 686 et s.

⁴²²² V. not. REBUT, Didier, « La nécessaire reconnaissance du statut du JLD (n° 209) », *JCP G*, 7-2016, *art. cit.*, p. 374.

⁴²²³ *Ibid.*

⁴²²⁴ *Ibid.* Dans un sens similaire égal. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 873-874.

⁴²²⁵ V. p. ex. JACQUIN, Jean-Baptiste, « Vers un statut protecteur pour le juge des libertés et de la détention », *Le Monde*, 6 mai 2016, p. 7 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 873-874 ; REBUT, Didier, « La nécessaire reconnaissance du statut du JLD (n° 209) », *JCP G*, 7-2016, *art. cit.*, p. 374.

donc, depuis le 1^{er} septembre 2017, devenu un juge à part entière.⁴²²⁶ Il exerce désormais ses missions pendant 10 ans au maximum dans le même ressort et est remplacé, en cas d'absence, par l'un de ses collègues ou par un juge **non spécialisé** du même tribunal (art. 137-1-1 CPP). En conséquence, il a été désormais mis un terme à la pratique contestable, constatée par le passé, de décharger le juge des libertés et de la détention de sa mission par simple ordonnance sous la pression de services de police, jugeant sans doute le magistrat concerné insuffisamment docile.⁴²²⁷ De même, le rythme excessif des rotations et l'ingratitude de la tâche que confortait le système antérieur, devraient s'en trouver atténués sans disparaître complètement, puisqu'en cas d'imprévus (inhérents à la fonction), il peut toujours être fait appel à des juges non spécialisés.⁴²²⁸

792. À cela vient s'ajouter, malgré la spécialisation désormais affirmée par les textes, que celle-ci demeure matériellement à peine réalisable en pratique, du fait de la disparité des missions du juge des libertés et de la détention et de leur incohérence d'ensemble.⁴²²⁹ Compte tenu des matières aussi sensibles que les infractions de criminalité organisée et plus encore celles de terrorisme, cet aspect est toujours susceptible d'engendrer des doutes quant à la capacité de ce magistrat à traiter de sujets aussi complexes dans lesquels les autorités de poursuite disposeront de connaissances bien supérieures.⁴²³⁰ Ce manque de connaissance approfondie des dossiers sera en outre conforté par les contraintes temporelles, dégradant le plus souvent la vérification du juge des libertés et de la détention au stade de l'enquête à une simple formalité.⁴²³¹ Dans une telle hypothèse, il lui sera alors quasiment impossible de résister aux propositions du procureur pour affirmer son indépendance à l'égard de ce dernier

⁴²²⁶ V. not. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 873-874 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 188-189, n° 203.

⁴²²⁷ V. not. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 874. Illustrant le problème particulier d'une révocation de JLD contestable dans un cas d'espèce : JACQUIN, Jean-Baptiste, « Vers un statut protecteur du JLD », *Le Monde*, 06.05.2016, *art. cit.*, p. 7.

⁴²²⁸ V. not. TAUBIRA, Christine, « Projet de loi portant application des mesures rel. à la justice du XXI^e s. », n° 661, Sénat, 2015, *rap. préc.*, p. 173 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 874.

⁴²²⁹ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 875. Dans un sens similaire égal. DAOUD, Emmanuel, « Le JLD, avatar ou résurrection ? », *Dal. act.*, 08.07.2016, *art. cit.*

⁴²³⁰ CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 411. En ce sens égal. CEAX, Pascal, « JLD, de la difficulté d'incarcérer », *Le Monde*, 20.02.2006, *art. cit.*, p. 20 Cette insuffisance de connaissance est telle qu'elle pousse un magistrat interrogé sur la fonction à affirmer : « *le JLD ? Un aveugle qui prend des décisions dans l'urgence et sous la pression* » (Olivier Joulin, repris par l'art. du Monde préc.).

⁴²³¹ En ce sens égal. CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 411.

dans l'appréciation des éléments de preuve, son intervention en urgence sur des questions techniques sans maîtrise de celles-ci ni connaissances appropriées du dossier tendent ainsi à faire de ce magistrat un « *personnage transparent* ». ⁴²³²

793. En conséquence, les requêtes des autorités de poursuite sont (à la différence de celles du juge d'instruction en matière de détention provisoire) presque systématiquement validées. ⁴²³³ Il ne servirait selon certains « *en réalité qu'à donner un coup de tampon alors que les mesures ordonnées entraînent des atteintes particulièrement graves à la vie privée* ». ⁴²³⁴ Outre le volume d'affaires qui peut être énorme, le juge des libertés et de la détention dispose le plus souvent de peu d'informations de la part du parquet, ce qui le place dans une position de faiblesse face à la défense qui détient les éléments. ⁴²³⁵ S'agissant par exemple des investigations financières, les services d'enquêtes fiscales ne tendent à préparer véritablement les requêtes et les ordonnances que dans le cas des perquisitions fiscales (visites domiciliaires), dans le cadre de grosses affaires financières. ⁴²³⁶ Faute de renseignements précis, il semble à cet égard difficile de parler de « *prêt-à-signer* ». ⁴²³⁷ Et, il va de soi qu'il lui est quasiment impossible de s'opposer à un acte dont il ne peut, en l'absence de compétence à cet effet, apprécier l'opportunité sous peine d'empiéter sur les prérogatives du ministère public. ⁴²³⁸ C'est ce qui explique le caractère de simple formalité des autorisations

⁴²³² L'expression « *personnage transparent* » est ici de LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 11, n° 5 ; en ce sens égal. CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 411.

⁴²³³ V. IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129 ; CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s. La haute juridiction elle-même, s'agissant des écoutes téléphoniques, n'exige pas que le JLD exerce un contrôle immédiat sur le déroulement de l'écoute qu'il a autorisée mais seulement qu'il soit informé sans délai par le procureur, v. Cass. crim., déc. du 23.05.2006, n° 06-83.241, publiée au *bull.* n° 139, p. 504 ; elle décidait égal. que les informations données par le procureur au JLD portent sur les diligences effectuées et non sur leur contenu, v. Cass. crim., déc. du 26.03.2008, n° 07-88.281, publiée au *bull.* n° 74. Pour une constatation réc. de ce phénomène dans la pratique not. JACQUIN, Jean-Baptiste, « JLD à Créteil », *Le Monde*, 18.05.2016, *art. cit.*, p. 11.

⁴²³⁴ MATSOPOULOU, Haritini, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée (doctr. n° 707) », *JCP G*, 25-2016, *art. cit.*, p. 1225.

⁴²³⁵ V. e. a. IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée (doctr. n° 707) », *JCP G*, 25-2016, *art. cit.*, p. 1224-1225. Un magistrat interrogé sur la fonction résumait celle-ci en ces termes : « *le JLD ? Un aveugle qui prend des décisions dans l'urgence et sous la pression* », Olivier Joulin, repris par CEAUX, Pascal, « JLD, de la difficulté d'incarcérer », *Le Monde*, 20.02.2006, *art. cit.*, p. 20.

⁴²³⁶ IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129.

⁴²³⁷ *Ibid.*

⁴²³⁸ *Ibid.* En ce sens égal. LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 10, n° 5.

d'écoute qui dans les faits sont signées en 30 secondes.⁴²³⁹ Les décisions sont peu motivées sauf dans le cas des perquisitions, dans lequel ce magistrat disposera de plus d'éléments fournis par les autorités de poursuite et pourra de surcroît exiger les pièces nécessaires afin d'opérer un réel contrôle.⁴²⁴⁰ Dans ces circonstances, il n'est ainsi pas étonnant que l'on retrouve parfois le phénomène déjà rencontré au sujet du juge de l'enquête allemand, de renvoi aux motivations des autorités de poursuite, en guise de seule justification.⁴²⁴¹ Jusqu'à très récemment, cette pratique était d'ailleurs largement admise par la jurisprudence en vigueur en raison de l'absence de sanction.⁴²⁴² En effet, l'art. 76 al. 4 du CPP permet par exemple au juge des libertés et de la détention, sous certaines conditions, de « *décider, par une décision écrite et motivée* », à la demande du procureur, que des opérations de perquisition seront effectuées sans l'assentiment du domiciliaire. « *À peine de nullité* », ce magistrat devra alors motiver sa décision « *par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires* » (art. préc.). Mais, les attentes de la haute juridiction n'étaient pas très élevées en la matière, alors qu'elle se satisfaisait jusqu'à peu d'une décision du juge des libertés et de la détention, motivée à ce propos par la seule référence à la requête présentée par le procureur de la République, « *dès lors que [cette demande] comporte toutes les indications [légales] exigées* ». ⁴²⁴³ Par deux arrêts que l'on peut véritablement qualifier de principe,⁴²⁴⁴ la chambre criminelle opéra un revirement décidant dans son premier arrêt au visa des articles 76, al. 4, du CPP et 8 de la CESDH que : « *l'ordonnance du juge des libertés et de la détention qui se borne à se référer à la requête présentée par le procureur de la République aux fins de perquisition [...] n'est pas conforme aux exigences de ce texte* »⁴²⁴⁵. Le second arrêt transpose cette solution à une situation voisine

⁴²³⁹ IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129.

⁴²⁴⁰ *Ibid.*

⁴²⁴¹ V. p. ex. PRADEL, Jean, « Motivation des décisions du JLD : vers une rigueur plus grande », *JCP G*, 4-2017, *art. cit.*, p. 139.

⁴²⁴² Cass. crim., déc. du 06.03.2013, n° 12-87.810, publiée au *bull.* n° 62 ; Cass. crim., déc. du 29.05.2013, n° 13-80.908, inédite. V. à cet égard égal. FOURMENT, François, « Halte aux ordonnances du JLD motivées par référence aux réquisitions du procureur de la République », *Gaz. Pal.*, n° 4, janvier 2017, p. 60 et s.

⁴²⁴³ V. l'ens. des réf. préc. en n. 4242.

⁴²⁴⁴ En ce sens not. PRADEL, Jean, « Motivation des décisions du JLD : vers une rigueur plus grande », *JCP G*, 4-2017, *art. cit.*, p. 139.

⁴²⁴⁵ Cass. crim., déc. du 23.11.2016, n° 15-83.649, publiée au *bull.* : « *cette exigence d'une motivation adaptée et circonstanciée s'impose au regard des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'Homme et en tenant compte de l'évolution du statut et du rôle juridictionnel du juge des libertés et de la détention voulue par le législateur ; [...] cette motivation constitue une garantie essentielle contre le risque d'une atteinte*

concernant une autre mesure attentatoire aux libertés individuelles à savoir la prolongation d'une garde à vue en matière de criminalité organisée, bien que l'art. 706-88 du CPP ne précise pas, à la différence de l'art. 76 al. 4 du même Code, que la décision du juge des libertés et de la détention doit être, « *à peine de nullité (...)[,] motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires* ». ⁴²⁴⁶ Il procure ainsi à ce principe une portée générale, induisant de manière implicite mais nécessaire son application à l'ensemble des ordonnances des juges des libertés et de la détention, tel par exemple en matière de détention provisoire ou de recueil de preuves techniques. ⁴²⁴⁷ En pratique, le magistrat du parquet et le juge des libertés et de la détention, appartenant au même corps, sont très proches constitutionnellement et peuvent être amenés à parler de l'affaire avant la décision du juge, raison pour laquelle il n'est pas rare que le juge des libertés et de la détention, en rendant sa décision, fasse régulièrement écho plus ou moins fidèlement au contenu de la requête, ce à quoi la chambre criminelle ne s'oppose aucunement. ⁴²⁴⁸ Il n'en est pas moins préférable pour ce juge du siège, afin d'éviter toute apparence de collusion, de modifier selon ses propres termes quelque peu la motivation de la requête, cela permettant une meilleure perception de l'effectivité de ce rôle joué par cet acteur (« *Justice must be seen to be done* »). ⁴²⁴⁹ La haute juridiction donne, en appelant à une motivation plus forte, un signal fort bienvenu en faveur d'une meilleure « *prise en compte in concreto des principes posés par la Convention européenne* » pour un meilleur respect des libertés fondamentales. ⁴²⁵⁰

794. Toutefois, ces dernières avancées ne suffisent pas à neutraliser les causes profondes du mal de ce dispositif qui tiennent à notre sens, à l'image de ce qui a été dit concernant le juge de l'enquête allemand, dans la nature même de ce mécanisme. ⁴²⁵¹ Pour remédier à la

disproportionnée au droit au respect de la vie privée de la personne concernée et doit permettre au justiciable de connaître les raisons précises pour lesquelles ces opérations ont été autorisées ».

⁴²⁴⁶ V. Cass. crim., déc. du 23.11.2016, n° 16-81.904, publiée au *bull.* : « *l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, qui se borne à se référer à la requête présentée par le procureur de la République aux fins de prolongation de la garde à vue, en application de l'article 706-88, alinéa 2, du Code de procédure pénale, n'est pas conforme aux exigences de ce texte* ».

⁴²⁴⁷ En ce sens not. PRADEL, Jean, « Motivation des décisions du JLD : vers une rigueur plus grande », *JCP G*, 4-2017, *art. cit.*, p. 139.

⁴²⁴⁸ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 09.03.2011, n° 09-81.138, inédite.

⁴²⁴⁹ En ce sens not. PRADEL, Jean, « Motivation des décisions du JLD : vers une rigueur plus grande », *JCP G*, 4-2017, *art. cit.*, p. 139.

⁴²⁵⁰ Propos recueillis par RAOULT, Fabrice, « Cour de cassation - Trois questions à Didier Guérin Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation - Entretien - », *Dr. Pén.*, n° 4, octobre 2015.

⁴²⁵¹ En ce sens égal. MATSOPOULOU, Haritini, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée (doctr. n° 707) », *JCP G*, 25-2016, *art. cit.*, p. 1224-1225.

superficialité du contrôle, il serait, semble-t-il, surtout nécessaire de donner à cet acteur les véritables moyens d'intervenir dès le début de la procédure et de suivre le dossier tout au long de celle-ci.⁴²⁵² En effet, ce juge demeure à l'heure actuelle un protagoniste extérieur à l'enquête, ce qui ne lui permet pas de s'y impliquer véritablement puisque contrairement au magistrat instructeur ou au ministère public, il ne dirige ni ne suit l'enquête.⁴²⁵³ C'est d'ailleurs cet aspect qui poussa dernièrement le Conseil constitutionnel a censuré une grande partie des mesures prévues par la loi de programmation 2018-2022, celui-ci retenant « *qu' alors que son autorisation est donnée pour une durée d'un mois, les dispositions légales ne prévoient pas l'accès du juge des libertés et de la détention à l'ensemble des éléments de la procédure. Ainsi, il n'a pas accès aux procès-verbaux dressés dans le cadre de l'enquête en cours autres que ceux pris en application des articles 100-3 à 100-8 du code de procédure pénale et n'est pas informé du déroulé de l'enquête en ce qui concerne les investigations autres que la mesure d'interception de correspondances* ». ⁴²⁵⁴ Il en concluait finalement que le contrôle effectué ici par le juge des libertés et de la détention ne présentait donc pas les garanties nécessaires à l'adoption de telles mesures.⁴²⁵⁵ De fait, ce juge ne dispose d'aucune initiative, ce qui explique le caractère souvent succinct et théorique du contrôle.⁴²⁵⁶ Il s'agirait en ce sens de lui permettre matériellement de disposer du temps nécessaire à l'analyse des dossiers qui lui sont transmis, comme l'avait d'ailleurs demandé la conférence des premiers présidents de Cours d'appel le 20 mai 2016.⁴²⁵⁷ Certes, le juge des libertés et de la détention peut être saisi à plusieurs reprises lors d'une même enquête, afin d'autoriser diverses mesures pour lesquelles il dispose d'une compétence de contrôle (telle la vérification de la mise en place des écoutes ou l'assistance possible aux perquisitions...); en revanche, la direction de l'enquête lui

⁴²⁵² En ce sens not. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 875 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée (doctr. n° 707) », *JCP G*, 25-2016, *art. cit.*, p. 1225.

⁴²⁵³ CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s.

⁴²⁵⁴ V. CC, déc. du 21.03.2019, n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, ici spéc. al. 144.V. à ce sujet égal. FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

⁴²⁵⁵ V. l'ens. des réf. préc. en n. 4254.

⁴²⁵⁶ IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129 ; CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s.

⁴²⁵⁷ DAOUD, Emmanuel, « Le JLD, avatar ou résurrection ? », *Dal. act.*, 08.07.2016, *art. cit.* ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 875.

échappe en totalité, alors qu'il ne conserve jamais aucun dossier dans son cabinet.⁴²⁵⁸ C'est pourquoi il semble nécessaire d'aménager la fonction de telle sorte qu'un véritable suivi des dossiers soit possible pour assurer un traitement approfondi des situations d'espèce.⁴²⁵⁹ À cet effet, il serait souhaitable de confier au même magistrat l'ensemble des requêtes appelant son intervention (de la prolongation de la garde à vue, aux perquisitions et aux interceptions, etc.) concernant une même affaire.⁴²⁶⁰ Ce n'est qu'à ce titre qu'il sera possible de garantir une meilleure qualité de la justice, le juge étant alors en mesure d'adopter une décision éclairée, en contrôlant de manière effective et efficace l'action de la police judiciaire.⁴²⁶¹

795. C'est ce qui explique selon nous que la fonction du juge des libertés et de la détention soit largement déconsidérée.⁴²⁶² Les tentatives de rencontrer un juge des libertés et de la détention en France échouèrent pour les mêmes raisons que celles rencontrées pour le juge de l'enquête en Allemagne. Plusieurs juges d'instruction m'indiquèrent ne pas véritablement pouvoir recommander l'un d'eux, ceux-ci changeant trop fréquemment de fonction. Seul un procureur fut en mesure de conseiller un collègue assurant ces missions, sans être sûr que celui-ci accepterait un entretien car il n'était que depuis peu en fonction. Et, il n'y eut finalement aucun retour à la demande d'entretien envoyée pour les besoins de cette thèse. Faute de moyens suffisants pour exercer pleinement son rôle, la mission du juge des libertés et de la détention apparaît précisément dans le cadre de la procédure pénale relativement formel.⁴²⁶³ S'agissant des mesures d'investigation relevant de son contrôle lors de l'enquête préliminaire, telle l'autorisation des écoutes et des perquisitions, la marge de manœuvre réelle du juge des libertés et de la détention est *de facto* très limitée en raison de sa

⁴²⁵⁸ CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s.

⁴²⁵⁹ LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 875 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée (doctr. n° 707) », *JCP G*, 25-2016, *art. cit.*, p. 1225.

⁴²⁶⁰ En ce sens not. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 875.

⁴²⁶¹ *Ibid.*

⁴²⁶² V. not. IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129. Un journaliste relevait par ailleurs déjà en 2006 le « *peu de popularité de la fonction* », assimilée à une « *punition* » qui revenait de ce fait régulièrement « *au dernier arrivant* », v. CEAUX, Pascal, « JLD, de la difficulté d'incarcérer », *Le Monde*, 20.02.2006, *art. cit.*, p. 20. Le constat était le même dans un article plus récent où une magistrate interrogée indiquait que personne ne demandait spontanément « *cette fonction essentielle mais ingrate* ». Finalement un autre juge concluait : « *on peut avoir l'impression de ne servir à rien* », propos recueillis dans JACQUIN, Jean-Baptiste, « JLD à Créteil », *Le Monde*, 18.05.2016, *art. cit.*, p. 11.

⁴²⁶³ V. not. IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129.

dépendance aux informations qui lui seront soumises par les autorités de poursuite et à la bonne volonté de ces dernières.⁴²⁶⁴ Il lui faudra le cas échéant exiger des rapports de police suffisamment concrets et argumentés.⁴²⁶⁵ Afin de pouvoir s'imposer face à un ministère public toujours plus puissant et des juges d'instruction chevronnés appartenant à la même juridiction et au même corps et exerçant parfois jusque dans les mêmes locaux,⁴²⁶⁶ le juge des libertés et de la détention devra faire preuve d'une certaine autorité qui n'est pas facile à obtenir.⁴²⁶⁷ Il s'agit en effet de savoir éviter des relations trop amicales, afin de maintenir la possibilité de contredire son collègue, tout en résistant à de multiples pressions.⁴²⁶⁸ Finalement, ces questions de pratique professionnelle, pourtant déterminantes, sont laissées à l'organisation personnelle de chaque juge. À l'image de ce qui a été constaté plus tôt pour le juge de l'enquête, il résulte de ces inconvénients pratiques une large déconsidération de cette fonction non technique de protection des libertés publiques, qui ne trouve une juste représentation de son importance ni dans la doctrine,⁴²⁶⁹ ni dans le corps, ni parmi la société⁴²⁷⁰.⁴²⁷¹ Il est en ce sens urgent de valoriser cette fonction, la reconnaissance ne devant pas se contenter de l'aspect statutaire, qui a désormais été affirmé, mais doit également passer par des considérations personnelles et institutionnelles, afin que les juges y trouvent un intérêt professionnel et statutaire, de même qu'une reconnaissance professionnelle afin

⁴²⁶⁴ V. not. *Ibid.* et CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s.

⁴²⁶⁵ IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129.

⁴²⁶⁶ Revoir sur l'étroitesse des liens entre les parquetiers et les juges not. PRADEL, Jean, « Motivation des décisions du JLD : vers une rigueur plus grande », *JCP G*, 4-2017, *art. cit.*, p. 139.

⁴²⁶⁷ IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129.

⁴²⁶⁸ *Ibid.* Faisant état des multiples pressions auxquelles sont soumis les JLD, v. not. CEAUX, Pascal, « JLD, de la difficulté d'incarcérer », *Le Monde*, 20.02.2006, *art. cit.*, p. 20 ; JACQUIN, Jean-Baptiste, « Vers un statut protecteur du JLD », *Le Monde*, 06.05.2016, *art. cit.*

⁴²⁶⁹ Dès sa création désigné par un auteur comme potentiel « *béni-oui-oui ou Terminator* » (LEBUR, François, « Le JLD : béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.*, 209-2001, *art. cit.*, p. 3 et s.), il est régulièrement comparé à une « *chambre d'enregistrement* » ou un juge « *alibi* » (v. à ce propos CARRÈRE, Sophie, « JLD : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, 233-2014, *art. cit.*, p. 6 et s. qui ne partage toutefois pas cette critique). Un auteur, pourtant appréciant l'intervention de ce magistrat selon lui bénéfique, soulignait même qu'il fallait bien du courage pour vanter les mérites de ce juge, v. NIORE, Vincent et DUSSEAU, Loïc, « Le cœur de la défense », *Gaz. Pal.*, 115-2015, *art. cit.*, p. 10 et s.

⁴²⁷⁰ Se référer ici aux observations et réf. en n. 4262.

⁴²⁷¹ En ce sens not. IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129.

que cette mission ne soit plus perçue négativement comme une « corvée »⁴²⁷² ou une « punition »⁴²⁷³.⁴²⁷⁴

796. On le voit, cette profession cherche encore sa place et demeure en transition : elle risque de n'être qu'une fonction de « presse bouton » ou un tampon « bon pour écrou » sans réel pouvoir de décision, surtout en matière de stupéfiants pour les écoutes et les super-prolongations de garde à vue.⁴²⁷⁵ La création du juge des libertés et de la détention, initiative louable, ne s'est pas accompagnée d'une réflexion professionnelle pourtant nécessaire sur la place de cette nouvelle fonction dans une juridiction.⁴²⁷⁶ En conséquence, à l'heure actuelle, en matière d'enquête, la garantie est minimale, le juge des libertés et de la détention restant très lié par la décision du premier « juge » sans disposer de pouvoirs de contrôle véritablement effectifs.⁴²⁷⁷ On ne peut donc qu'être soulagé de voir que le Conseil des sages a finalement reconnu cet état de fait et mis un terme, tout du moins provisoire, à la tendance du législateur de marginaliser insidieusement et toujours un peu plus l'intervention du juge d'instruction pour lui préférer le juge des libertés et de la détention, ce dernier ne présentant pas de garanties suffisantes.⁴²⁷⁸

Conclusion Section III

797. De fait, qu'il s'agisse du droit de regard exercé par la juridiction de jugement sur l'opportunité d'une réponse pénale spécifique ou du contrôle des mesures attentatoires aux libertés individuelles, lors de l'enquête par le juge de l'enquête en Allemagne ou son homologue français, le juge des libertés et de la détention, on constate que les hautes attentes

⁴²⁷² LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 874.

⁴²⁷³ CEAUX, Pascal, « JLD, de la difficulté d'incarcérer », *Le Monde*, 20.02.2006, *art. cit.*, p. 20.

⁴²⁷⁴ En ce sens égal. IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 874-875 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée (doctr. n° 707) », *JCP G*, 25-2016, *art. cit.*, p. 1224-1225.

⁴²⁷⁵ IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129.

⁴²⁷⁶ En ce sens e. a. *ibid.* ; LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 9, n° 1 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 873-875.

⁴²⁷⁷ En ce sens e. a. IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129 ; LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 9, n° 1 ; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e s. », *Rec. Dal.*, 16-2017, *art. cit.*, p. 873-875 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée (doctr. n° 707) », *JCP G*, 25-2016, *art. cit.*, p. 1224-1225.

⁴²⁷⁸ V. CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, ici spéc. al. 144.V. à ce sujet égal. FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

que le législateur avait vis-à-vis de l'intervention de ce juge de l'avant-procès dans le cadre de l'enquête ne sont pas satisfaites dans la pratique. Tous les avis s'accordent pour admettre que le juge de l'enquête en Allemagne est une pièce indispensable à l'équilibre de la procédure pénale. Et, en France, bien que de création beaucoup plus récente, la position singulière du juge des libertés et de la détention est assurément un atout procédural, au cœur d'une constellation d'intérêts multiples qui ne cesse de gagner du terrain : il n'est d'ailleurs à l'heure actuelle plus pensable de revenir au système dualiste antérieur avec le seul juge d'instruction.

798. Mais, le constat des lacunes de ce dispositif et la nécessité de travailler à son amélioration font tout aussi clairement consensus. Le rôle du juge de l'avant-procès s'est érodé – en Allemagne, depuis l'abolition du juge d'instruction et en France, à mesure que l'information perd du terrain –, la profession présentant en réalité très peu d'attraits. Elle est le plus souvent réduite à n'être qu'une pure formalité, quand le magistrat du siège n'est pas tout bonnement évincé de ses prérogatives traditionnelles. Le problème de fond des diverses figures du juge de l'enquête et du juge des libertés et de la détention dans le cadre de l'enquête réside à notre sens dans leurs interventions discontinues et ponctuelles, largement dépendantes des informations fournies en amont par les autorités de poursuite, alors qu'elles ne disposent d'aucune compétence d'initiative compensatoire. Cela favorise la superficialité du contrôle exercé et contribue à une déconsidération néfaste de la fonction. Les déficits de ce mécanisme sont à l'heure actuelle trop nombreux pour pouvoir en garantir l'efficacité promise concernant la garantie des droits et libertés individuelles au stade de l'enquête. En conséquence, le dispositif prometteur d'une protection (*a priori*) par un juge de l'avant-procès ne fait à ce jour tout au plus qu'illusion d'une vérification intensive par l'État de droit des mesures attentatoires aux libertés individuelles.⁴²⁷⁹ Un magistrat français interrogé sur la profession du juge des libertés et de la détention résumait, selon nous parfaitement, les difficultés de ce magistrat de l'avant-procès en ces termes qui pourraient s'appliquer pareillement au juge de l'enquête allemand : « *le JLD ? Un aveugle qui prend des décisions à l'aveugle et sous la pression* ». ⁴²⁸⁰ Force est donc de constater – comme l'affirmait par ailleurs avec force et raison tout récemment le Constitutionnel dans sa décision censurant partiellement la loi de programmation 2018-2022 en date du 21 mars 2019 – que ce

⁴²⁷⁹ En ce sens not. KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 268 et s., n° 409 et s.

⁴²⁸⁰ Propos d'Olivier Joulin repris par CEAUX, Pascal, « JLD, de la difficulté d'incarcérer », *Le Monde*, 20.02.2006, *art. cit.*, p. 20.

mécanisme n'est pas comparable dans les garanties qu'il apporte à un contrôle par un juge bénéficiant d'une plénitude de compétences et intervenant en continu dans la procédure tel le magistrat instructeur. Depuis la suppression de ce dernier, l'Allemagne n'est à l'évidence pas parvenue à résoudre le problème de l'artificialité de l'intervention du juge de l'enquête qui a pris sa place. Cela est à notre sens signe qu'une abolition de l'instruction, à l'image du système allemand avec l'élargissement des pouvoirs du juge des libertés et de la détention, chargé de reprendre les fonctions du magistrat instructeur en tant qu'unique juge des mesures d'investigations, n'est pas souhaitable mais risque bien plus de conduire à une généralisation des vérifications purement formelles d'actes intrusifs et attentatoires aux libertés. Bien au contraire, il nous semble assurément plus productif de remédier à certains problèmes du juge des libertés et de la détention, en s'inspirant de l'institution du magistrat instructeur (par exemple en permettant un suivi continu et approfondi des dossiers et en lui confiant une compétence d'initiative et d'appréciation en opportunité) qui, lui, n'a jamais souffert d'une telle déconsidération de sa fonction. En revanche, rien ne s'oppose à l'intervention de deux juges pour le contrôle de la détention provisoire. Celle-ci nous semble bien plus bénéfique et en faveur d'un meilleur respect des libertés individuelles grâce au double regard porté comme il s'agira de le démontrer dans la suite du raisonnement.

– CONCLUSION CHAPITRE II –

799. Les lacunes constatées dans l'intervention du juge de l'avant-procès sont d'autant plus inquiétantes que les autres mécanismes protecteurs entourant l'action des autorités de poursuite pour protéger les libertés individuelles, sont également défaillants, du moins s'agissant des droits du mis en cause, comme cela l'a été démontré dans la première section de ce chapitre. Ainsi les garanties encadrant l'action même des autorités de poursuite et les obligations auxquelles elles sont soumises, sont-elles toujours clairement plus précaires et plus réduites dans le cadre de l'enquête qu'aux stades ultérieurs de l'instruction et du procès. Et, faut-il le rappeler, un procureur n'est pas un juge et ne présente pas les mêmes garanties statutaires et fonctionnelles que ce dernier. Les parties privées sont donc dans une position défavorable par rapport aux autorités de poursuite dont la responsabilité personnelle sera de surcroît très difficile à engager. Quant au contrôle de l'action des autorités de poursuite *a posteriori*, outre le fait qu'il ne sera jamais en mesure de préserver aussi efficacement la personne concernée des préjudices irrémédiables que pourrait entraîner une mesure d'investigation irrégulière, il est lacunaire et présente également de nombreuses faiblesses, de telle sorte qu'il n'est pas non plus à lui seul en mesure d'assurer une protection des libertés fondamentales pleinement effective.

– CONCLUSION TITRE 1 –

800. Malgré les différences certaines des systèmes à l'étude, on observe des tendances très similaires dans le développement des (dés-)équilibres de l'avant-procès : alors qu'on assiste à une véritable montée en puissance du ministère public, celle-ci s'accompagne d'une érosion corrélative du juge à ce stade du procès, quand il conviendrait justement de le renforcer. L'équilibre fragile de la procédure est mis à mal. L'explosion des pouvoirs du procureur n'est ni véritablement maîtrisée, ni assortie des contrôles et garanties nécessaires aux libertés fondamentales. Dépassés eux-mêmes par l'ampleur des tâches qui leur sont conférées, les parquetiers n'ont souvent plus d'autre choix que de s'en remettre au travail des policiers, ce qui menace encore plus étroitement les libertés individuelles des personnes concernées par la procédure. La phase d'enquête prend toujours plus d'importance alors qu'elle ne présente pas les caractéristiques d'une procédure contradictoire et équitable, compte tenu de la large domination des autorités de poursuite au détriment des protagonistes privés.

801. Parallèlement, le juge de l'avant-procès, qui aurait pu rétablir quelque peu l'équilibre menacé, est dépossédé jusqu'à ses compétences traditionnelles même d'appréciation et de sanction que le législateur tend toujours plus fréquemment à confier aux magistrats du parquet, pourtant déjà eux-mêmes saturés. Le juge de l'avant-procès s'en retrouve tout au plus – quand il n'est pas dès le départ entièrement évincé – dégradé au rôle de simple contrôleur formel de la légalité des mesures d'investigation, alors qu'on lui refuse en principe la possibilité d'apprécier de l'opportunité de celles-ci. Or, le magistrat du siège est, de par ses garanties statutaires et fonctionnelles, l'autorité la plus appropriée pour garantir les libertés individuelles. Il est d'autant plus urgent de redonner à ce dernier une position clef dans le procès, que le schéma traditionnel d'audiences publiques, accompagnées de débats contradictoires et équitables, ne cesse de se raréfier, ne permettant plus de rétablir systématiquement l'équilibre des forces au plus tard à ce moment-là.

802. À cet égard, la position singulière du nouveau juge des libertés et de la détention en France est assurément un atout procédural, au cœur d'une constellation d'intérêts multiples, dès lors qu'il intervient non pas à la place mais à côté du juge d'instruction. Il est avantageux puisque le mis en cause bénéficiera d'un double regard et donc, d'une chance supplémentaire de voir ses intérêts considérés. Ce nouvel acteur ne cesse de gagner du terrain, s'immisçant entre le juge d'instruction et le procureur de la République : « *un trinôme nouveau se met en*

place, au fil des compétences que le législateur essaime ». ⁴²⁸¹ Toutefois, cette évolution devient à notre sens dangereuse quand il s'agit pour ce juge, à terme, de remplacer le magistrat instructeur, comme cela fut le cas en Allemagne. En effet, le juge des libertés et de la détention manifeste en un certain sens la continuité de la mise en état au-delà de la dualité des cadres juridiques. C'est la raison pour laquelle il préfigure pour certains un futur juge de l'instruction ou de l'enquête qui aurait pour mission de contrôler l'ensemble de la mise en état, bénéficiant de pouvoirs plus ou moins étendus en fonction du degré de coercition des investigations et de la consistance des indices réunis. Se dessinent alors les contours de nouvelles mutations et « *jeux de rôles* » ⁴²⁸² : l'irrésistible progression du ministère public au sein de la phase préparatoire du procès accompagnée, corrélativement de l'inévitable déclin de la figure du juge instruction. ⁴²⁸³ Pris dans le piège d'une frénésie législative, le juge des libertés et de la détention est alors souvent perçu comme le précurseur du basculement d'un système de la mise en état de l'affaire dualiste à un modèle unitaire tant attendu qui se traduirait par l'abolition du juge d'instruction, certains célébrant d'ores et déjà le « *requiem joyeux* » de l'« *enterrement* » de ce dernier. ⁴²⁸⁴ Or, nous venons de démontrer les faiblesses récurrentes d'un juge unique de l'enquête, tel qu'il existe par exemple dans le système allemand. Et il nous semble que le magistrat instructeur, qui suit la procédure d'instruction en continu et dispose, à l'exception de la détention provisoire, d'une plénitude de compétences, évite justement les écueils que ne manqueraît pas de connaître un juge de l'enquête à l'image du magistrat allemand. Cette figure forte du juge de l'avant-procès, loin d'être inutile, nous semble en conséquence un atout précieux, pour garantir les libertés fondamentales et l'équilibre des forces à ce stade de la procédure, qu'il est essentiel de maintenir et de renforcer afin de lui redonner toute sa modernité. C'est désormais ce qu'il convient de démontrer.

⁴²⁸¹ LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, op. cit., p. 43, n° 37.

⁴²⁸² Examinant ce phénomène not. DI MARINO, Gaëtan, « La redistribution des rôles dans la phase préparatoire du procès pénal », dans *Mélanges Pradel*, 2006, op. cit., p. 317-334, qui emploie l'image du « *jeu des chaises musicales* » pour illustrer les évolutions de la procédure.

⁴²⁸³ Sur ce point, v. GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève, « La figure du juge de l'avant-procès entre symboles et pratique », dans *Mélanges Pradel*, 2006, art. cit., p. 336 et s.

⁴²⁸⁴ V. not. GUINCHARD, Serge, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », dans B. TEYSSIÉ (éd.), *CP et CIC : livre du bicentenaire*, art. cit., p. 257-286 ; DALLE, Hubert, « Juges et procureurs dans la loi Perben II », dans *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Paris, Dalloz, 2004, p. 456 et 458 évoque quant à lui la « *lente agonie* » du magistrat instructeur, tandis que le JLD dévoile, progressivement, son essor.

– TITRE 2 –

LE MAINTIEN ET LE RENFORCEMENT DE L'INSTRUCTION COMME CLEF DE RÉÉQUILIBRAGE DES POUVOIRS LORS DE L'AVANT-PROCÈS

803. On ne peut nier l'affaiblissement certain de l'institution du juge d'instruction, le nombre d'ouvertures d'informations judiciaires décroissant de manière constante depuis plusieurs années : alors que dans les années 60, 20% des affaires étaient confiée au juge d'instruction, ce pourcentage n'était plus que de 8 % dans les années 90 et ne représente aujourd'hui plus qu'autour de 3 % des affaires poursuivies, l'intervention de cet acteur emblématique apparaissant de ce fait de plus en plus marginalisée.⁴²⁸⁵ Dans ce contexte, comment ne pas faire le rapprochement avec les critiques qui ont précédé la suppression de l'homologue allemand de ce magistrat,⁴²⁸⁶ d'autant plus que la tendance européenne à la suppression de cette institution peut parfois paraître inéluctable comme le prétendent certains dans la doctrine⁴²⁸⁷ ? Le juriste allemand Joachim Herrman, résumait la situation juridique avant la réforme de 1975 en ces termes : « *L'instruction préparatoire n'avait cessé de perdre progressivement du terrain depuis l'entrée en vigueur du RStPO. Ces dernières années, il n'y était recouru que relativement rarement ; elle conduisait dans certaines hypothèses à des investigations doubles de la part du ministère public et du magistrat*

⁴²⁸⁵ En ce sens et se fondant sur un constat récent pour l'année 2015 not. : BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 2-3. Ces chiffres se fondent ici sur les chiffres-clés de la justice parus en 2018 qui font état pour l'année 2017 sur un total de 595.261 aff. poursuivies de 16.936 dossiers transmis à l'instruction (≈ 2, 85 % de l'ens. des aff. poursuivies), v. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.14. Faisant un constat similaire égal. HODGSON, Jacqueline, « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, 4-2010, *art. cit.*, p. 1381. V. pour une analyse spéc. du phénomène d'érosion de l'instruction e. a. : RIBEYRE, Cédric, « Crime organisé - Loi du 3 juin 2016 – Et maintenant ? - Ét. 17 », *Dr. Pén.*, 9-2016, *art. cit.*, n° 24 et s.

⁴²⁸⁶ V. pour un exposé concernant ces critiques e. a. HERRMANN, Joachim, « Die Strafprozeßreform vom 1.1.1975 », *JuS*, n° 7, 1976, p. 414 ; RIEß, Peter, « Hauptinhalt des 1. StVRG », *NJW*, 1975, *art. cit.*, p. 81-82 ; GRÜNWARD, Gerald, « Empfiehlt es sich, bes. strafprozessuale Vorschriften für Großverf. einzuführen?, Gutachten C », dans *50. DJT*, *art. cit.*, p. C30-C31 ; GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 199-201.

⁴²⁸⁷ En ce sens not. NITSCHMANN, Kathrin, « Untersuchungsrichter vs StA ? », dans J. LEBLOIS-HAPPE et al.(éd.), *Neue Wege des Strafprozesses*, *art. cit.*, p. 81, 82 et 89 ; GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 201-202 ; SATZGER, Helmut, *Chancen u. Risiken einer Reform des strafrechtlichen EV*, p. C117-C118 ; JUNG, Heike, JUNG, Heike, « Der Untersuchungsrichter – ein Nachruf? », dans *FS-Miklau*, 2006, *art. cit.*, p. 229 ; soulignant du côté français égal. la tendance à la suppression du juge d'instruction : MAURO, Cristina, « Suppression du JI : éléments de droit comparé », *AJP*, 2010, *art. cit.*, p. 434-435 ; PRADEL, Jean, « Un problème français : que faire du juge d'instruction ? », dans *FS-Jung*, 2007, *art. cit.*, p. 730-731.

*instructeur et retardait la procédure en particulier dans les affaires complexes pour la simple raison qu'elle obligeait deux acteurs différents à prendre connaissance du dossier. La fonction d'enquête du juge d'instruction n'était en outre pas conforme à l'image d'un magistrat du siège d'après la loi fondamentale et la méfiance envers la nouvelle institution du ministère public lors de l'entrée en vigueur du RStPO qui avait justifié originellement de conserver l'instruction n'avait désormais plus lieu d'être ».*⁴²⁸⁸ Ces reproches font assurément écho à ceux que l'on retrouve à maintes reprises dans la doctrine française actuelle (diminution du nombre d'instructions, manque de plus value, complication inutile de l'avant-procès, durée excessive des informations judiciaires, caractère schizophrène de la fonction du magistrat instructeur etc.).⁴²⁸⁹ Pourtant, au-delà du caractère unilatéral de ces critiques, qui omettaient, comme le soulignent à juste titre certains auteurs allemands à propos de la réforme de 1975, de considérer l'aspect des garanties apportées par ce modèle pour les sujets de la procédure pénale à sa juste valeur,⁴²⁹⁰ le juge d'instruction français présente de surcroît certaines spécificités telles son pouvoir décisionnel à la fin de l'instruction (absent du système allemand où il revenait au seul procureur de décider de porter l'accusation devant le tribunal, § 197 StPO [1974])⁴²⁹¹ ou encore son contrôle étroit par la chambre de l'instruction (autrefois

⁴²⁸⁸ De la formule allemande originale: „Die Voruntersuchung hatte seit Erlaß der StPO Schritt um Schritt an Bedeutug verloren. Sie fand in den letzten Jahren nur noch verhältnismäßig selten statt, führte teilweise zu doppelten Ermittlungen durch Staatsanwaltschaft und Untersuchungsrichter und verzögerte vor allem in umfangreichen Strafsachen das Verfahren schon deshalb, weil beide sich abwechselnd in die Akten einarbeiten mußten. Die ermittelnde Tätigkeit des Richters war zudem nicht mit dem Richterbild des Grundgesetzes vereinbar und das in der Voruntersuchung zum Ausdruck gekommene Mißtrauen gegenüber dem bei Schaffung der StPO jungen Amt des Staatsanwalts hatte keine Berechtigung mehr.“, v. HERRMANN, Joachim, « Strafprozeßreform v. 1975 », *JuS*, 1976, art. cit., p. 414.

⁴²⁸⁹ V. p. ex. les critiques exercées par les partisans d'une suppression de cette institution en France tels BAILLET, Francis, « Le juge d'instruction : une institution en sursis ? », *Gaz. Pal.*, n° 14, janvier 2006, p. 2 et s., ici spéc. sous II et III ; COUJARD, Dominique, « Le juge d'instruction, emblème d'une justice bancale », *Gaz. Pal.*, n° 284, 2014, p. 11 et s. ; GUINCHARD, Serge, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », dans B. TEYSSIÉ (éd.), *CP et CIC : livre du bicentenaire*, art. cit., p. 257-286 ; LHOMME, Fabrice et DAVET, Gérard, « Pour le juge Van Ruymbeke, "il faut supprimer le JI" », *Le Monde.fr*, 20.01.2006, art. cit., p. 3 ; SAINT-PIERRE, François, « Réforme de l'instruction : 2010, l'année de la crise aiguë », *AJP*, 10-2010, art. cit., p. 427-429.

⁴²⁹⁰ V. en ce sens not. GRÜNWALD, Gerald, « Empfiehlt es sich, bes. strafprozessuale Vorschriften für Großverf. einzuführen?, Gutachten C », dans *50. DJT*, art. cit., p. C31-C36 ; RUDOLPHI, Hans-Joachim, « Strafprozeß im Umbruch », *ZRP*, 1976, art. cit., p. 167-168 ; SCHÜNEMANN, Bernd, « Wohin treibt der deutsche Strafprozess? », *ZStW*, 1-2002, art. cit., p. 13-14.

⁴²⁹¹ V. à ce sujet not. GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 200.

dénommée chambre d'accusation), faisant défaut à son homologue allemand d'alors,⁴²⁹² qui participent à notre sens de l'absolue nécessité de cette institution dans son pays d'origine.

804. En effet, c'est, nous semble-t-il, bien une des raisons pour laquelle la fonction et le rôle du magistrat instructeur demeurent aujourd'hui, malgré la raréfaction de ses interventions, toujours primordiaux dans le système procédural français et le Code de procédure pénale, dans lequel il est cité plus de 600 fois, ce qui démontre qu'il y est encore perçu comme une véritable pièce maîtresse de l'avant-procès.⁴²⁹³ Et, si le débat concernant le magistrat instructeur n'a pas disparu, le législateur semble depuis la mandature de François Hollande avoir marqué une trêve à ce sujet, les différents rapports proposés, notamment ceux de 2013 qui traduisaient une volonté de réforme tournée vers 21^e siècle, partant du postulat que le magistrat instructeur est un acteur à part entière de l'institution judiciaire.⁴²⁹⁴ La ministre de la Justice d'alors, Christine Taubira, résume bien, selon nous, la situation actuelle lors de la saisine de la commission présidée par le procureur général Jacques Beaume, chargée de réfléchir sur les possibles évolutions de la procédure pénale en ces termes : « *[u]ne exception⁴²⁹⁵ doit être faite pour la procédure devant le juge d'instruction qui a évolué, quant à elle, de façon progressive et cohérente, grâce à l'introduction du juge des libertés et de la détention [...] et aux réformes initiées par la commission d'enquête faisant suite à l'affaire dite d'Outreau, qui ont renforcé le contradictoire, et cette évolution devrait s'achever avec le projet de loi relatif à la collégialité de l'instruction qui sera débattue en 2014 au Parlement. Mais si l'instruction n'est plus en cause, force est de constater qu'elle ne représente que 3 % des affaires pénales, et que, pour les 97 % restantes, il n'existe aucun contradictoire avant la phase*

⁴²⁹² Soulignant cet aspect qui, selon lui, explique la place plus importante qu'occupe l'instruction en France not. ESER, Albin, « Aussagefreiheit u. Beistand des Verteidigers im EV », *ZStW*, 1967, *art. cit.*, p. 580-581.

⁴²⁹³ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 1-3 et 58-59 ; déjà en ce sens par le passé : DORWLING CARTER, Marcel, « Faut-il supprimer le JI ?, doct. I 3458 », *JCP G*, 1990, *art. cit.* ; et plus récemment e. a. : LUCAZEAU, Gilles, « Procédure pénale - Juge d'instruction : suite et fin ? - Aperçu rapide n° 209 », *JCP G*, n° 37, septembre 2009, p. 14-16 ; COSTE, François-Louis, « L'instruction : à la recherche des fondamentaux », *AJP*, n° 10, 2010, p. 422-424.

⁴²⁹⁴ Ludovic Belfanti établit ce constat en se référant not. aux 3 rapports suiv. : NADAL, Jean-Louis (dir.), « Refonder le ministère public », 2013, *rap. préc.* ; MARSHALL, Didier (dir.), « Les juridictions du XXI^e siècle », Décembre 2013, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_Marshall_2013.pdf> consulté dernièrement le 03.04.2019 ; IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.* ; DELMAS-GOYON, Pierre (dir.), « "Le juge du 21^e s.", un citoyen acteur, une équipe de justice », 2013, *rap. préc.* ; cela vaut aussi pour BEAUME, Jacques, « Rapport sur la procédure pénale », 2014, *rap. préc.* ; v. à ce propos not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 30-31.

⁴²⁹⁵ Il s'agit ici d'une exception **aux dernières évolutions contraintes** du législateur en raison d'instances extérieures au processus législatif national tels l'UE, la CEDH mais aussi les juridictions internes auxquelles la ministre reproche un manque de cohérence.

de jugement ». ⁴²⁹⁶ Concernant le dernier constat évoqué par la ministre, il convient d'ores et déjà d'indiquer que si le pourcentage de 3 % apparaît minime, ramené à sa valeur absolue, soit 16 772 dossiers en 2016 ⁴²⁹⁷, le nombre d'informations est loin d'être négligeable. ⁴²⁹⁸ Cela vaut d'autant plus si l'on considère qu'il s'agit ici par définition des affaires les plus graves, les plus complexes et/ou les plus sensibles dont l'impact social joue un rôle déterminant sur la perception de la justice et de son efficacité par la société. ⁴²⁹⁹ Les affaires politico-financières si importantes pour rétablir l'égalité des citoyens face à la justice auraient-elles vu le jour sans cette fonction ? Il est permis, en France, d'en douter. ⁴³⁰⁰

805. Et pourtant, la tendance à la marginalisation du juge d'instruction est loin d'avoir entièrement disparue comme le prouve la dernière loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice ⁴³⁰¹ qui s'inscrit dans un « *mouvement continu d'accroissement des pouvoirs policiers en enquête sous le contrôle d'un ministère public encore plus fort* » au détriment de l'instruction, qui, elle, s'érode toujours un peu plus, n'hésitant pas à « *sacrifier la qualité de la justice à la célérité à tout prix* » comme l'avait dénoncé à juste titre la CNCDH dans son avis sur ce projet de loi. ⁴³⁰² Le Conseil constitutionnel n'est d'ailleurs lui-même pas dupe de la nouvelle stratégie insidieuse du légiférant. ⁴³⁰³ Ainsi dernièrement, dans sa plus longue décision jamais rendue, ⁴³⁰⁴ censurait-il partiellement les principales dispositions prévues du Code de procédure pénale venant renforcer les pouvoirs du parquet, telles celles

⁴²⁹⁶ BEAUME, Jacques, « Annexes, Rapport sur la procédure pénale », 2014, annexe 1, p. 2-3, en ligne : <<http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014-annexes.pdf>>, consultées dernièrement le 04.08.2018.

⁴²⁹⁷ V. concernant ces chiffres les réf. préc. en n. 4285.

⁴²⁹⁸ Établissant un constat similaire pour les années antérieures not. LUCAZEAU, Gilles, « JI : suite et fin ? (n° 209) », *JCP G*, 37-2009, *art. cit.*, p. 15 ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 52.

⁴²⁹⁹ V. not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 45 et 52 ; MARTINEL, Agnès et GOANVIC, Isabelle, « Suppression du JI : une réforme dangereuse et inefficace en l'état », *Terra Nova*, 12.02.2010, *art. cit.*, p. 1 et 6-8 ; LUCAZEAU, Gilles, « JI : suite et fin ? (n° 209) », *JCP G*, 37-2009, *art. cit.*, p. 15.

⁴³⁰⁰ V. l'ens. des réf. préc. en n. 4299.

⁴³⁰¹ V. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet, e. a. égal. CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, 2018 ; GOETZ, Dorothée, « Réforme de la justice », *Dal. act.*, 16.03.2018, *art. cit.* ; BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.* ; « Loi de programmation 2018-2020, alerte 5 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.* ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

⁴³⁰² CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, 2018, p. 7-8.

⁴³⁰³ V. CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice. V. à ce sujet égal. JACQUIN, Jean-Baptiste, « Réforme de la justice partiellement censurée », *Le Monde*, 23.03.2019, *art. cit.*, p. 12 ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

⁴³⁰⁴ V. communiqué de presse relatif à la décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019 sur le site du CC.

par exemple de l'article 46 du projet de loi, qui permettaient d'étendre à l'ensemble des crimes les techniques spéciales d'investigation (la sonorisation d'un lieu, la captation d'images ou de données informatiques) dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire⁴³⁰⁵ ou encore encore de l'article 44 du même projet qui donnait la possibilité de recourir beaucoup plus largement aux techniques d'écoutes, d'interception des communications électroniques et de géolocalisation⁴³⁰⁶. Comme le relevait très pertinemment Jean-Baptiste Jacquin dans un article du Monde, « [à] lire le juge constitutionnel entre les lignes, cela signifie que si un gouvernement veut aller sur cette voie, il devra créer un véritable juge de l'enquête à la place du JLD. Et s'il envisage de supprimer le juge d'instruction, il faudra ouvrir le débat plutôt que de le faire insidieusement par touches successives». ⁴³⁰⁷ Cette censure va dans le bon sens, même si elle demeure à certains égards encore trop timorée, seule une dizaine d'articles ayant finalement été en partie censurés sur les 57 originellement attaqués⁴³⁰⁸. Mais il est évident qu'elle n'empêchera pas radicalement la loi de programmation 2018-2022, qui fut promulguée immédiatement après la décision suscitée du Conseil Constitutionnel le 23 mars 2019, de produire certains de ses effets (nous pensons, pour ne citer qu'un exemple, notamment au cadre coercitif prévu selon les art. 706-73, 706-73-1 et s. du CPP à venir dans le cadre desquels, tant le juge d'instruction que le procureur se voient accorder d'importantes nouvelles prérogatives)⁴³⁰⁹ accentuant la dérive de la procédure pénale amorcée depuis longtemps maintenant,⁴³¹⁰ en contribuant de fait à la lente dépossession du juge du siège de ses fonctions.⁴³¹¹

⁴³⁰⁵ CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, ici al. 158 et s., spéc. al. 164-166.

⁴³⁰⁶ *Ibid.*, al. 133 et s., spéc. al. 142-147.

⁴³⁰⁷ *Ibid.*

⁴³⁰⁸ Concernant la procédure de saisine du CC concernant la loi de programmation 2018-2022, v. not. JANUEL, Pierre, « Loi Justice : la saisine du Conseil constitutionnel », *Dal. act.*, 27 février 2019.

⁴³⁰⁹ V. sur ce point not. BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, art. cit., n° 18-19.

⁴³¹⁰ Alertant déjà sur ce sujet not. LAZERGES, Christine, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 3-2003, art. cit., p. 644 et s. Ce mouvement est particulièrement visible depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II. V. à ce propos égal. CNCDH, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », ass. plén., 2014, *rap. préc.*, p. 1-18.

⁴³¹¹ CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, 2018, p. 7-8.

806. Les développements suivants permettront à notre sens de souligner toute la pertinence encore bien actuelle de cette institution au sein de l'avant-procès qui a su, mieux que l'enquête, s'adapter aux impératifs toujours plus importants du procès équitable.⁴³¹²

807. En effet, ce magistrat, grâce à son statut et aux fonctions qui lui sont imparties et qui vont au-delà de celles attribuées au juge d'instruction outre-Rhin avant 1975⁴³¹³ présente toutes les garanties d'indépendance statutaires et fonctionnelles pour être pleinement reconnu comme une autorité judiciaire au sens de la CESDH (Chapitre 1), garanties qui se voient considérablement confortées par les mécanismes de contrôle *a priori* et *a posteriori* encadrant son intervention, beaucoup plus importants que ceux que connaissait son homologue allemand à l'époque de son abolition⁴³¹⁴ et achèvent d'en faire un véritable garant de l'équité dès le stade précoce de l'avant-procès (Chapitre 2).

⁴³¹² Partageant cette opinion e. a. LUCAZEAU, Gilles, « JI : suite et fin ? (n° 209) », *JCP G*, 37-2009, *art. cit.*, p. 14-16. ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. ; CONTE, Philippe, « Bas les masques ! - Repère 6 », *Dr. Pén.*, 6-2016, *art. cit.* ; RIBEYRE, Cédric, « Crime organisé - Loi du 3 juin 2016 – Et maintenant ? - Ét. 17 », *Dr. Pén.*, 9-2016, *art. cit.*, n° 24 ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.* ; PRADEL, Jean, « Un problème français : que faire du juge d'instruction ? », *art. cit.*, p. 729-736 ; PRADEL, Jean, « Haro sur le juge d'instruction ! », *Rec. Dal.*, n° 4, janvier 2006, p. 244 et s. ; DORWLING CARTER, Marcel, « Faut-il supprimer le JI ?, doct. I 3458 », *JCP G*, 1990, *art. cit.* ; pour une suppression de l'institution : GUINCHARD, Serge, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », dans B. TEYSSIÉ (éd.), *CP et CIC : livre du bicentenaire*, *art. cit.*, p. 257-286 ; GUINCHARD, Serge, « De l'irresponsabilité des juges d'instruction, pour combien de temps encore ? », dans *Mélanges Pradel*, 2006, *op. cit.*, p. 349-367 ; DECOCQ, André, « Dialogue des morts sur la réforme de la procédure pénale », *Mélanges Guinchard*, 2010, *art. cit.*, p. 939-949 ; LHOMME, Fabrice et DAVET, Gérard, « Pour le juge Van Ruymbeke, "il faut supprimer le JI" », *Le Monde.fr*, 20.01.2006, *art. cit.*, p. 3.

⁴³¹³ Not. du fait de sa compétence décisionnelle en fin d'instruction, v. dév. aux n° 846 et s., p. 756 et s.

⁴³¹⁴ Soulignant cet aspect qui, selon lui, explique la place plus importante qu'occupe l'instruction en France not. ESER, Albin, « Aussagefreiheit u. Beistand des Verteidigers im EV », *ZStW*, 1967, *art. cit.*, p. 580-581.

– CHAPITRE I –

LE JUGE D’INSTRUCTION, GARANTIE INDISPENSABLE DES DROITS DES PARTIES ET DU PRINCIPE D’INDÉPENDANCE DE LA JUSTICE DANS LE CADRE DE L’AVANT-PROCÈS

808. Le magistrat instructeur est avant tout un juge qui trouve toute sa place dans le concert législatif international et européen⁴³¹⁵ puisqu’il est tenu d’appliquer non seulement les normes internes mais également celles qui résultent des engagements internationaux de la France, telle notamment l’exigeante CESDH.⁴³¹⁶ Dans sa configuration actuelle, le juge d’instruction apparaît comme une véritable garantie du procès équitable au sens du droit conventionnel européen en ce qu’il satisfait – à la différence du procureur – aux exigences d’indépendance et d’impartialité posées par la CESDH.⁴³¹⁷ D’une part, la diversité de ses fonctions et leur strict encadrement législatif constituent un gage d’impartialité et garantissent une pleine efficacité dans le respect des droits des parties (Section I).⁴³¹⁸ D’autre part, il est inamovible, et n’est donc statutairement soumis ni au pouvoir exécutif ni au pouvoir législatif ;⁴³¹⁹ de même, il se trouve être pleinement indépendant des parties⁴³²⁰ (Section II).

⁴³¹⁵ V. en ce sens not. l’art. convaincant de CASSUTO, Thomas, « Portrait d’un juge d’instruction européen », *AJP*, n° 11, 2015, p. 536-539, spéc. p. 536-537 ; dans un sens similaire CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 410-412.

⁴³¹⁶ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 275.

⁴³¹⁷ Ainsi considérait-elle p. ex. dans l’arrêt Medvedyev que le juge d’instruction offrait toutes les qualités requises au sens de l’art. 5.3 CESDH (CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 3394/03, Medvedyev et autres c. France, ici spéc. al. n° 128) tandis qu’elle déniait ce statut au procureur (*ibid.*, n° 123-126 et CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 37104/06, Moulin c. France, n° 56-60. Se rapporter égal. aux n° 178 et s., p. 196 et s. et n° 259, p. 264 et s. de cette thèse). À ce sujet et dans ce sens e. a. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 284 et 368 et s. ; HENNION-JACQUET, Patricia, « Arrêt Medvedyev : turbulent silence sur les qualités du parquet fr. », *Rec. Dal.*, 22-2010, *art. cit.*, p. 1393, n° 8 ; CASSUTO, Thomas, « Portrait d’un JI européen », *AJP*, 11-2015, *art. cit.*, p. 537 ; PRADEL, Jean, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? », *Rec. Dal.*, 4-2011, *art. cit.*, p. 340. D’avis contraire not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 99, n° 106 et p. 275, n° 350 ; REBUT, Didier, « Arrêt Medvedyev et la réforme de la proc. pén. », *Rec. Dal.*, 16-2010, *art. cit.*, p. 971. V. aussi dév. aux n° 859 et s., p. 769 et s. de cette thèse.

⁴³¹⁸ V. p. ex. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 284 et 368 et s. en ce sens égal. HENNION-JACQUET, Patricia, « Arrêt Medvedyev : turbulent silence sur les qualités du parquet fr. », *Rec. Dal.*, 22-2010, *art. cit.*, p. 1393, n° 8.

⁴³¹⁹ V. not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 284. V. égal. dév. aux n° 859 et s., p. 769 et s. de cette thèse.

⁴³²⁰ V. p. ex. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 520, n° 585.

– SECTION I –

LE CARACTÈRE MI-JUGE MI-ENQUÊTEUR DU MAGISTRAT INSTRUCTEUR COMME GARANTIE D'UN CONTRÔLE EFFECTIF DES DROITS DES PARTIES AU PROCÈS PÉNAL

809. Traditionnellement décrite, à l'instar de l'enquête, comme écrite, non contradictoire et secrète,⁴³²¹ l'instruction s'est dans les faits largement éloignée de ces aspects caractéristiques de l'inquisitoire pour devenir une phase procédurale soucieuse de l'équité et du contradictoire, aspect que garantissent les fonctions mêmes du magistrat instructeur ainsi que leur strict encadrement⁴³²². Le juge d'instruction est perçu originellement comme un véritable enquêteur détenant le monopole des investigations hors enquêtes de flagrance dans le cadre de l'instruction, cette fonction demeurant un trait caractéristique dominant de ce magistrat (§ 1). Si son domaine d'intervention est plus restreint que celui du procureur de la République du fait de l'obligation d'une saisine préalable qui encadre strictement son action (§ 2), cela lui permet d'acquérir une véritable impartialité et légitime des pouvoirs d'investigation et notamment de contrainte bien plus étendus que ceux du ministère public, de même que certaines prérogatives juridictionnelles (§ 3). Toutes ces caractéristiques valaient également pour le magistrat instructeur allemand avec toutefois quelques altérations, ce qui explique pour partie la moindre importance de cette institution de l'autre côté du Rhin.⁴³²³ Le simple constat des dispositions consacrées à l'instruction dans les codes de procédure pénale respectifs suffit à lui seul pour prendre toute la mesure des différences d'impact de cette institution : tandis que les articles 79 à 230 du Code de procédure pénale sont dédiés à l'information judiciaire, ce cadre juridique n'était régi que par une vingtaine d'articles dans le StPO avant la réforme de 1975 (§§ 178-197 StPO [1974])⁴³²⁴. Pour mieux cerner les différences entre ces deux institutions pourtant voisines, il sera ponctuellement fait

⁴³²¹ V. p. ex. LEROY, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 418, n° 660. Se rapporter pour plus de précisions aux n° 295 et s., p. 288 et s. de cette thèse.

⁴³²² En ce sens e. a. TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire*, *op. cit.*, p. 30 et s., n° 23 et s. CASSUTO, Thomas, « Portrait d'un JI européen », *AJP*, 11-2015, *art. cit.*, p. 536-537, sous II, 1 ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s.

⁴³²³ En ce sens not. ESER, Albin, « Aussagefreiheit u. Beistand des Verteidigers im EV », *ZStW*, 1967, *art. cit.*, p. 580-581.

⁴³²⁴ V. not. PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 10.

référence à certains aspects du juge instructeur allemand aujourd'hui disparu au cours des développements suivants.

§ 1. Le juge d'instruction : véritable « souverain » de l'instruction grâce à sa mission d'enquêteur

810. Au départ conçu dans le Code d'instruction criminelle comme un juge purement enquêteur sans pouvoir juridictionnel,⁴³²⁵ le magistrat instructeur reste aujourd'hui dans les textes avant tout un juge investigateur dont la mission est de conduire des investigations « à charge et à décharge » en vue de la manifestation de la vérité (art. 81 CPP)⁴³²⁶. Il n'intervient, à la différence du parquet, que postérieurement au déclenchement des poursuites dans le cadre de l'instruction également appelée « *information* » et fait, à ce titre, partie intégrante du procès pénal au sens étroit du terme.⁴³²⁷ En choisissant de répartir les diverses missions de l'avant-procès sur plusieurs acteurs au statut différent, l'idée originelle du légiférant était ici d'observer une stricte séparation des fonctions de poursuite et d'instruction afin de garantir une réelle indépendance et impartialité des intervenants⁴³²⁸ ainsi que d'éviter l'écueil d'enquêtes policières trop expéditives⁴³²⁹.

811. Comme il nous semble très justement décrit, « *le rôle du juge d'instruction n'est pas de seconder aveuglément l'action de la partie poursuivante ; il ne cherche pas à démontrer que la personne dénoncée est bien coupable des faits qu'on lui reproche, mais il s'efforce de savoir quelle est la vérité objective* ». ⁴³³⁰ À cet égard, le magistrat instructeur est tenu de recueillir et de vérifier avec la même acuité tant l'ensemble des éléments susceptibles de démontrer l'implication d'un justiciable dans la commission d'une infraction que les explications et alibis

⁴³²⁵ Se rapporter à ce sujet aux dév. en n° 238, p. 241 et s. de cette thèse. V. égal. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 8 et 9 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 23, n° 34 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 41, n° 47.

⁴³²⁶ Raison pour laquelle certains dans la doctrine le qualifient de « *chasseur* », v. p. ex. COUJARD, Dominique, « Le JI, emblème d'une justice bancaire », *Gaz. Pal.*, 284-2014, *art. cit.*, p. 11 et s.

⁴³²⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1092, n° 1631.

⁴³²⁸ Se rapporter à ce sujet aux dév. en n° 238, p. 241 et s. de cette thèse. V. égal. *Ibid.*, p. 23, n° 34 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 41, n° 47 ; ÉTUDIANT DU MASTER 2 DROIT PÉNAL ET SCIENCES CRIMINELLES DE TOULOUSE, « L'avenir du juge d'instruction », *art. cit.*, p. 6. Cette stricte séparation selon les textes doit être cependant nuancée, le JI détenant dans une certaine mesure, lorsqu'il décide formellement et matériellement du renvoi devant les juridictions pénales, d'une fonction de poursuite, REBUT, Didier, « Arrêt Medvedyev et la réforme de la proc. pén. », *Rec. Dal.*, 16-2010, *art. cit.*, p. 971. V. sur ce dernier point aussi les dév. aux n° 846 et s., p. 756 et s. de cette thèse.

⁴³²⁹ HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle, vol. 1, op. cit.*, p. 533 et s., n° 456 et s.

⁴³³⁰ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 704, n° 816.

avancés par la personne mise en cause et les indices aptes à remettre en cause les éléments initiaux de l'enquête.⁴³³¹ Sa fonction d'enquêteur doit amener le juge d'instruction en tant que garant de la présomption d'innocence, à mettre en doute les scénarios jusqu'alors établis sans se satisfaire de simples vraisemblances et doit vérifier avec la même intensité et la même acuité les éléments au soutien de l'accusation que ceux au soutien de la défense.⁴³³² À ce propos, il devra respecter les droits attachés aux statuts protecteurs qu'il est tenu d'attribuer, tel un « *juge de la valeur des indices* », aux personnes concernées en s'orientant d'après l'intensité objective des éléments probatoires en présence :⁴³³³ si ceux-ci sont graves et concordants, rendant vraisemblable la participation de la personne aux faits dont il est saisi, il décidera d'une mise en examen (art. 80-1 CPP) ; en cas de moindre intensité de ces indices, il devra (art. 113-1 CPP) ou pourra (113-2 CPP), afin de protéger la personne concernée des conséquences les plus préjudiciables d'une mise en examen,⁴³³⁴ lui attribuer le statut de témoin assisté.⁴³³⁵ En outre, les investigations qu'il conduit doivent porter tant sur les faits que sur la personnalité des auteurs présumés d'infraction et apporter des éléments aussi complets et exacts que possible pour une justice équitable et efficace.⁴³³⁶

812. Pour ce faire, le juge d'instruction n'est pas seulement tenu de superviser les investigations menées par la police judiciaire à l'image du procureur mais est bien plus personnellement responsable de la conduite des actes d'enquête nécessaires à la mise en état du dossier.⁴³³⁷ Ce cadre obéit donc à une logique différente de celle de l'enquête : le magistrat instructeur doit en principe procéder lui-même à ses propres investigations⁴³³⁸ afin de pouvoir apporter une plus-value au travail d'enquête déjà mené par la police. Il dispose certes de la possibilité de déléguer certains actes d'investigations au moyen des commissions rogatoires, mais le recours à cette pratique est d'abord conditionné à l'impossibilité qu'il puisse lui-même

⁴³³¹ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 68 ; DORWLING CARTER, Marcel, « Faut-il supprimer le JI ?, doctr. I 3458 », *JCP G*, 1990, *art. cit.*, spéc. n° 13 ; COSTE, François-Louis, « L'instruction : à la recherche des fondamentaux », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 423.

⁴³³² V. l'ens. des réf. préc. en n. 4331.

⁴³³³ COSTE, François-Louis, « L'instruction : à la recherche des fondamentaux », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 424.

⁴³³⁴ TRUCHE, Pierre (dir.), « Rapport de la commission de réflexion sur la Justice », 1997, *rap. préc.*, p. 55-58, (n° des p. PDF), sous II. 2 et p. 290-291, 4^e proposition.

⁴³³⁵ Pour plus de précisions sur ces statuts et les droits qui y sont rattachés, v. n° 879, p. 782 de cette thèse.

⁴³³⁶ V. p. ex. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 704, n° 817.

⁴³³⁷ V. en ce sens la juste analyse de HODGSON, Jacqueline, « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, 4-2010, *art. cit.*, p. 1369.

⁴³³⁸ C'est ce qu'érige en principe l'art. 81 al. 1 du CPP.

procéder à l'acte⁴³³⁹ et est ensuite exclu, pour certaines mesures, dont notamment l'interrogatoire du mis en examen (art. 81 al. 4 CPP).⁴³⁴⁰ En pratique, le juge d'instruction correspond donc moins à l'image souvent propagée dans les médias du super-enquêteur omniscient agissant seul à la place des policiers qu'à celle d'un directeur d'enquête disposant d'une liberté d'action relativement vaste mais encadrée.⁴³⁴¹ Les textes s'assurent toutefois mieux du contrôle effectif du magistrat instructeur sur les investigations qu'ils ne le font pour le procureur dans le cadre de l'enquête⁴³⁴² et le résultat en est bénéfique pour toutes les personnes concernées. Ainsi les services de police indiquent-ils eux-mêmes trouver le travail avec les juges d'instruction plus efficace en règle générale qu'avec les procureurs et les mis en cause disposent d'une meilleure considération de leurs droits et intérêts.⁴³⁴³ À noter toutefois que cette remarque était loin de valoir en son temps pour le juge d'instruction allemand qui ne bénéficiait pas de la stabilité de la fonction valant du côté français. Si celui-ci pouvait également selon le § 189 StPO recourir aux services de police pour mener ses investigations, un auteur relevait en revanche à ce propos que le procureur était en règle générale bien mieux placé pour conduire les investigations au stade de l'avant-procès, ce dernier étant plus longtemps en poste que les magistrats instructeurs qui étaient nommés soit pour une année civile, soit parfois même pour un seul cas ou pour un groupe d'affaires déterminées (v. not. § 186 StPO [1924]).⁴³⁴⁴

813. La réussite de cette répartition des tâches en France nous semble en outre tenir ici aux règles mises en place et réajustées par le législateur en tenant compte des pratiques déviantes.⁴³⁴⁵ En effet, prenant en considération les réalités factuelles auxquelles sont

⁴³³⁹ À noter néanmoins qu'il ne s'agit ici pas d'une condition de fond préalable à la délivrance d'une commission rogatoire. Cette exigence, dépourvue de sanction, ne revêt que le caractère d'une recommandation pour le juge. L'appréciation de son impossibilité d'agir est laissée à sa seule conscience (CA Poitiers, 15.01.1964, reproduite dans *Gaz. Pal.*, juin 1964 [1^{er} semestre], p. 446), v. à ce propos not. ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 23 février 2017, *op. cit.*, n° 13.

⁴³⁴⁰ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 730, n° 785 ; HODGSON, Jacqueline, « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, 4-2010, *art. cit.*, p. 1369.

⁴³⁴¹ V. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 65.

⁴³⁴² V. en ce sens not. l'avis du commissaire de police SCHWENDENER, Marc, « La direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 447 et s., qui estime que la direction de l'instruction est « sans nul doute plus importante et mieux encadrée que la direction de l'enquête » et que « le rôle du juge d'instruction y demeure prégnant, même si une partie de ses attributions a été partagée avec d'autres acteurs ».

⁴³⁴³ Ce point est détaillé dans les dév. aux n° 820 et s., p. 729 et s. de cette thèse.

⁴³⁴⁴ V. not. HAUG, Helmut, *Die gerichtliche Voruntersuchung und die Frage ihrer Reformbedürftigkeit, op. cit.*, p. 35.

⁴³⁴⁵ En ce sens égal. SCHWENDENER, Marc, « La direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 447 et s. ; v. égal. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 823-824, n° 938.

confrontés les magistrats, la loi leur a permis de déléguer leurs pouvoirs au moyen notamment des commissions rogatoires qui ont pour effet de saisir des services d'enquête.⁴³⁴⁶ Mais, pour s'assurer que le contrôle des investigations ne revienne pas de fait aux services de police ou de gendarmerie, comme cela est souvent à déplorer dans le cadre de l'enquête, les pouvoirs délégués sont d'une part délimités strictement par la loi (A). D'autre part, le légiférant implique le juge plus étroitement aux investigations en lui réservant exclusivement de procéder personnellement aux actes les plus essentiels, tels notamment les interrogatoires, auditions et autres confrontations des acteurs importants du dossier (mis en examen, témoin assisté, partie civile) (B).

A – L'action du magistrat instructeur par délégation, une action maîtrisée

814. Nous l'avons dit plus haut, la loi autorise le juge, en principe exceptionnellement, à déléguer certains de ses pouvoirs d'enquête. La délégation « *par excellence* »⁴³⁴⁷ porte bien ici sur la commission rogatoire (art. 81 al. 4 CPP) qui s'entend d'« *une délégation de pouvoirs consentie par un juge d'instruction à un autre magistrat ou à un officier de police judiciaire, pour l'exécution d'un ou de plusieurs actes d'instruction qu'il précise* »⁴³⁴⁸. Seules peuvent être ici déléguées les mesures d'instruction, c'est-à-dire celles visant la recherche et la manifestation de la vérité, à l'exclusion des actes juridictionnels quand bien même le destinataire de la mesure serait un magistrat, ces actes ne pouvant être mis en œuvre que par le juge saisi de l'affaire.⁴³⁴⁹ Cette délégation concernera donc essentiellement les investigations sur le terrain telles les auditions de témoins sur les faits ou le *curriculum vitae* de la personne mise en examen, l'enquête de personnalité, les perquisitions ou saisies, les interrogatoires et confrontations etc.⁴³⁵⁰ Dans le même esprit, le magistrat instructeur pourra également ordonner la commission d'experts pour les questions d'ordre technique ou scientifique (expertise balistique, ADN, etc.).⁴³⁵¹ À noter que la haute juridiction a décidé que

⁴³⁴⁶ Sur ce point not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 27-28, n° 43 ; ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, art. cit., n° 6.

⁴³⁴⁷ La formule est ici reprise à BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 71.

⁴³⁴⁸ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1138, n° 2196.

⁴³⁴⁹ ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, art. cit., n° 16.

⁴³⁵⁰ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 65 ; ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, art. cit., n° 19.

⁴³⁵¹ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 65.

le juge d'instruction n'avait en revanche pas la faculté de déléguer son pouvoir en matière de désignation d'experts mais devait bien plus, à peine de nullité, prendre lui-même la décision.⁴³⁵² Nous nous intéresserons ici surtout aux commissions rogatoires délivrées à un officier de police judiciaire, qui présentent le risque certain, pour le mis en cause, d'une reprise de fait du contrôle par les services d'enquête policiers, à l'image de ce qui a déjà été constaté pour l'enquête préliminaire. Cette crainte apparaît d'autant plus justifiée que l'on est bien obligé de reconnaître dans les faits un très large recours à ce dispositif pourtant prévu au départ comme une exception.⁴³⁵³

815. À première vue, ce sont d'abord les inconvénients des pouvoirs délégués qui viennent à l'esprit : alors que la volonté première était de faire du juge « l'enquêteur » de principe, la délégation de ses pouvoirs en la matière ne correspondrait-elle pas à une sorte de capitulation, le magistrat instructeur devenant à l'image du procureur un simple « directeur » des investigations sans véritable maîtrise des unités d'enquête à son service ?

816. Les dangers sont latents. D'abord l'appréciation de la valeur probante des mesures exécutées par d'autres est assurément altérée.⁴³⁵⁴ Ainsi est-il évident que l'audition d'un témoin par le juge d'instruction lui permet, mieux que la simple lecture d'un procès verbal, d'appréhender la crédibilité de la personne entendue.⁴³⁵⁵ De plus, c'est aussi l'influence prépondérante de la police qui est à craindre.⁴³⁵⁶ Car, conformément à l'art. 14 CPP, lorsqu'une information judiciaire est ouverte, la police judiciaire exécute les délégations des juridictions d'instruction et défère à leurs réquisitions. C'est d'ailleurs ce qui explique que le Code d'instruction criminelle n'autorisait originellement les commissions rogatoires que dans l'hypothèse d'une incompétence territoriale et seulement si le destinataire était un autre

⁴³⁵² Cass. crim., déc. du 02.09.1986 (Arpino et autres), n° 86-93.266, publiée au *bull.* n° 251, p. 637, pour un comm. de cette déc., se rapporter not. à CHAMBON, Pierre, « Observations sous Cass. crim. 2 septembre 1986 - Commentaires, II (jurisp.), 20766 », *JCP G*, n° 14, avril 1987 ; v. sur ce point égal. ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, *art. cit.*, n° 20.

⁴³⁵³ V. e. a. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 71, qui parle ici d'un recours « systématique » aux commissions rogatoires ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1261, n° 1884 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1139, n° 2198 ; TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 57, n° 59.

⁴³⁵⁴ ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, *art. cit.*, n° 10.

⁴³⁵⁵ *Ibid.*

⁴³⁵⁶ TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 56-57, n° 58 ; ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, *art. cit.*, n° 10.

magistrat pour éviter que les droits des personnes concernées ne s'en trouvent affectés.⁴³⁵⁷ Contrainte par les nécessités pratiques, la haute juridiction finit par admettre la possibilité de délégation à des fonctionnaires de police et ce, même en l'absence d'incompétence territoriale,⁴³⁵⁸ ce qui pouvait néanmoins dans un certain sens se justifier par le fait que les magistrats instructeurs eux-mêmes étaient des officiers de police judiciaire⁴³⁵⁹. Après avoir tenté en vain de réaffirmer l'interdiction de principe par une loi du 7 février 1933, le législateur se résolut à consacrer cette jurisprudence deux ans plus tard avec la loi du 25 mars 1935 en excluant toutefois la possibilité de déléguer l'interrogatoire.⁴³⁶⁰ Et, à l'heure actuelle, l'exception selon les textes est bien devenue *de facto* la règle, le juge ne procédant lui-même aux actes d'instruction le plus souvent que lorsqu'une commission rogatoire lui est impossible.⁴³⁶¹ Faut-il alors en conclure à une perte de contrôle du magistrat instructeur similaire à celle que connaît son collègue du parquet ?

817. Nous ne le pensons pas. Ce constat amène certes à relativiser la portée du rôle d'enquêteur du juge à proprement parler.⁴³⁶² Il convient néanmoins de garder présent à l'esprit qu'il existe encore de nombreux magistrats qui prennent soin de procéder dans la mesure du possible aux actes d'instruction par eux-mêmes.⁴³⁶³ Par ailleurs, il est évident qu'il s'agissait, concernant les commissions rogatoires, d'une absolue nécessité.⁴³⁶⁴ En effet, bien que le juge d'instruction ne soit, depuis la modification de l'article 93 du CPP par la loi n° 75-701 du 6 août 1975, plus limité dans son intervention par des règles spécifiques de compétence territoriale⁴³⁶⁵, il ne lui est en pratique pas possible d'agir seul dans l'ensemble des instructions dont il a la charge⁴³⁶⁶. Certes, dans certains cas simples, il sera en mesure de

⁴³⁵⁷ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 27-28, n° 43 et p. 1261, n° 1884 ; TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 57, v. ici spéc. n. 201 ; ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, art. cit., n° 6.

⁴³⁵⁸ Cass. crim., déc. du 31.01.1930, publiée au *bull.* n° 39.

⁴³⁵⁹ TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 57, ici spéc. n. 201.

⁴³⁶⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 27, n° 43.

⁴³⁶¹ Se rapporter ici à l'ens. des réf. préc. en n. 4353.

⁴³⁶² PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 730, n° 785.

⁴³⁶³ *Ibid.*

⁴³⁶⁴ V. e. a. ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, art. cit., n° 9 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 730, n° 785 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1139, n° 2197.

⁴³⁶⁵ Il lui est ainsi désormais possible d'étendre sa compétence si les nécessités de l'instruction le commandent à l'ensemble du territoire national, v. sur ce point not. ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, art. cit., n° 9.

⁴³⁶⁶ Se rapporter à l'ens. des réf. préc. en n. 4364.

procéder lui-même à la plupart des mesures d’instruction.⁴³⁶⁷ Mais ces hypothèses sont rares puisqu’il revient au magistrat instructeur, indépendamment de la charge importante de dossiers dont il est chargé, de traiter des cas les plus graves et/ou complexes techniquement.⁴³⁶⁸ Or, dans ces affaires comprenant notamment celles de criminalité organisée, les investigations exigeront l’adoption de nombreuses mesures typiquement policières comme des filatures, des écoutes téléphoniques des perquisitions simultanées ou encore des auditions de personnes.⁴³⁶⁹ Ces actes ne pourront être mis en œuvre que par la police ou la gendarmerie en raison des moyens humains et matériels dont elles sont les seules à être dotées.⁴³⁷⁰ En outre, s’il n’est pas toujours lui-même l’acteur direct de la mesure, sa maîtrise et son contrôle des investigations sont plus convaincants que ne le sont ceux exercés par le parquet, les raisons relevant moins de la bonne volonté des acteurs concernés que des spécificités de leurs fonctions et des gardes fous que la jurisprudence et le législateur ont ici efficacement mis en place.⁴³⁷¹

818. En effet, soucieuse d’enrayer le développement de la pratique des commissions rogatoires générales, la Cour de cassation est d’abord intervenue pour préciser que la commission ne pouvait « à peine de nullité, revêtir la forme d’une délégation générale de pouvoirs visant de façon éventuelle toute catégorie d’infraction ».⁴³⁷² Le législateur l’a ici suivie en ce sens et a profité de la rédaction du nouveau Code pénal de 1958 pour consacrer cette jurisprudence à l’article 151 al. 2 et 3 du CPP,⁴³⁷³ règle qui aujourd’hui fait toujours l’objet de rappels réguliers par la haute juridiction.⁴³⁷⁴ La précision de l’infraction est donc indispensable à peine de nullité et les actes demandés doivent se rattacher « directement à la répression des

⁴³⁶⁷ V. not. ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, art. cit., n° 9.

⁴³⁶⁸ Se rapporter à l’ens. des réf. préc. en n. 4364.

⁴³⁶⁹ ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, art. cit., n° 9.

⁴³⁷⁰ V. not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1139, n° 2198 ; ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, art. cit., n° 9.

⁴³⁷¹ C’est à notre sens ce qui pousse l’auteur SCHWENDENER, Marc, « La direction de l’enquête », *AJP*, 11-2008, art. cit., p. 447 et s., au constat d’un meilleur encadrement de l’instruction ; c’est aussi ce qui contribue, selon l’auteur de cette thèse et pour reprendre la formule de DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1092, n° 1631, à rendre l’instruction « incomparablement plus sophistiquée que l’enquête ».

⁴³⁷² V. not. Cass. crim. déc. du 22.01.1953 (Isnard Cinque et Dumont), reproduite dans *JCP G 1953, II (jurisp.)*, 7456 ; Cass. crim., déc. du 16.04.1970, n° 69-92.089, publiée au *bull.* n° 134, p. 311.

⁴³⁷³ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 823-824, n° 938.

⁴³⁷⁴ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 28.09.2005, n° 05-84.495, publiée au *bull.* n° 246 p. 866, v. pour plus de précisions et de réf. sur ce point égal. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 732, n° 788.

infractions visées aux poursuites » (art. 151 al. 3 CPP). Les commissions rogatoires sont en ce sens assimilables à une feuille de route précise confiée aux enquêteurs, que ceux-ci doivent retourner au juge d’instruction mandant dans le délai prescrit.⁴³⁷⁵ À noter que si la délégation ne peut être générale quant à l’infraction, la Cour de cassation admet désormais⁴³⁷⁶ qu’elle soit générale quant aux actes dès lors que les investigations requises se rapportent à l’infraction visée aux poursuites, ce qui est d’ailleurs fréquent en pratique.⁴³⁷⁷ Cette solution est conforme à l’article 152 du CPP qui permet au délégataire d’exercer tous les pouvoirs détenus par le juge d’instruction dans la limite de la commission rogatoire.⁴³⁷⁸

819. À côté de cela, comme il sera détaillé dans la suite des développements, le légiférant a pris le soin de réserver certains actes d’instruction au juge de l’avant-procès⁴³⁷⁹ et certaines mesures telles la sonorisation ou la fixation d’images dans des lieux déterminés ne pourront être déléguées que sur le fondement d’une commission rogatoire spéciale (v. art. 706-96 et s., spéc. 706-96-1, 706-97 CPP).⁴³⁸⁰ Si ces articles sont, au moment du dépôt de cette thèse, encore en vigueur, il convient ici toutefois de préciser que le législateur a ici prévu une refonte des mesures d’investigation en matière de criminalité et de délinquance telles les sonorisations, les intrusions informatiques ou le recours aux IMSI catchers, regroupées à partir du 1^{er} juin 2019 sous la section 6 du Chapitre II du Titre XXV du livre IV du Code de procédure pénale « *Des autres techniques spéciales d’enquête* » (v. art. 46 de la loi de programmation

⁴³⁷⁵ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 65.

⁴³⁷⁶ Originellement, la haute juridiction fit usage de la notion de délégation générale de pouvoirs dans des cas où les infractions étaient mal définies et le magistrat instructeur avait permis à un OPJ de procéder à toute perquisition utile. Elle dénonça alors qu’un tel agissement abandonnait « *à la merci de l’agent délégué l’inviolabilité du domicile de l’ensemble des citoyens* », formule qui imposait alors au JI de mentionner la personne au domicile de laquelle la perquisition devait se dérouler (v. Cass. crim., déc. du 09.06.1943, reproduite dans *JCP G*, 1943, II [jurisp.], 2422). Face aux impératifs pratiques la Cour de cassation a progressivement renoncé à la spécification des actes d’instruction délégués dans la mesure où les faits visés étaient correctement caractérisés (V. not. Cass. crim., déc. du 05.05.1953, publiée au *bull.* n° 157 : la mention de la personne au domicile de laquelle la perquisition devait avoir lieu n’est plus requise ; Cass. crim., déc. du 11.06.1970, n° 69-92.089, publié au *bull.* n° 134, la formule relative à l’inviolabilité du domicile persiste ; Cass. crim., déc. du 11.06.1970, n° 70-90.400, publiée au *bull.* n° 199 p. 474 : l’exigence de spécificité des actes dans la commission rogatoire est abandonnée, mais l’infraction visée doit être définie concrètement). V. sur ce point not. ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, *art. cit.*, n° 36 et 37.

⁴³⁷⁷ V. not. Cass. crim., déc. du 11.06.1970, n° 70-90.400, publiée au *bull.* n° 199, p. 474 ; Cass. crim., déc. du 09.12.1991, n° 88-80.786 et 90-84.994, publiée au bulletin n° 465, p. 1182 ; Cass. crim., déc. du 06.02.1996, n° 95-84.041, publiée au *bull.* n° 60 p. 165.

⁴³⁷⁸ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1141-1142, n° 2202.

⁴³⁷⁹ TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l’instruction préparatoire, op. cit.*, p. 57, ici spéc. n. 201 ; pour plus de précision à ce sujet, v. not. ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, *art. cit.*, n° 21 et s.

⁴³⁸⁰ V. not. Cass. crim., déc. du 13.02.2008, n° 07-87.458, publiée au *bull.* n° 40, p. 149.

2018-2022).⁴³⁸¹ En l'espèce, le régime de ces actes ainsi que leurs modalités d'autorisation, de prolongation et de contrôle ont été unifiés dans les art. 706-95-11 et suivants du Code de procédure pénale, celles-ci ne pouvant être autorisées selon l'article 706-95-11 du CPP que par un magistrat du siège (le juge des libertés et de la détention lors de l'enquête à la requête du procureur ou le magistrat instructeur après avis du procureur, v. art. 46 de la loi de programmation 2018-2022).⁴³⁸² À préciser toutefois que l'application généralisée de ces techniques spéciales, au-delà de la criminalité organisée, à tous les crimes originellement voulue par le légiférant a été censurée par le Conseil constitutionnel, puisque le caractère particulièrement « *intrusif* » de ces actes ne se justifiait pas pour des infractions ne présentant pas obligatoirement de complexité ou de gravité particulières, sans compter qu'il manquait en outre des garanties suffisantes.⁴³⁸³ De même, la possibilité originellement prévue de confier, en cas d'urgence, au procureur d'autoriser dans un délai de 24 heures le recours à ces actes spéciaux, n'a pas été permise par le Conseil des sages.⁴³⁸⁴ En revanche, les futures articles 706-95-1 et 706-95-2 du Code de procédure pénale, qui étendent l'interception de correspondances électroniques stockées pour tous les crimes, en plus de la criminalité et de la délinquance organisée, entreront de leur côté bien en vigueur le 1^{er} juin 2019.⁴³⁸⁵

820. S'agissant de la phase d'instruction, les constatations des praticiens sont plus encourageantes que celles précédemment évoquées lors de l'enquête.⁴³⁸⁶ Les propos du commissaire de police Marc Schwendener nous paraissent ici bien résumer la situation

⁴³⁸¹ V. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet, v. e. a. égal. CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, nov. 2018, p. 1-36 ; GOETZ, Dorothée, « Réforme de la justice », *Dal. act.*, 16.03.2018, *art. cit.* ; BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.* ; « Loi de programmation 2018-2020, alerte 5 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.* ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

⁴³⁸² V. à ce propos not. FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* ; « Loi de programmation 2018-2020, alerte 5 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.*, sous 2.

⁴³⁸³ V. not. CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, ici spéc. al. 161-165. V. à ce sujet égal. FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* ; JACQUIN, Jean-Baptiste, « Réforme de la justice partiellement censurée », *Le Monde*, 23.03.2019, *art. cit.*, p. 12. À noter que le Conseil d'État avait déjà soulevé cette question sans retenir l'inconstitutionnalité de ces mesures, v. not. CE, avis consultatif sur le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022, sect. de l'int. n° 394535, 12.04.2018 (NOR JUST1806695L), al. 67-68. V. à ce propos not. BABONNEAU, Marine et PASTOR, Jean-Marc, « Projet de loi de programmation pour la justice : l'avis du Conseil d'État », *Dal. act.*, 19 avril 2018.

⁴³⁸⁴ V. not. CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, ici spéc. al. 166. V. à ce sujet égal. FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

⁴³⁸⁵ « Loi de programmation 2018-2020, alerte 5 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.*, sous 2 ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

⁴³⁸⁶ Se rapporter concernant l'enquête aux n° 341 et s., p. 328 et s. de cette thèse.

lorsqu'il indique que l'instruction est « *sans nul doute plus importante et mieux encadrée que la direction de l'enquête* » et que « *le rôle du juge d'instruction y demeure prégnant, même si une partie de ses attributions a été partagée avec d'autres acteurs* ». ⁴³⁸⁷ De même, les magistrats instructeurs font-ils état d'une bonne coopération avec les services de police qui se plaignent souvent auprès d'eux de la pluralité des acteurs auxquels ils devaient référer au parquet. ⁴³⁸⁸ Les juges d'instruction admettaient toutefois à cet égard bénéficier d'une situation favorisant un réel suivi de l'enquête, en l'absence de contentieux de masse. ⁴³⁸⁹ Pascale Belin, magistrate chargée de formation initiale à l'ENM pointait en ce sens les objectifs différents en matière d'enquête, de la formation « *parquet, axée sur la capacité à contrôler la régularité et la cohérence de la procédure et de la formation instruction, visant le rôle d'enquêteur direct du juge d'instruction* ». ⁴³⁹⁰ Le futur magistrat instructeur est ainsi formé à rédiger des commissions rogatoires détaillées, formalisant précisément les orientations de l'enquête, à conduire des interrogatoires, à synthétiser les investigations dans un dossier dont il doit être en mesure de fixer l'achèvement. ⁴³⁹¹ Pour les services d'enquête, l'information judiciaire se matérialise essentiellement par la délivrance de commissions rogatoires et se caractérise par des contacts avec un/des interlocuteurs précis, à savoir le juge d'instruction, éventuellement cosaisi avec un ou plusieurs de ses collègues. ⁴³⁹² Les enquêteurs policiers indiquent à cet égard apprécier l'unicité d'interlocuteur dans ce cadre ⁴³⁹³ et considèrent la

⁴³⁸⁷ SCHWENDENER, Marc, « La direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 447 et s.

⁴³⁸⁸ C'est not. ce qui est ressorti des interviews avec 3 juges d'instructions différents interrogés pour les besoins de cette thèse. Des observations similaires ressortent égal. de l'enquête menée auprès des différents intervenants au stade de l'avant-procès lors d'un atelier de formation continue organisé par l'ENM en 2008, v. GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s. ; v. aussi les propos en ce sens du commissaire de police SCHWENDENER, Marc, « La direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 447 et s. ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 50-51.

⁴³⁸⁹ V. GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s.

⁴³⁹⁰ Propos recueillis et retranscrits par *ibid.*

⁴³⁹¹ V. *ibid.*

⁴³⁹² VLAMYNCK, « Le policier et l'information judiciaire », *AJP*, n° 10, 2010, p. 429 ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 50.

⁴³⁹³ GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s. Cela est d'autant plus vrai aujourd'hui alors que l'Inspection Générale des Services Judiciaires dénonçait dans un rapport de 2014 s'agissant du traitement en temps réel des procédures pénales et des bureaux d'enquête, une dégradation rampante des conditions de travail des magistrats du ministère public, de même que les vicissitudes liées au fonctionnement des bureaux des enquêtes (moyens humains et logistiques limités, mise en place aléatoire) censés pourtant traiter des enquêtes préliminaires d'une certaine complexité qui nécessitent du temps, IGSJ, juin 2014, n° 28-14 tel que cité par BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 51 ; ce constat accablant est égal. établi par le syndicat de la magistrature lui-même qui le dénonce dans son « Observation du Syndicat de la magistrature devant la mission d'inspection relative au dispositif de traitement en temps réel des procédures pénales et aux bureaux d'enquête », 21 février 2014, en ligne :

réalisation de certains actes de procédures plus efficace dans ce segment de la procédure que lors de l'enquête initiale.⁴³⁹⁴ À titre d'exemple, la confrontation entre un mineur victime et son agresseur sexuel dans le cabinet du magistrat instructeur, où chaque participant est assisté de son avocat, garantira mieux les droits et libertés individuelles des parties en présence que le même scénario réalisé dans les locaux de police lors de gardes à vue.⁴³⁹⁵ Le juge d'instruction rappellera les échéances judiciaires, tels les délais de détention provisoire, qui influent sur le rythme des commissions rogatoires et un véritable échange entre le magistrat et l'officier de police judiciaire quant à la bonne stratégie temporelle dans les investigations aura lieu afin, par exemple, d'exécuter en même temps toutes les interpellations pour éviter que les personnes concernées ne se concertent.⁴³⁹⁶

821. Enfin, bien qu'elle ne s'assimile pas, malgré les effets juridiques importants qu'elle produit, à un acte juridictionnel,⁴³⁹⁷ la commission rogatoire peut faire comme tous les actes d'instruction non juridictionnels⁴³⁹⁸ l'objet d'une demande d'annulation devant la chambre de l'instruction et offre ainsi une garantie supplémentaire à la personne concernée.⁴³⁹⁹ À cet égard l'ironie du sort voudra que même le candidat malheureux des républicains aux dernières élections, François Fillon, soupçonné d'avoir employé fictivement ses enfants et sa femme en pleine campagne présidentielle, finisse lui-même par constater à son détriment les lourdes différences de garanties pour les libertés individuelles des deux cadres juridiques de l'avant-procès.⁴⁴⁰⁰ Ainsi, alors même qu'il était premier ministre lors de la dernière proposition d'abolition du juge d'instruction par le chef d'État d'alors Nicolas Sarkozy, feignit-il la surprise et dénonça-t-il amèrement que ses avocats se soient vus refuser l'accès au dossier et à la

<http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/note_sm_-_igsj_ttr.pdf>, consulté dernièrement le 14.08.2018. Il était égal. observé que les parquets ne disposent pas tous d'outils permettant un recensement précis exact du volume de cas traités en préliminaire par les services d'enquête et que de nombreux JLD déploraient le caractère parcellaire des informations délivrées pour leur permettre de statuer sur des demandes d'autorisation, rapport de l'IGSJ, *préc.*, p. 73.

⁴³⁹⁴ GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s.

⁴³⁹⁵ *Ibid.*

⁴³⁹⁶ *Ibid.*

⁴³⁹⁷ Cette règle fut reconnue très tôt par la haute juridiction, v. Cass. crim., déc. du 08.12.1899, reproduite dans *Rec. Dal.*, 1 p. 457, note Le Poittevin. Plus récemment aussi CA Paris, déc. du 19.12.1973 (L. et autres), reproduite dans *JPC G*, 1974, II (jurispr.), 17638.

⁴³⁹⁸ V. pour plus de précisions à ce propos les dév. aux n° 896 et s., p. 796 et s. de cette thèse.

⁴³⁹⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1259-1260, n° 1883.

⁴⁴⁰⁰ JOHANNÈS, Franck, « Quelles suites pour François Fillon après sa mise en examen ? », *Le Monde.fr*, 1 mars 2017, en ligne : <https://www.lemonde.fr/politique/article/2017/03/01/quelles-suites-pour-francois-fillon-apres-sa-convocation-par-les-juges_5087694_823448.html>, consulté dernièrement le 14.08.2018.

chambre de l'instruction alors même qu'il s'agissait ni plus ni moins du traitement normal réservé à tout suspect dans le cadre d'une enquête,⁴⁴⁰¹ statut que son propre gouvernement n'avait fait évoluer qu'*a minima* et sous la contrainte absolue des juridictions internes et européennes.⁴⁴⁰² Dans le même esprit, l'ancien chef d'état lui-même n'avait pas hésité en 2007 consécutivement à de graves incidents survenus à Villiers-Le-Bel à demander en personne au procureur compétent la saisine d'un juge d'instruction – ne s'agissait-il pas ici d'assurer un meilleur suivi ? – sans que cela ne l'empêche d'annoncer que la fonction méritait d'être abolie deux ans plus tard sans y voir la moindre contradiction.⁴⁴⁰³ C'est aussi ce qui explique que nombreux sont les avocats qui défendent l'institution du magistrat instructeur.⁴⁴⁰⁴ Nous en concluons que les commissions rogatoires ne mènent pas à une perte de souveraineté du magistrat instructeur, qui garde par un contrôle effectif et étroit de ses délégations une connaissance approfondie des dossiers.

B – Les mesures réservées au juge d'instruction respectueuses du contradictoire

822. La meilleure maîtrise des dossiers s'explique également par le fait que le législateur a ici veillé à réserver certains actes d'instruction au magistrat instructeur ou du moins à un de ses collègues du siège.⁴⁴⁰⁵ Ainsi est-il proscrit à l'officier de police judiciaire d'effectuer des actes attachés au seul magistrat.⁴⁴⁰⁶ À ce titre il n'est pas autorisé à perquisitionner dans un cabinet d'avocat, de médecin, de notaire, d'avoué, d'huissier de justice ou dans les locaux d'une entreprise de presse (art. 56-1 et 56-2 CPP). Il n'est pas plus permis à l'officier de police judiciaire d'ordonner une écoute téléphonique, de procéder à l'interrogatoire du mis en examen (art. 152 al. 2 CPP). De tels actes sont réservés au magistrat instructeur qui ne pourra les déléguer qu'à un autre collègue de son statut,⁴⁴⁰⁷ entraînant par voie de conséquence une

⁴⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁴⁰² V. à ce sujet les développements aux n° 530 et s., p. 481 et s. de cette thèse.

⁴⁴⁰³ L'anecdote est évoquée par LUCAZEAU, Gilles, « JI : suite et fin ? (n° 209) », *JCP G*, 37-2009, *art. cit.*, p. 16.

⁴⁴⁰⁴ V. en ce sens e. a. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 44 ; FORTSTER, Léon Lef et NATALI, Frank, « Justice pour tous : une alternative à la suppression du juge d'instruction », *Gaz. Pal.*, n° 83, mars 2009, p. 3 ; v. aussi VOULAND, Philippe, « La défense d'une des parties peut-elle influencer la direction de l'enquête ? », *AJP*, n° 11, 2008, p. 450-452, certes plus nuancé sur la question mais qui considère que l'instruction ouvre définitivement plus de possibilités d'intervention à l'avocat que l'enquête.

⁴⁴⁰⁵ TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire*, *op. cit.*, p. 57, ici spéc. n. 201 ; pour plus de précisions à ce sujet, v. not. ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2017, *art. cit.*, n° 21 et s.

⁴⁴⁰⁶ V. réf. préc. en n. 4405.

⁴⁴⁰⁷ *Ibid.*

meilleure implication du juge dans les investigations et une connaissance plus approfondie des dossiers.

823. Par ailleurs, toute délégation de pouvoirs (y compris à un autre juge) est exclue en ce qui concerne la délivrance des mandats et les lois du 10 janvier 1991 et du 4 janvier 1993 ont réservé au juge d'instruction le droit d'ordonner une écoute téléphonique (art. 100 CPP, qui dans sa nouvelle rédaction à la suite de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice ne les permet plus que pour les crimes et les délits punis de trois ans d'emprisonnement au moins, contre deux ans auparavant, les interceptions pouvant cependant en deçà, être autorisées pour les délits commis par la voie des communications électroniques sur la ligne de la victime)⁴⁴⁰⁸ et d'effectuer des perquisitions dans certains locaux professionnels (art. 56-1, 56-2 et 56-3 CPP).⁴⁴⁰⁹ Ainsi le magistrat instructeur ne peut-il confier à personne le soin de délivrer des mandats.⁴⁴¹⁰ À noter que cela n'empêche toutefois pas les officiers de police judiciaire qui exécutent une commission rogatoire et qui s'apercevraient de la nécessité d'arrêter un individu, lors notamment d'une audition de témoins, de recourir au procédé de la garde à vue en attendant de recevoir un mandat du juge,⁴⁴¹¹ ce qui nous ramène aux problèmes dénoncés précédemment posés par l'usage excessif de cette mesure. Le législateur a certes dernièrement tenté, avec le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, de modifier profondément le champ d'application des interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques en autorisant, de manière générale, cet acte d'investigation durant l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire, sur autorisation du juge des libertés et de la détention, pour l'ensemble des crimes et délits punis d'au moins trois ans d'emprisonnement.⁴⁴¹² Le Conseil constitutionnel a toutefois déclaré cette disposition inconstitutionnelle, les infractions visées n'étant pas d'une complexité particulière et l'autorisation du juge des libertés et de la

⁴⁴⁰⁸ FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

⁴⁴⁰⁹ V. not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1143, n° 2205 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 824-825, n° 939.

⁴⁴¹⁰ V. l'ens. des réf. préc. en n. 4409.

⁴⁴¹¹ V. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 824, n° 939.

⁴⁴¹² V. art. 46 de la loi de programmation 2018-2022 à propos de l'art. 706-95-15 du CPP. À ce sujet not. CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, nov. 2018, p.10, qui avait déjà dénoncé la mesure. V. égal. FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* ; JACQUIN, Jean-Baptiste, « Réforme de la justice partiellement censurée », *Le Monde*, 23.03.2019, *art. cit.*, p. 12.

détention, qui ne dispose pas de tout le dossier de la procédure, ne représentant pas une garantie suffisante.⁴⁴¹³

824. Or, ce sont précisément ces mesures réservées en principe au magistrat instructeur qui font de l'instruction un cadre soucieux des principes du procès équitable, le contradictoire ne pouvant s'installer, à défaut de juge au stade de l'enquête, que lors de l'instruction.⁴⁴¹⁴ Comme le constate l'ancien juge d'instruction Christian Guéry avec raison à propos des auditions et interrogatoires menés par le juge d'instruction « *ce n'est pas faire injure aux services de police et de gendarmerie que de dire que la qualité de l'entretien entre enquêteur et personne entendue n'est pas la même dès lors qu'un magistrat est en charge de l'audition* ». ⁴⁴¹⁵ Pour rester sur cette mesure qui illustre parfaitement le caractère plus équitable de l'instruction, on constate que la nature de l'interrogatoire du mis en examen est très différente des auditions d'un suspect menées lors de l'enquête par la police, si besoin est, dans le cadre d'une garde à vue.⁴⁴¹⁶ L'environnement hostile et coercitif du commissariat de police ou de la gendarmerie laisse place lors de l'instruction au bureau du magistrat instructeur au palais de justice, plus propice à des discussions sereines.⁴⁴¹⁷ L'interrogatoire se déroule en présence de l'huissier de justice et, en règle générale, de l'avocat, ce qui permet de créer une atmosphère plus rassurante et est un gage supplémentaire de respect des droits de la défense et du principe du contradictoire.⁴⁴¹⁸ Au-delà de l'apport évident de l'avocat pour les droits de la défense, la présence du greffier, en charge d'établir le procès-verbal devant transcrire précisément les divers agissements du juge d'instruction, permet de veiller à ce que les parties ont bien été en mesure de faire valoir leurs droits et qu'elles ont bénéficié des garanties légales, de nombreuses formalités étant ici prescrites à peine de nullité de la procédure.⁴⁴¹⁹ Ce formalisme permet pareillement de s'assurer du respect du principe de

⁴⁴¹³ CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, ici spéc. al. 138-147 et spéc. 146. À ce propos, v. égal. FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* ; JACQUIN, Jean-Baptiste, « Réforme de la justice partiellement censurée », *Le Monde*, 23.03.2019, *art. cit.*, p. 12.

⁴⁴¹⁴ V. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous I et II 1.

⁴⁴¹⁵ GUÉRY, Christian, « La détention provisoire », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., op. cit.*, juin 2013, p. 427.

⁴⁴¹⁶ Établissant ce constat après une étude concrète de terrain not. HODGSON, Jacqueline, « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, 4-2010, *art. cit.*, p. 219.

⁴⁴¹⁷ Ibid.

⁴⁴¹⁸ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 46-48 ; HODGSON, Jacqueline, *French criminal justice*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 219-220.

⁴⁴¹⁹ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 48.

loyauté par le juge.⁴⁴²⁰ Sur le fondement de ses études de terrain, la professeure Jacqueline Hodgson continuait de constater que l'environnement d'un interrogatoire permettait de créer des conditions à la fois plus détendues et professionnelles : le juge s'adresse ici généralement de manière plus respectueuse au mis en examen, en utilisant le vouvoiement, tandis que les policiers recourent régulièrement à la forme plus familière du tutoiement ; il est pris soin de donner à la personne interrogée la possibilité de se corriger et le ton est moins agressif, ce qui rend la communication plus effective ; il n'est ainsi pas rare qu'un mis en cause refuse de parler aux policiers et se livre par contre de lui-même au juge d'instruction.⁴⁴²¹ Il fut toutefois relevé que le ton du magistrat instructeur était plus menaçant lorsqu'il apparaissait que le mis en examen ne lui disait pas la vérité et que l'avocat restait souvent passif.⁴⁴²² À noter que cette dernière tendance semble désormais avoir véritablement été renversée avec l'élargissement des prérogatives des droits de la défense, et notamment de l'avocat, ces 20 dernières années,⁴⁴²³ tant au stade de l'enquête qu'au stade de l'instruction, comme le constatait d'ailleurs amèrement les officiers de police judiciaire après la réforme de la garde à vue, en se plaignant par exemple d'une recrudescence de l'usage du droit au silence à la suite d'intervention des avocats⁴⁴²⁴.

825. Il n'est donc pas surprenant que, questionnée sur la définition des traits caractéristiques d'un juge d'instruction « idéal », une présidente de chambre correctionnelle au tribunal de grande instance de Marseille, indique que la qualité de ce magistrat s'appréciait à ses interrogatoires et à l'ordonnance de règlement, ces phases, caractérisées par une capacité à rebondir et à mettre en perspective, étant celles de manifestation de la plus-value de l'information.⁴⁴²⁵ En tout état de cause l'instruction ne saurait se limiter à reprendre ou reproduire l'enquête de police et le magistrat instructeur ne doit pas s'en tenir à un

⁴⁴²⁰ *Ibid.*

⁴⁴²¹ HODGSON, Jacqueline, *French criminal justice, op. cit.*, p. 220.

⁴⁴²² *Ibid.*, p. 220-221.

⁴⁴²³ En effet, il faut considérer ici que l'étude de terrain de la professeure Jacqueline Hodgson se fondait sur des données recueillies pendant les périodes de 1993-1994 et de 1997-1998 (*ibid.*, p. 11), la situation actuelle ayant beaucoup changée depuis, v. not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 45. Se reporter égal. aux dév. aux n° 885 et s., p. 787.

⁴⁴²⁴ FRIZON, Philippe, « Le point de vue d'un OPJ », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la GAV, art. cit.*, p. 113-114.

⁴⁴²⁵ Propos recueillis par GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s.

rassemblement des éléments de preuve, en donnant parfois l'impression de ne pas les avoir lus, il a bien plus la mission de les exploiter et de les vérifier.⁴⁴²⁶

826. Un autre magistrat insistait quant à lui sur l'importance de « *mettre du volume* », de laisser dire et faire, de laisser de la place aux réactions des individus.⁴⁴²⁷ La spécificité de ce segment procédural reposerait donc moins dans la conduite à charge et à décharge des investigations que dans leur caractère contradictoire avec l'intervention de la défense, le juge d'instruction devenant l'interface entre les services d'enquête et les avocats des parties.⁴⁴²⁸ L'ancienne juge d'instruction, Magali Lafourcade, interrogée ici pour les besoins de cette thèse confirma pleinement cette interprétation décrivant l'instruction comme « *l'entrée du contradictoire dans la procédure* ». ⁴⁴²⁹ En ce sens, le rôle du juge d'instruction peut être de comprendre la logique de l'avocat et s'il accepte de procéder à l'acte demandé, de la respecter et de garantir son exécution, par exemple en mettant l'acte lui-même en œuvre ou en veillant à la bonne désignation du service ou de l'enquêteur qui en sera chargé.⁴⁴³⁰

827. Par ailleurs, dans un article de 2009, la présidente de l'Association française des magistrats instructeurs d'alors, rappelait, dans un article dénonçant les intentions du législateur de suppression de l'information judiciaire, que près de 30 % des instructions préparatoires se concluaient par un non-lieu, cette part incluant également des procédures dans lesquelles des détentions avaient été prononcées, y voyant ici la preuve irréfutable de la réalité des investigations à décharge menées par le magistrat instructeur.⁴⁴³¹

828. Enfin, les dysfonctionnements constatés de la procédure d'instruction sont d'une part minimes au regard du nombre d'affaires instruites chaque année et s'avèrent d'autre part, être plus la conséquence d'une faiblesse humaine que celle d'un défaut du système,⁴⁴³² ce

⁴⁴²⁶ *Ibid.*

⁴⁴²⁷ *Ibid.*

⁴⁴²⁸ *Ibid.*

⁴⁴²⁹ Extraits d'un entretien téléphonique avec cette ancienne juge d'instruction, désormais secrétaire générale de la CNCDH, pour les besoins de cette thèse.

⁴⁴³⁰ V. GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s.

⁴⁴³¹ GIUDICELLI, Catherine, « Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra », *AJP*, n° 2, 2009, p. 69. Les chiffres clés de la justice 2018 étaient ici plus modérés dans leur constat et ne retenaient pour l'année 2017 sur les 35.055 personnes mises en examen que 20 % de décisions de non-lieu, ce qui reste toutefois considérable et ne retire rien à l'argument, v. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.14. En arrivant à des conclusions similaires not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 56 ; PRADEL, Jean, « Un problème français : que faire du juge d'instruction ? », dans *FS-Jung*, 2007, *art. cit.*, p. 732.

⁴⁴³² LAVIELLE, Bruno et DANET, Jean, « Juge d'instruction : ni cet excès d'honneur ni cette indignité », *Gaz. Pal.*, n° 55, février 2009, p. 2 et s. ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 57.

que prouve à notre sens la comparaison avec l'Allemagne qui avait par exemple connu une affaire scandaleuse comparable à Outreau (les procès de Worms) alors que l'instruction n'y existait plus depuis longtemps⁴⁴³³.

829. Ainsi nous paraît-il toujours justifié de voir dans le juge d'instruction un enquêteur de principe, cette fonction présentant des garanties supplémentaires pour les personnes concernées puisque les investigations seront menées par un acteur impartial dans le sens où il n'a pas pour objectif de soutenir l'accusation au procès auquel, tant le droit interne qu'international, impose le respect du contradictoire et de l'équité.⁴⁴³⁴ À vrai dire, comme le soulignait un auteur allemand opposé en son temps à la suppression de l'instruction en Allemagne, l'intervention à elle seule de deux organes différents (le procureur et le juge d'instruction) réduit le danger de commettre des erreurs, puisqu'elle procure une possibilité de vérification supplémentaire.⁴⁴³⁵ Nous relèverons toutefois que ces constatations ne sauraient valoir dans les mêmes termes s'agissant du bilan sur l'activité des juges d'instruction allemands au moment de leur suppression. En effet, en dépit des pouvoirs exclusifs réservés au magistrat instructeur à l'image de son homologue français (il n'était en particulier pas possible au procureur avant la réforme de 1975 d'interroger un témoin ou un expert contre leur volonté)⁴⁴³⁶ et de la possibilité d'attaquer en principe les décisions juridictionnelles de ce dernier par le biais d'une plainte (v. anc. § 304 al. 1 StPO), le manque de stabilité de la fonction résultant des modalités spécifiques de nomination à un poste donné, de même que leur absence de spécialisation pour la fonction (v. anc. § 186 StPO) faisait à notre sens obstacle à un suivi cohérent et à une direction maîtrisée des investigations par cet acteur⁴⁴³⁷.

§ 2. L'obligation de saisine préalable : gage supplémentaire d'impartialité

⁴⁴³³ V. à ce propos les dév. sous le n° 86, p. 93 et s. de cette thèse. C'est d'ailleurs ce que constatait la commission d'Outreau dans son rapport, v. HOUILLOIN, Philippe, « Juger après Outreau », n° 3125, 2006, *rap. préc.*, p. 349.

⁴⁴³⁴ CASSUTO, Thomas, « Portrait d'un JI européen », *AJP*, 11-2015, *art. cit.*, p. 536-537 ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 275. Se reporter égal. aux dév. aux n° 885 et s., p. 787 de cette thèse.

⁴⁴³⁵ GRÜNWARD, Gerald, « Empfiehlt es sich, bes. strafprozessuale Vorschriften für Großverf. einzuführen?, Gutachten C », dans *50. DJT*, *art. cit.*, p. C31.

⁴⁴³⁶ V. sur ce point p. ex. PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 78-79 ; HERRMANN, Joachim, « Strafprozeßreform v. 1975 », *JuS*, 1976, *art. cit.*, p. 414 ; RIEß, Peter, « Hauptinhalt des 1. StVRG », *NJW*, 1975, *art. cit.*, p. 82.

⁴⁴³⁷ Dans un sens similaire not. HAUG, Helmut, *Die gerichtliche Voruntersuchung und die Frage ihrer Reformbedürftigkeit*, *op. cit.*, p. 35.

830. L'impartialité du magistrat instructeur est par ailleurs confortée par son mode de saisine,⁴⁴³⁸ expression directe du principe de séparation des fonctions judiciaires d'instruction et de poursuite⁴⁴³⁹. Ainsi, contrairement au procureur chargé de la poursuite (art. 31 CPP), est-il impossible au magistrat instructeur de « s'autosaisir » (art. 51 al. 1 CPP). Son action est bien plus entièrement dépendante de sa saisine par réquisitoire introductif du procureur de la République (art. 51 al. 1 et 80 al. 1 CPP) ou par dépôt de plainte avec constitution de partie civile (art. 51 al. 1 et 85, 86 CPP) qui marquent alors le début de l'instance. À noter à cet égard qu'il n'existe plus de parallélisme exact des formes entre l'action du ministère public et celle de la partie civile depuis la loi du 23 juin 1999 a abandonné la notion de constitution de partie civile supplétive en imposant pour toute extension l'adoption d'un réquisitoire supplétif par le procureur (v. act. art. 80 al. 4 CPP) et que la loi du 5 mars 2007 a introduit pour la victime deux restrictions concernant la constitution de partie civile, à savoir l'obligation de saisine du ministère public préalablement au dépôt de plainte devant le magistrat instructeur (art. 85 al. 2 CPP) et la faculté pour le procureur de prendre de prompts réquisitions de non-lieu (art. 86 al. 4 CPP).⁴⁴⁴⁰ La loi de programmation 2018-2022⁴⁴⁴¹ a ici tout récemment renforcé davantage les conditions de recevabilité d'une plainte avec constitution de partie civile en matière de délits alors qu'en vertu du nouvel alinéa premier de cette disposition « *le procureur de la République peut [désormais] demander au juge d'instruction un délai supplémentaire de trois mois pour permettre la poursuite des investigations avant de faire connaître ses réquisitions* » sans que le juge soit tenu d'y faire droit.⁴⁴⁴² De même, l'alinéa 4 de ce même article dans sa nouvelle version donne également la possibilité au procureur de demander au juge, à

⁴⁴³⁸ En ce sens e. a. COSTE, François-Louis, « L'instruction : à la recherche des fondamentaux », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 422-423 ; TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 39, n° 32 ; DORWLING CARTER, Marcel, « Faut-il supprimer le JI ?, doct. I 3458 », *JCP G*, 1990, *art. cit.*, n° 11.

⁴⁴³⁹ V. p. ex. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 972, n° 1788.

⁴⁴⁴⁰ Avant ces réformes, la victime pouvait se constituer partie civile devant le JI (ou étendre son action en lui dénonçant des faits nouveaux par une constitution de partie civile dite « *supplétive* ») sans autre formalité qu'une simple lettre signée et datée adressée au magistrat compétent. Il en résultait une parfaite analogie des formes entre la plainte avec constitution de partie civile et le réquisitoire introductif, v. à ce propos not. *Ibid.*, p. 973, n° 1789 ; p. 944, n° 1718.

⁴⁴⁴¹ V. not. art. 53 de la loi n° 2019-222 du 23.03.2019.

⁴⁴⁴² V. à ce propos not. BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.*, n° 30 ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* ; « Loi de programmation 2018-2020, alerte 5 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.*, sous 2. À notre sens avec raison critique sur cet aspect, CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, nov. 2018, p.13-14, cette nouvelle mesure risquant de faire de la constitution de partie civile pour la victime « *un parcours judiciaire du combattant* », ces dangers ayant selon nous largement été illustrés dans le système allemand.

certaines conditions, de « rendre une ordonnance de refus d'informer tout en invitant la partie civile à engager des poursuites par voie de citation directe ». ⁴⁴⁴³ Concernant le réquisitoire introductif du procureur, on rappellera de plus que le procureur n'a d'obligation légale d'ouvrir une instruction qu'en matière criminelle (art. 79 CPP), la saisine du magistrat instructeur en matière délictuelle et contraventionnelle relève, elle, au contraire de l'appréciation souveraine du ministère public ⁴⁴⁴⁴ ce qui n'est pas sans poser problème au regard des droits de la défense qui peuvent se voir ainsi amputés pour la seule raison que le procureur souhaite garder une pleine maîtrise du dossier ⁴⁴⁴⁵. ⁴⁴⁴⁶ À cet égard, il est ici intéressant de constater que le système allemand était sur ce point peut-être plus conscient que le législateur français des avantages directs en matière de protection des droits de la défense que pouvait procurer ce cadre juridique. Certes, le principe général était dans une certaine mesure très proche de celui régnant actuellement en droit français puisque, hormis les cas très limités dans lesquels une instruction devait être diligentée selon le § 178 al. 1, 1^e phrase StPO (à savoir pour les procès en première instance devant la Cour régionale supérieure [OLG] ou devant la Cour d'assises [Schwurgericht]), l'ouverture de ce cadre dépendait en règle générale d'une demande en ce sens du procureur qui devait cependant être justifiée par des raisons significatives (v. § 178 al. 2 StPO [1974]). ⁴⁴⁴⁷ À la différence du système français, le procureur pouvait en outre décider, dans les hypothèses du premier alinéa, qu'une information judiciaire n'était pas utile (v. § préc. al. 1^e, 2^e phrase). En revanche, à défaut de prévoir un recours de la partie lésée au magistrat instructeur, le StPO permettait explicitement au mis en cause, dans les limites posées par le § 178 StPO [1974], de demander l'ouverture d'une information au moment de la procédure intermédiaire dès lors que le procureur avait estimé que celle-ci n'était pas utile (v. anc. §§ 178 al. 1, 2^e et 3^e phrases et al. 2, 201 al. 1, 2^e phrase StPO). Une telle disposition, qui à notre sens serait d'autant plus justifiée

⁴⁴⁴³ V. l'ens. des réf. préc. en n. 4442.

⁴⁴⁴⁴ Se rapporter dans la jurispr. not. à Cass. crim., déc. du 22.11.2017, n° 16-84.154, inédite ; Cass. crim., déc. du 05.06.2013, n° 12-80.387, inédite. À ce propos dans la doctr., v. e. a. MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, art. cit., p. 818-819 ; LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, art. cit., n° 16.

⁴⁴⁴⁵ V. sur ce sujet not. QUENTIN, Bruno, « Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable, doctr. 323 », *JCP G*, 11-12/2013, art. cit., p. 577 ; MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, art. cit., p. 818.

⁴⁴⁴⁶ Pour plus de détails à ce propos, v. not. dév. au n° 405, p. 369 et s.

⁴⁴⁴⁷ V. à ce propos égal. GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, rap. préc., p. 197-198.

au regard de la place capitale du mis en cause au procès pénal, fait terriblement défaut dans le Code de procédure pénale français.

831. Par ailleurs, la saisine du magistrat instructeur impose, en dehors des cas limités d'irrecevabilité dans le cadre de constitution de partie civile⁴⁴⁴⁸ et des infractions relatives à la liberté de la presse,⁴⁴⁴⁹ l'action d'instruction,⁴⁴⁵⁰ et restreint également son champ d'intervention en vertu des articles 80 ou 86 du Code de procédure pénale selon le statut de l'auteur de la saisine⁴⁴⁵¹.⁴⁴⁵² Elle détermine d'abord son intervention dans la mesure où il est, à l'exception des cas dans « *lesquels la poursuite s'avère radicalement impossible* », ⁴⁴⁵³ contraint d'instruire dans le sens où il ne peut se substituer à l'auteur de la poursuite en portant une appréciation sur l'opportunité d'ouvrir une information.⁴⁴⁵⁴ Elle délimite ensuite

⁴⁴⁴⁸ V. not. Cass. crim., déc. du 08.12.1992, n° 92-83.854, publiée au *bull.* n° 409, p. 1157.

⁴⁴⁴⁹ En effet, conformément aux art. 35 et 55 de la loi du 29 juillet 1881 et d'après une jurisprudence constante de la haute juridiction, la vérité du fait diffamatoire ne constitue un fait justificatif que dans la mesure où la preuve en est administrée par le mis en cause dans le respect des exigences qu'ils édictent. De fait, seul le débat contradictoire devant les juges du fond est à même de rapporter cette preuve, raison pour laquelle il n'appartient pas aux juridictions d'instruction de la rechercher ni de la recevoir à peine d'excès de pouvoir, v. Cass. crim., déc. du 26.05.1992, n° 91-84.187, publiée au *bull.* n° 212, p. 585. V. pour plus de détails à ce sujet égal. GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, *op. cit.*, p. 184, n° 151.44.

⁴⁴⁵⁰ Cass. crim., déc. du 07.12.1976, n° 76-90.634, publiée au *bull.* n° 350, p. 896 ; Cass. crim., déc. du 26.06.1979, n° 78-93.470, publiée au *bull.* n° 226, p. 618 : les juridictions d'instruction ont le devoir d'instruire. Cette obligation ne cesse, not. suiv. les dispositions de l'al. 3 de l'art. 86 du CPP (anc. vers., il s'agit désormais de l'al. 4), que si pour une cause affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent comporter de poursuites.

⁴⁴⁵¹ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 28.09.2005, n° 05-84.495, publiée au *bull.* n° 246, p. 866 qui rappelle que les pouvoirs accordés au juge d'instruction par l'art. 81, al. 1 CPP lui permettant de procéder, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité, sont limités aux seuls faits dont il est régulièrement saisi en application des articles 80 et 86 de ce Code.

⁴⁴⁵² V. à ce sujet not. GUÉRY, Christian, « Du cap à la péninsule... (la requalification par une juridiction pénale) - Ét. 13 », *Dr. Pén.*, n° 7-8, 2012, n° 2 ; GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, *op. cit.*, p. 183-193, n° 151.41-151.95 s'agissant du principe général de la saisine *in rem*, de même que p. 241-242, n° 212.21 à 212.23 concernant spécifiquement la saisine du JI par la partie civile.

⁴⁴⁵³ Selon la formule de l'arrêt Atthalin, Cass. crim., déc. du 08.12.1906, publiée au *bull.* n° 443. Plus réc. dans le même sens égal. Cass. crim., déc. du 07.12.1976, n° 76-90.634, publiée au *bull.* n° 350 p. 896 ; Cass. crim., déc. du 26.06.1979, n° 78-93.470, publiée au *bull.* n° 226, p. 618. L'art. 86 CPP admet ici les refus fondés sur un obstacle de droit à l'exercice de l'action publique. Il est égal. admis, au-delà des prévisions de ce texte, que le magistrat instructeur puisse refuser de se saisir lorsqu'il est incompétent ou lorsque pour une raison de fond ou de forme la plainte avec constitution de partie civile est irrecevable, v. BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 120 ; PIN, Xavier, « Le centenaire de l'arrêt Laurent-Atthalin », *Rec. Dal.*, 15-2007, *art. cit.*, p. 1025 ; GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, *op. cit.*, p. 185 et 241-242, n° 151.54 et 212.21 à 212-23 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 980-981, n° 1817.

⁴⁴⁵⁴ Cette obligation résulte implicitement de l'art. 86 al. 4 CPP qui prévoit que le procureur lui-même ne peut prendre des réquisitions de non-informer, exception faite des cas d'obstacles de droit à l'exercice de l'action publique, le magistrat instructeur ne pouvant faire ce que la loi interdit au procureur de lui demander. Cette disposition vient consacrer la règle énoncée par la haute juridiction dans son arrêt Placet ou Laurent-Atthalin, v. Cass. crim., déc. du 08.12.1906, publiée au *bull.* n° 443. V. à ce propos not. PIN, Xavier, « Le centenaire de l'arrêt Laurent-Atthalin », *Rec. Dal.*, 15-2007, *art. cit.*, p. 1025.

son action : celui-ci étant saisi *in rem*, il ne peut à ce titre informer que sur des faits dont il a été saisi par un réquisitoire introductif ou supplétif⁴⁴⁵⁵ ou encore par la plainte avec constitution de partie civile⁴⁴⁵⁶ (v. art. 81-1 CPP).⁴⁴⁵⁷ Tout acte d’instruction sur d’autres faits est susceptible d’être annulé pour excès de pouvoir, comme ayant été accompli par un magistrat incompétent puisque non saisi.⁴⁴⁵⁸ Cette solution légale repose sur le principe de séparation des fonctions judiciaires qui interdit au procureur d’exécuter tout acte d’instruction et au magistrat instructeur de s’auto-saisir, la poursuite relevant de la seule compétence du procureur.⁴⁴⁵⁹ Aussi le juge d’instruction est-il tenu, s’il découvre un nouveau fait non visé au réquisitoire introductif, de le communiquer sans délai au procureur de la République, lequel a alors toute latitude pour décider de la suite qu’il entend lui donner, telle par exemple saisir le magistrat instructeur d’un réquisitoire supplétif (art. 80 I. al. 3 et 4 CPP). En revanche, le magistrat instructeur est, sous réserve de certaines exceptions notamment en matière de liberté de la presse ou de diffamation,⁴⁴⁶⁰ en principe libre de la qualification des

⁴⁴⁵⁵ Principe rappelé régulièrement par la jurisprudence, v. p. ex. Cass. crim., déc. du 24.11.1998, 98-83.247, publiée au *bull.* n° 315, p. 902 ; Cass. crim., déc. du 28.09.2005, n° 05-84.495, publiée au *bull.* n° 246, p. 866 et plus réc. Cass. crim., déc. du 08.06.2017, n° 17-80.709, publiée au *bull.*

⁴⁴⁵⁶ En effet, la juridiction d’instruction, saisie d’une plainte avec constitution de partie civile, suivie du versement de la consignation prévue à l’art. 88 CPP, doit, en l’absence de réquisitions de non-informer, instruire sur les faits dénoncés dans cette plainte, alors même qu’ils ne sont pas visés dans le réquisitoire introductif du ministère public, dans la mesure où cette constitution de partie civile n’a pas été déclarée irrecevable, v. Cass. crim., déc. du 08.12.1992, n° 92-83.854, publiée au *bull.* n° 409, p. 1157

⁴⁴⁵⁷ V. à ce propos e. a. égal. FOURMENT, François, « Saisine *in rem* du juge d’instruction et qualité à agir en nullité, à propos de Cass. crim., 08.06.2017, n° 17-80709 », *Gaz. Pal.*, n° 36, octobre 2017, p. 60 et s. ; GUÉRY, Christian, « Du cap à la péninsule... Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 7/8-2012, *art. cit.*, n° 2 ; GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l’instruction préparatoire*, *op. cit.*, p. 183 et s., n° 151.41 et s. et concernant spéc. la constitution de partie civile p. 241, n° 212.22.

⁴⁴⁵⁸ Cass. crim., déc. du 06.02.1996, n° 95-84.041, publiée au *bull.* n° 60, p. 165.

⁴⁴⁵⁹ PRADEL, Jean, « La saisine matérielle du juge d’instruction en cas de faits nouveaux », *Rec. Dal.*, n° 14, avril 1996, p. 198 et s., sous l’introduction ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 982, n° 1819 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1129, n° 1691.

⁴⁴⁶⁰ En matière d’infraction de presse, le juge étant lié par les qualifications retenues par l’acte de saisine, il ne peut ni décider d’une autre qualification de la loi du 29 juil. 1881, ni passer d’une qualification de droit commun à une qualification de la loi de 1881 (art. 50 loi du 29 juil. 1881), v. p. ex. Cass. crim., déc. du 22.05.1984, n° 81-94.450, publiée au *bull.* n° 188. V. à ce propos égal. GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l’instruction préparatoire*, *op. cit.*, p. 192-193, n° 151.95.

faits.⁴⁴⁶¹ De même, s'il est saisi *in rem*, le magistrat instructeur ne l'est pas *in personam*.⁴⁴⁶² En conséquence, qu'il ait été saisi d'un réquisitoire introductif ou par une plainte avec constitution de partie civile, le juge d'instruction peut mettre en examen toute personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir participé aux faits de sa saisine et n'est pas limité aux auteurs présumés éventuellement évoqués dans son acte de saisine (art. 80-1, al. 1 du CPP, *arg. e contr.*).

832. Davantage qu'une saisine *in personam*, la saisine *in rem* permet ici de limiter les dangers d'un acharnement judiciaire et renforce la réalité de l'instruction à charge et à décharge en ce que l'objectif primaire est ici l'établissement de la vérité des faits avant l'identification du responsable.⁴⁴⁶³ Par ailleurs, s'il ne s'agit pas ici de mettre en doute les compétences des services de police, dont la mission est pareillement et évidemment soumise à la loi et à des exigences strictes d'éthique professionnelle, on observe un renforcement de l'objectivité des investigations au cours d'une instruction, dû notamment aux conditions de saisine restrictive du magistrat instructeur.⁴⁴⁶⁴ Ainsi, comme le souligne François-Louis Coste à notre sens avec raison, l'officier de police judiciaire est-il saisi par le fait du moment quand le magistrat instructeur l'est par le droit.⁴⁴⁶⁵ L'enquêteur immédiat est donc amené à réagir à l'évènement qui par nature, trouble l'ordre public, tandis que l'intervention du juge d'instruction, qui ne peut s'auto-saisir, est subordonnée à l'existence d'un réquisitoire introductif ou à une plainte de constitution de partie civile.⁴⁴⁶⁶ En conséquence, alors que le travail d'enquête de police judiciaire se fait, notamment en cas de flagrance, sous l'empire de l'urgence, qui implique de gérer spontanément l'émotion publique et de répondre à l'impatience, le magistrat instructeur peut, et doit, de son côté prendre du recul.⁴⁴⁶⁷ Il ne s'agit

⁴⁴⁶¹ V. not. Cass. crim., déc. du 26.05.1992, n° 91-84.187, publiée au *bull.* n° 212, p. 585 ; Cass. crim., déc. du 03.06.1996, n° 94-83.195, publiée au *bull.* n° 283, p. 862. V. à ce propos égal. GUÉRY, Christian, « Aux confins du droit et de la procédure pénale : la relative liberté de qualification du juge d'instruction », *Rec. Dal.*, n° 38, novembre 1996, p. 335 et s. ; GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, *op. cit.*, p. 191-193, n° 151.91-151.95.

⁴⁴⁶² V. p. ex. déjà Cass. crim., déc. du 24.06.1922, publiée au *bull.* n° 227 ; v. égal. « Saisine in rem du JI et qualité à agir en nullité », *Gaz. Pal.*, 36-2017, *art. cit.*, p. 60 et s. ; GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, *op. cit.*, p. 183, n° 151.42.

⁴⁴⁶³ TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire*, *op. cit.*, p. 43, n° 38.

⁴⁴⁶⁴ COSTE, François-Louis, « L'instruction : à la recherche des fondamentaux », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 422-423.

⁴⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁶⁷ *Ibid.* Sur les difficultés (à notre sens quelque peu exarcerbées par l'auteur) auxquelles cela peut conduire au stade de l'enquête, v. égal. INCHAUSPÉ, Dominique, *L'erreur judiciaire*, *op. cit.*, p. 497-499.

pas ici d'une distance traduisant une marque de mépris ou de supériorité, mais bien plus d'un éloignement émotionnel auquel l'invite la loi pour enquêter non pas sous la pression des sentiments d'un moment (colère, révolte, dégoût, morale) mais de manière raisonnée selon des règles précises et systématiques de procédures pénales visant à garantir les droits de la défense.⁴⁴⁶⁸ À cela s'ajoute le suivi du dossier par un juge de l'instruction unique (en cas d'affaire complexe en co-saisine qui loin d'amoindrir la garantie la renforce, les parties disposant alors d'un regard et d'un contrôle objectif supplémentaire, le juge initialement désigné demeurant du reste coordonnateur de l'information, art. 83-2 CPP), qui est non seulement l'interlocuteur de référence des parties et des différents acteurs participant à la procédure tels les avocats, enquêteurs, experts, etc., mais est aussi imperméable, à la différence des parquets, par principe, à toute politique pénale ou encore à tout objectif chiffré.⁴⁴⁶⁹

833. Si l'interdiction d'auto-saisine est un élément capital et un vecteur essentiel d'une meilleure impartialité du magistrat instructeur, l'appréciation laissée à l'entière souveraineté du procureur sur la nécessité d'ouvrir une information en matière délictuelle nous apparaît fortement critiquable en ce qu'elle rend possible des refus non motivés objectivement d'ouverture d'instruction et participe à l'éviction du juge d'instruction dans des cas où il aurait pourtant été essentiel pour une meilleure garantie des libertés individuelles. Un encadrement législatif plus strict orienté selon des critères objectifs⁴⁴⁷⁰ telles la gravité de l'infraction selon la peine encourue (la distinction entre crimes et délits est à la différence du système allemand trop radicale, la première catégorie ne concernant qu'une très petite minorité d'infractions, il pourrait être imposé une procédure d'instruction à partir d'une peine estimée à plus de 5 ans d'emprisonnement)⁴⁴⁷¹, la complexité de l'affaire, les moyens de coercitions et de techniques d'investigation fortement attentatoires aux libertés individuelles attendues ou encore la nature politico-judiciaire de l'affaire, de même qu'un contrôle en opportunité par une autorité tierce nous semble ici impératif.

⁴⁴⁶⁸ COSTE, François-Louis, « L'instruction : à la recherche des fondamentaux », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 422-423 ; en conclusion dans un sens similaire not. TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire*, *op. cit.*, p. 43, n° 38 ; DORWLING CARTER, Marcel, « Faut-il supprimer le JI ? », *doctr. I 3458* », *JCP G*, 1990, *art. cit.*, n° 11.

⁴⁴⁶⁹ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 50.

⁴⁴⁷⁰ CHIUSA ALDRIN, Céline, *De l'utilité du juge d'instruction*, *Mémoire sous la direction du Professeur D. ALLIX*, Assas Paris II, 2003 2002, p. 46-47 ; MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 820.

⁴⁴⁷¹ Se rapporter ici sur cette distinction au n° 405, p. 369 et s. de cette thèse.

§ 3. Pouvoirs d'investigation et de contraintes étendus

834. De son indépendance fonctionnelle garantie par les modalités de sa saisine à laquelle s'ajoute son statut de magistrat du siège⁴⁴⁷² résulte des pouvoirs d'investigation et de contrainte beaucoup plus étendus que ceux dont dispose le procureur (A), de même que des fonctions juridictionnelles (B) dont le cumul, loin d'être incongru, font de cet acteur un enquêteur à la « *plénitude de compétence* » efficace tout en étant respectueux des droits des parties dans sa quête vers la manifestation de la vérité.⁴⁴⁷³ Nous rappellerons à cet égard qu'il n'en allait pas différemment outre Rhin, où le juge d'instruction était à ce titre assimilé par certains à un « *procureur doté d'une pleine indépendance juridictionnelle* ». ⁴⁴⁷⁴

A – Pouvoirs de contrainte

835. Efficace et discrète l'instruction permet d'abord d'user de nombreux actes d'instruction diversifiés dans la recherche de la vérité et offre aux magistrats des moyens de coercition exceptionnels à l'encontre des personnes concernées.⁴⁴⁷⁵

836. Selon l'art. 81 CPP, il « *procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité* ». De cette formule très générale et non exhaustive résulte une véritable plénitude des pouvoirs du magistrat instructeur exercés par lui-même, sous sa direction ou par d'autres auxiliaires, afin de faire éclater la vérité.⁴⁴⁷⁶ En effet, en tant que magistrat du siège indépendant, il est l'autorité judiciaire toute désignée pour décider de mesures attentatoires aux droits fondamentaux dans les conditions prévues par les textes.⁴⁴⁷⁷ À côté des constatations matérielles auxquelles il peut procéder personnellement (art. 92 et 93 CPP), il peut, entre autres, entendre toute personne dont la déposition lui paraît utile (à noter ici que les formalités à observer varient selon qu'il s'agit de

⁴⁴⁷² Il sera revenu plus en détails sur ce point ultérieurement aux n° 862 et s., p. 771 et s. de cette thèse.

⁴⁴⁷³ V. not, BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 63 et 64. Dans un sens similaire égal. TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 49 et s., n° 45 et s.

⁴⁴⁷⁴ BADER, Karl, « StA u. Rechtspflege », *JZ*, 1956, *art. cit.*, p. 6. V. à ce propos les dév. aux n° 725 et s., p. 641 et s. de cette thèse.

⁴⁴⁷⁵ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 63 et s. ; TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 47 et s., n° 45 et s. et p. 49 et s., n° 49 et s.

⁴⁴⁷⁶ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 63 et s. ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 703 et s., n° 815 et s. ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 460 et s., n° 732 et s.

⁴⁴⁷⁷ En ce sens not. COSTE, François-Louis, « L'instruction : à la recherche des fondamentaux », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 423-425 ; LAVIELLE, Bruno et DANET, Jean, « JI : ni cet excès d'honneur ni cette indignité », *Gaz. Pal.*, 55-2009, *art. cit.*, p. 2 et s.

témoins [art. 101 et s. CPP], de témoins assistés [art. 113-1 à 113-8 CPP], de la partie civile [89-1 CPP] ou de la personne mise en examen, auquel cas les règles plus strictes de l'interrogatoire s'appliquent [art. 114 à 117 CPP]); et il bénéficie de larges pouvoirs d'investigation contraignants, telles notamment les interceptions téléphoniques (art. 100 à 100-7 CPP), les perquisitions et saisies sans le consentement de la personne, même hors cas de flagrance (art. 92 à 99 CPP).⁴⁴⁷⁸ Ainsi certains soulignaient-ils que l'ouverture d'une instruction s'avère particulièrement utile en ce qu'elle permet un accès plus facile aux interceptions téléphoniques par exemple.⁴⁴⁷⁹ Toutefois, on regrettera ici que la dernière loi en date ait encore réduit les écarts entre l'instruction et l'enquête. Certes, en dépit de la dernière tentative législative d'élargir les pouvoirs similaires exceptionnels dont dispose le procureur, depuis les lois de 2004 puis de 2013, dans le cadre des enquêtes préliminaires ou de flagrance en matière de terrorisme, à tous crimes et délits punis d'au moins 3 ans,⁴⁴⁸⁰ les distinctions entre ces deux cadres de l'avant-procès perdurent hors cas de criminalité organisée, le Conseil des sages ayant à juste titre empêché que certaines dispositions ne soient appliquées du fait de leur inconstitutionnalité⁴⁴⁸¹. En revanche, nous rappellerons que les futurs articles 706-95-1 et 706-95-2 du Code de procédure pénale, qui étendent l'interception de correspondances électroniques stockées, pour tous les crimes, en plus de la criminalité et de la délinquance organisée, entreront pour leur part bel et bien en vigueur le 1^{er} juin 2019.⁴⁴⁸² L'instruction permet de plus, et contrairement à l'enquête préliminaire, de procéder à des transmissions partielles de procès-verbaux, c'est-à-dire sans qu'il faille attendre la fin de l'enquête et la clôture de la procédure, ce qui favorise la continuité dans le traitement de l'affaire.⁴⁴⁸³ De même, à la différence du parquetier, le magistrat instructeur dispose

⁴⁴⁷⁸ V. pour un tableau récapitulatif et comparatif récent, très clair et instructif à propos des différentes mesures possibles au stade de l'enquête et de l'instruction dans leur régime de droit commun et dérogatoire not. THOMAS-TAILLANDIER, « Focus sur l'évolution de la mise en état », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 74 et s. *in fine*.

⁴⁴⁷⁹ VLAMYNCK, « Le policier et l'information judiciaire », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 430.

⁴⁴⁸⁰ V. art. 44 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Avec raison critique à ce propos not. : CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, nov. 2018, p. 10.

⁴⁴⁸¹ CC, déc. du 21.03.2019, n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, ici spéc. al. 138-147 et spéc. 146. À ce propos, v. égal. FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* ; JACQUIN, Jean-Baptiste, « Réforme de la justice partiellement censurée », *Le Monde*, 23.03.2019, *art. cit.*, p. 12.

⁴⁴⁸² « Loi de programmation 2018-2020, alerte 5 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.*, sous 2 ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* Se rapporter égal. aux dév. au n° 819, p. 728 et s.

⁴⁴⁸³ VLAMYNCK, « Le policier et l'information judiciaire », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 431.

également de la possibilité de délivrer une extension de compétence par anticipation, ce qui permet au service d'enquête de s'adapter plus rapidement dans un dossier qui les amènerait à sortir de leur zone traditionnelle de compétence, la loi prévoyant, toujours en opposition à l'enquête (v. art. 74, 74-1 et 18 al. 4 CPP), une telle possibilité également dans l'hypothèse d'une mort suspecte ou de disparation inquiétante (art. 80-4 et 18 al. 4 CPP).⁴⁴⁸⁴

837. Enfin, il dispose d'importants pouvoirs coercitifs au titre desquels il peut restreindre la liberté d'action ou d'aller et venir d'une personne, ce qui pousse parfois le parquet à ouvrir une information dans le but de faire prononcer un acte de contrainte.⁴⁴⁸⁵ Il peut d'abord recourir à cet égard aux différents mandats qui constituent en quelque sorte des mesures préalables à une restriction ou une privation plus durable de liberté,⁴⁴⁸⁶ ceux-ci étant listés à l'art. 122 al. 1 du CPP. Il s'agit d'ordres écrits et datés portant la signature du juge et son sceau adressés aux forces de l'ordre qui doivent respecter des formalités bien précises dont l'inobservation est susceptible de donner lieu à des sanctions disciplinaires contre le juge d'instruction (v. art. 122 à 136 CPP).⁴⁴⁸⁷ Ce n'est qu'exceptionnellement et à des conditions plus restreintes (le mandat de recherche requiert par exemple un certain *quantum*, la peine encourue pour le délit concerné devant être d'au moins 3 ans) que le procureur est autorisé à décerner certains mandats, notamment celui de recherche en cas de crime ou de délit flagrant (v. art. 70 CPP).⁴⁴⁸⁸ Dès lors que la personne faisant l'objet d'un mandat de comparution, d'amener ou d'arrêt est retenue par les services de police ou de gendarmerie avant sa présentation devant un magistrat, le procureur du lieu de l'arrestation est informé dès le début de cette rétention et la personne a le droit de faire prévenir un proche, d'être examinée par un médecin et d'être assistée par un avocat (v. art. 133-1 en combinaison avec les art. 63-2, 63-3 et 63-3-1 à 63-4-4 CPP). Conformément à l'article 122 alinéa 2 du Code de procédure pénale, il s'agit, concernant le mandat de recherche, d'un ordre donné à la force publique de rechercher une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction pour la placer en garde à vue. Il ne peut être décerné à l'égard d'une personne ayant fait l'objet d'un

⁴⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁸⁵ TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire*, *op. cit.*, p. 53-54, n° 56.

⁴⁴⁸⁶ LEROY, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 491-492, n° 778.

⁴⁴⁸⁷ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 170 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 492, n° 779.

⁴⁴⁸⁸ VLAMYNCK, « Le policier et l'information judiciaire », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 432 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 492, n° 779.

réquisitoire nominatif, d'un témoin assisté ou d'une personne mise en examen (art. préc.). S'agissant du mandat de comparution, d'amener ou d'arrêter il peut être décerné à l'égard d'un individu envers lequel il existe des indices graves et concordants rendant sa participation en tant qu'auteur ou complice à la commission d'une infraction vraisemblable, afin de le mettre en demeure de se présenter devant le juge à la date et à l'heure indiquée dans ce mandat ; il peut s'appliquer tant au témoin assisté qu'au mis en examen (art. préc. al. 3 et 4). Le mandat d'amener est quant à lui utilisé pour que la personne à l'encontre de laquelle il est décerné soit conduite par les forces publiques immédiatement devant le juge (art. préc. al. 5). Enfin, le mandat d'arrêt est l'ordre donné à la force publique de rechercher l'individu à l'encontre duquel il est décerné pour le conduire devant lui après l'avoir, le cas échéant, conduit à la maison d'arrêt indiquée sur le mandat où il sera reçu et détenu (art. préc. al. 6). Le magistrat instructeur pourra également décider de mesures de contrôle judiciaire, dès lors que le mis en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave (art. 138 al. 1 CPP) ou requérir directement à la force publique (art. 51 al. 3 CPP) lorsqu'il a saisi le juge des libertés et de la détention en vue du placement en détention provisoire d'un mis en examen s'étant présenté libre à son cabinet, afin de le faire conduire devant ce magistrat⁴⁴⁸⁹. Jusqu'au 1^{er} janvier 2001, il avait même le pouvoir de placer en détention provisoire la personne mise en examen.⁴⁴⁹⁰ Si cette mission incombe désormais à son collègue, le juge des libertés et de la détention, le juge d'instruction garde le pouvoir de solliciter cette mesure auprès du magistrat compétent (art. 143-1 à 149). À noter qu'une détention provisoire, ne pouvant être exercée qu'à l'encontre d'un mis en examen (v. art. 137, 143-1 CPP), cette mesure ne reste possible que dans le cadre d'une information et ne peut être requise lors de l'enquête.⁴⁴⁹¹

838. À noter que l'article 137-3 du Code de procédure pénale à venir à compter du 1^{er} juin 2019 est venu ici quelque peu simplifier le prononcé d'une assignation à résidence sous

⁴⁴⁸⁹ Cass. crim., déc. du 03.05.2011, n° 11-80.889, publiée au *bull.* n° 88.

⁴⁴⁹⁰ V. pour plus de détails à ce propos les dév. au n° 918 et s., p. 808 et s.

⁴⁴⁹¹ V. p. ex. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 772-773, n° 841. Le procureur dispose toutefois comme il a été évoqué précédemment de toujours plus de moyens de coercition – qui nécessitent cependant l'intervention du JLD – dont notamment l'usage de la force publique pour contraindre une personne à comparaître (art. 78 CPP) [v. à ce propos dév. aux n° 312 et s., p. 304 et s., spéc. p. 306 de cette thèse], ou des procédures de convocation par procès-verbal ou comparution immédiate, lorsqu'est envisagée une mesure privative de liberté tels un contrôle judiciaire, une assignation à résidence ou la détention provisoire avant de passer devant la juridiction de jugement, v. n° 410 et s., p. 374 et s. de cette thèse.

surveillance électronique.⁴⁴⁹² De plus, tenant compte d'une déclaration d'inconstitutionnalité intervenue dernièrement,⁴⁴⁹³ le législateur a créé un nouvel article 145-4-2 au sein du code de procédure pénale dans le but d'encadrer les interdictions de correspondance des personnes placées en détention provisoire.⁴⁴⁹⁴

B – Pouvoirs juridictionnels

839. À côté de ses pouvoirs d'instruction qui tendent à découvrir la vérité, le magistrat instructeur possède aussi des pouvoirs de juridiction propres qui influent tant sur la procédure judiciaire que sur le sort des justiciables.⁴⁴⁹⁵ C'est une « juridiction d'instruction du premier degré » à lui seul (v. chap. I^{er}, titre III, livre I^{er} CPP) par opposition à la chambre de l'instruction qui est la « juridiction du second degré ». Il est chargé de prendre à l'ouverture, et davantage lors de l'instruction, des décisions à l'occasion des incidents contentieux qui peuvent se produire (1), et est appelé à juger s'il existe ou non contre la personne mise en examen des charges suffisantes pour justifier sa comparution devant une juridiction de jugement (2), ces pouvoirs s'exerçant chaque fois par voie d'ordonnance.⁴⁴⁹⁶ Le Code d'instruction criminelle, il est vrai, n'avait originellement pas prévu de pouvoirs de juridiction pour le magistrat instructeur⁴⁴⁹⁷, préférant confier la mission de résoudre les quelques incidents que suscitait le déroulement des opérations de ce juge à la chambre du conseil, également chargée de

⁴⁴⁹² V. à ce sujet not. BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, art. cit., n° 33 ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, art. cit.

⁴⁴⁹³ CC, déc. n° 2018-715 QPC du 22.06.2018, Section française de l'Observatoire international des prisons [Correspondance écrite des personnes en détention provisoire], v. à ce propos dans la doctr. not. GOETZ, Dorothee, « Inconstitutionnalité du régime de restriction des communications en détention, CC 22 juin 2018, n° 2018-715 QPC », *Dal. act.*, 26 juin 2018 ; FALXA, Joana, « Inconstitutionnalité des restrictions au droit de correspondance des personnes prévenues, obs. rel. à la déc. du CC du 22 juin 2018, n° 2018-175-QPC », *AJP*, n° 10, 2018, p. 469-470 ; ROUJOU DE BOUBÉE, Pierre, « Necessitas est lex temporis : à propos de la décision n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018 », *Rec. Dal.*, n° 41, novembre 2018, p. 2287-2291.

⁴⁴⁹⁴ V. à ce sujet not. BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, art. cit., n° 34 ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, art. cit.

⁴⁴⁹⁵ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 863, n° 985 ; BELFANTI, Ludovic, « JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, art. cit., n° 61.

⁴⁴⁹⁶ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 863 et 865, n° 985.

⁴⁴⁹⁷ À vrai dire, le magistrat instructeur pouvait placer une personne sous « mandat de dépôt » (art. 91 s. CIC), ce qui le fit apparaître comme le personnage le plus puissant de France selon le mot de Napoléon, mais cette décision ne revêtait alors pas de caractère juridictionnel et était insusceptible de recours, v. not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 23, n° 34.

procéder au règlement clôturant l'information (art. 127 et s. CIC).⁴⁴⁹⁸ La loi du 17 juillet 1856, qui supprima la chambre du conseil pour des raisons de simplicité et sans doute pour donner suite au constat que cette dernière n'avait finalement pas joué son rôle dans la pratique, entérinant systématiquement les actes du juge d'instruction, conféra à ce dernier de nouvelles prérogatives en matière juridictionnelle, lui laissant le soin de régler lui-même la procédure, en décidant seul du non-lieu ou du renvoi.⁴⁴⁹⁹ Cette nouvelle mission déclencha très tôt un feu de critiques dues à la concentration des fonctions juridictionnelles et d'enquêteur sur la même personne.⁴⁵⁰⁰ Cette dernière exprimant une appréciation sur la valeur des charges réunies par elle-même pouvait en effet voir son objectivité entachée et être tentée d'utiliser son pouvoir de juge du premier degré avec la redoutable prérogative de mettre en prison pour faire pression sur le suspect : bref la recherche effrénée de l'aveu à tout prix (rappelant dans une moindre mesure les origines peu glorieuses de l'information, qui usait au temps de l'Inquisition, de la torture pour en arriver aux aveux) était toujours bien présente.⁴⁵⁰¹ Bien que, libéré de la tutelle du parquet en 1958, le magistrat instructeur puisse de manière plus légitime assumer ses rôles d'arbitre et de directeur dans la conduite des investigations,⁴⁵⁰² le problème résultant du cumul de ces deux fonctions jugées incompatibles poussa le législateur à retirer au magistrat instructeur avec la loi du 15 juin 2000 son pouvoir le plus en proie aux critiques de placer en détention pour le confier à un nouvel acteur, le juge des libertés et de la détention⁴⁵⁰³. Corrélativement le légiférant renforçait les pouvoirs du juge d'instruction en

⁴⁴⁹⁸ CLÈRE, Jean-Jacques, « L'instruction préparatoire (1799-1958) », dans J.-C. FARCY et al. (éd.), *Le JI : approches historiques*, art. cit., p. 228-229.

⁴⁴⁹⁹ V. not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 40, n° 46c et p. 968, n° 1782 ; CLÈRE, Jean-Jacques, « L'instruction préparatoire (1799-1958) », dans J.-C. FARCY et al. (éd.), *Le JI : approches historiques*, art. cit., p. 239-241.

⁴⁵⁰⁰ V. p. ex. HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 5, op. cit., p. 66 et s., n° 2044 et s. ; MORIZOT-THIBAUT, Charles, *De L'Instruction préparatoire (étude critique du CIC)*, op. cit., p. 130 et s.

⁴⁵⁰¹ V. l'ens. des réf. préc. de même que plus récemment e. a. GERBER, François, *De l'inutilité du juge d'instruction*, op. cit., p. 115 et s., dont les constatations nous paraissent toutefois trop exacerbées pour partager son analyse.

⁴⁵⁰² V. sur ce point dév. aux n° 868 et s., p. 774 et s. de cette thèse.

⁴⁵⁰³ Se rapporter not. aux deux rapports à ce propos : LAZERGES, Christine, « Rapport sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », n° 1468, 1999, rap. préc., p. 127 ; LAZERGES, Christine, « Rapport d'information sur l'évaluation de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », n° 3501, 2001, rap. préc. V. égal. au sujet de cette loi qui constitua un véritable tournant dans la procédure pénale française e. a. : LAZERGES, Christine, « Histoire d'une navette parlementaire », *Rev. sc. crim.*, 1-2001, art. cit., p. 7-23 ; LE GUNHEC, Francis, « Loi du 15 juin 2000 : dispositions spécifiques à l'enquête ou à l'instruction », 27-2000, art. cit., p. 1299-1302 ; CHARBONNEAU, Cyrille et PANSIER, Frédéric-Jérôme, « Commentaire article par article de la loi sur la présomption d'innocence (1^e partie) », *LPA*, 129-2000, art. cit. p. 3 et s. ; des mêmes auteurs égal. « Commentaire article par article de la loi sur la présomption d'innocence (suite et fin) », *LPA*, 130-2000, art. cit. p. 6 et s., de même que « Loi du 15 juin

retirant à l'ancienne chambre d'accusation, devenue chambre de l'instruction, sa prérogative primaire d'accusation pour les confier à ce seul magistrat.⁴⁵⁰⁴ Loin d'être inconciliables, comme cela a pu parfois être dénoncé tant par une partie de la doctrine française⁴⁵⁰⁵ que par le législateur et certains auteurs allemands,⁴⁵⁰⁶ les fonctions juridictionnelles et d'enquête du magistrat instructeur font à notre sens la force et l'efficacité de cette institution, comme nous le démontrerons en dernier lieu (3).⁴⁵⁰⁷

1) Les pouvoirs juridictionnels du juge d'instruction à l'ouverture et en cours d'instruction

840. Plus restreints à l'ouverture de l'information en raison de « l'improbable »⁴⁵⁰⁸ refus d'informer, celui-ci ne pouvant être plus délivré, comme indiqué, qu'en cas d'impossibilité radicale de la poursuite,⁴⁵⁰⁹ les pouvoirs juridictionnels du juge d'instruction trouvent leur plein épanouissement d'abord au cours de l'instruction⁴⁵¹⁰.

841. Lors de l'ouverture de l'information, le magistrat instructeur peut, en premier lieu, dans de rares hypothèses⁴⁵¹¹ répondre au réquisitoire du procureur, dont les pouvoirs ont encore été renforcés avec la loi de programmation 2018-2022 comme nous l'avons indiqué précédemment,⁴⁵¹² ou à la plainte de la partie civile par une ordonnance de refus d'informer (art. 86 al. 4 CPP),⁴⁵¹³ le cas échéant concernant la plainte de la partie civile pour cause

2000 : 1^e approche », *Gaz. Pal.*, 174-2000, *art. cit.*, p. 11 et s. ; PRADEL, Jean, « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 », *Rec. Dal.*, 13-2001, *art. cit.*, p. 1039 et s.

⁴⁵⁰⁴ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 140-141, n° 109 et 111 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 190, n° 204.

⁴⁵⁰⁵ BADINTER, Robert, « La mort programmée du JI », *Le Monde*, 21.03.2009, *art. cit.*, p. 17, qui critique le cumul des fonctions d'investigation et décisionnelles du juge d'instruction. V. égal. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 99, n° 106 et p. 275, n°350 ; GUINCHARD, Serge, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », dans B. TEYSSIE (éd.), *CP et CIC : livre du bicentenaire*, *art. cit.*, p. 259-261.

⁴⁵⁰⁶ V. p. ex. les doc. parl. correspondants à la réforme de 1975, soit BT « 1. StVRG, 1^e projet de l. sur la réforme de la proc. pén. », *BT-Drs. 7/551, doc. préc.*, p. 38-39 ; GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 200 ; HERRMANN, Joachim, « Strafprozeßreform v. 1975 », *JuS*, 1976, *art. cit.*, p. 414 ; PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter*, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁵⁰⁷ En ce sens e. a. THOMAS-TAILLANDIER, Delphine, « Focus sur l'évolution de la mise en état », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 74 et s., sous II, B, *in fine* ; PRADEL, Jean, « Un problème français : que faire du juge d'instruction ? », dans *FS-Jung*, 2007, *art. cit.*, p. 732.

⁴⁵⁰⁸ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 980, n° 1817.

⁴⁵⁰⁹ V. arrêt Atthalin, Cass. crim., déc. du 08.12.1906, publiée au *bull.* n° 443. Se rapporter au dév. n° 831, p. 740 et s. de cette thèse.

⁴⁵¹⁰ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 865-866, n° 986-987.

⁴⁵¹¹ V. not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 980-981, n° 1817.

⁴⁵¹² V. not. n° 830, p. 738 et s., de même que la suite des dév. de ce n° ainsi que les réf. citées en n. 4516-4518.

⁴⁵¹³ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 04.01.2005, n° 03-84.652, publiée au *bull.* n° 1, p. 1 ; Cass. crim., déc. du 19.03.2013, n° 12-81.676, publiée au *bull.* n° 65.

d'irrecevabilité de cette constitution, dès lors qu'il estime que les conditions de forme ou de fond requises par la loi ne sont pas satisfaites (87 al. 2 et 3 CPP). En cas de contestation ou s'il déclare irrecevable la constitution, il statue après communication du dossier au ministère public par une ordonnance motivée (art. préc.). Dans l'hypothèse contraire, l'admission de la recevabilité de la plainte déclenche l'action publique⁴⁵¹⁴, sans pour autant, faute d'avoir l'autorité de la chose jugée, lier la juridiction de jugement⁴⁵¹⁵. Le magistrat instructeur fixe alors le montant de la consignation imposée à la partie civile (art. 88 CPP) et transmet cette plainte au parquet par ordonnance de « soit-communicé » qui ordonne la communication du dossier au parquet (art. 86 al. 1 CPP). À noter que « *le procureur de la République peut [désormais] demander au juge d'instruction un délai supplémentaire de trois mois pour permettre la poursuite des investigations avant de faire connaître ses réquisitions* » sans que le juge soit tenu d'y faire droit (art. 86 al. 1 CPP).⁴⁵¹⁶ De même, outre la possibilité pour le parquetier de présenter des réquisitions de non-lieu s'il est établi de manière manifeste, au vu de l'enquête, que les faits dénoncés n'ont pas été commis, il lui est depuis la loi de programmation 2018-2019 également permis de demander au juge, à certaines conditions, de « *rendre une ordonnance de refus d'informer tout en invitant la partie civile à engager des poursuites par voie de citation directe* » (art. préc. al. 4).⁴⁵¹⁷ Ces mesures n'étaient à notre sens pas nécessaires au regard de la stabilisation des plaintes avec constitution de partie civile, et, il est à craindre que ces nouvelles barrières compliquent de manière considérable l'accès au juge, faisant de cette voie d'action « *un parcours judiciaire du combattant* » comme le dénonçait à juste titre la CNCDH dans son avis sur la loi de programmation 2018-2022 en novembre dernier.⁴⁵¹⁸

842. En deuxième lieu, le juge d'instruction a aussi la possibilité de rendre une ordonnance d'incompétence si l'affaire n'est pas de son ressort d'attribution ou territorial (art. 90 CPP), ordonnance par laquelle il se dessaisit corrélativement de l'affaire⁴⁵¹⁹ et contre laquelle les

⁴⁵¹⁴ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 865, n° 986.

⁴⁵¹⁵ Cass. crim., déc. du 17.02.2004, n° 03-85.119, publiée au *bull.* n° 41, p. 175.

⁴⁵¹⁶ V. à ce sujet not. art. 53 de la loi n° 2019-222 du 23.03.2019, de même que BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.*, n° 30 ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*, sous 2.

⁴⁵¹⁷ V. l'ens. des réf. préc. en n. 4516.

⁴⁵¹⁸ CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, nov. 2018, p.13-14.

⁴⁵¹⁹ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 866, n° 986.

parties peuvent interjeter appel (art. 186 al. 3 CPP). Lorsqu'une affaire est attribuée à deux juges différents appartenant à des tribunaux distincts ou non, saisis régulièrement en application des règles de compétences territoriales (art. 43 CPP) – ce qui n'est pas rare en raison de la souplesse des règles concernées –⁴⁵²⁰ le juge d'instruction peut rendre une ordonnance de dessaisissement ordonnant le transfert de dossier à son collègue (art. 657 CPP), le dessaisissement ayant alors lieu de plein droit⁴⁵²¹. Si le magistrat instructeur refuse au contraire de se dessaisir en rendant une ordonnance correspondante et que les autres juges ont pareillement agi, le président du tribunal de grande instance statuera dans les 8 jours par une ordonnance insusceptible de renvoi si les juges en question appartiennent à la même juridiction ; à défaut, il y aura lieu, dans le cas de tribunaux différents, d'entreprendre une procédure de règlement de juges devant la chambre de l'instruction (art. 659 CPP). Un mécanisme similaire vaut dans le cas de saisine de deux juges pour des infractions connexes (v. art. 663 et 664 CPP).

843. En dernier lieu, et il s'agit ici bien de l'hypothèse la plus courante, le juge d'instruction rendra une ordonnance décidant d'informer sur l'affaire dont il est saisi qui ouvrira l'instruction à laquelle il va procéder.⁴⁵²²

844. C'est au cours de l'instruction que l'activité juridictionnelle du magistrat instructeur prend de l'importance, alors qu'il est amené à rendre de nombreuses ordonnances.⁴⁵²³ Si celles-ci revêtent un caractère juridictionnel (ce qui est désormais le plus souvent le cas⁴⁵²⁴), ce mode d'agissement est particulièrement protecteur des droits parties, puisqu'elles auront alors la possibilité de les contester au moyen de l'appel devant la chambre de l'instruction, selon les termes des articles 186 et 186-1 du Code de procédure pénale.⁴⁵²⁵ Les ordonnances non juridictionnelles ne peuvent, quant à elles, faire l'objet d'un appel que de la part du

⁴⁵²⁰ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 449, n° 711.

⁴⁵²¹ Cass. crim., déc. du 23.01.2002, n° 01-87.620, publiée au *bull.* n° 11, p. 28.

⁴⁵²² STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 866, n° 987.

⁴⁵²³ P. ex. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous I ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 866, n° 987 ; THOMAS-TAILLANDIER, Delphine, « Focus sur l'évolution de la mise en état », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 74 et s., sous II, B.

⁴⁵²⁴ BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous I.

⁴⁵²⁵ V. e. a. *ibid.* ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 867, 988 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 564.

ministère public (art. 185 CPP).⁴⁵²⁶ Afin de permettre aux parties d'exercer leur droit, les ordonnances doivent être portées à leur connaissance et à celle de leurs avocats (v. art. 183 CPP).

845. Ainsi le magistrat instructeur peut-il par exemple rendre une ordonnance refusant de procéder à un acte d'instruction, sollicité par le ministère public (art. 82 al. 4 CPP) ou par une des parties (mis en examen ou partie civile, art 82-1 al. 4 CPP), celle-ci devant du fait de son caractère juridictionnel être motivée. Il sera également fréquemment amené à transmettre le dossier au parquet, soit spontanément, soit sur la réquisition de celui-ci, par le biais d'une ordonnance de soit-communiqué.⁴⁵²⁷ Si la nomination des experts se faisait autrefois par une ordonnance non juridictionnelle,⁴⁵²⁸ elle résulte désormais d'une simple décision du juge d'instruction (art. 159 CPP), c'est en revanche par ordonnance motivée que ce dernier refuse l'expertise requise ou les questions présentées (art. 156 al. 2 CPP) ou rejette les demandes présentées par les parties à la suite du dépôt de l'expertise (art. 167-2 CPP), ces derniers actes pouvant faire l'objet d'un appel soumis à l'examen préalable du président de la chambre de l'instruction (art. 186-1 al. 1 CPP).⁴⁵²⁹ Par ailleurs, bien qu'il ne décide plus aujourd'hui du placement ou du maintien en détention provisoire, le magistrat instructeur joue ici toujours un rôle considérable en ce qu'il lui revient de saisir le juge des libertés et de la détention par une ordonnance motivée tendant au placement en détention (art. 145 al. 1 CPP) et qu'il peut décider de la mise en liberté (art. 147 al. 1 CPP).⁴⁵³⁰ De plus depuis la loi du 17 juillet 1970,⁴⁵³¹ il a également la possibilité de recourir aux mesures de moindre intensité du placement sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence surveillée, dont les conditions ont été dernièrement quelque peu réaménagées par la loi de programmation 2018-2022 (v. not. l'art. 137-3, déjà en vigueur, et les art. 142-5, 142-6 al. 1, 142-7 dernier al. CPP qui entreront en vigueur le 1^{er} juin prochain),⁴⁵³² dans quel cas il rendra une ordonnance précisant (une

⁴⁵²⁶ Se rapporter pour plus de détails à ce propos aux dév. aux n° 908 et s., p. 803 et s.

⁴⁵²⁷ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 866, n° 987.

⁴⁵²⁸ *Ibid.*, p. 867, n° 987.

⁴⁵²⁹ V. sur cette procédure de « filtrage » les dév. au n° 911, p. 805 de cette thèse.

⁴⁵³⁰ MATSOPOULOU, Haritini, « Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, n° 22, juin 2008, p. 1494 et s. V. pour plus de détails à ce propos les dév. au n° 918 et s., p. 808 et s. de cette thèse.

⁴⁵³¹ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 866, n° 987.

⁴⁵³² V. à ce sujet not. art. 54 V de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, de même que BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-

ordonnance distincte ultérieure dans ce but étant en l'espèce possible) les obligations imposées à l'intéressé (v. art. 138, 139 et 142-5 CPP). Il décide pareillement sur les demandes de modifications ou de mainlevée (v. art. 140 et 142-8 CPP). C'est aussi par le biais d'une ordonnance que le magistrat instructeur donnera suite aux demandes de restitution d'objets saisis qui lui sont adressées par les parties ou par les tiers (art. 99 CPP). Enfin, force est d'admettre que la durée de l'instruction pâtit nécessairement de l'accroissement des règles de procédure en faveur des droits de la défense.⁴⁵³³ Toutefois, et contrairement au mécanisme peu effectif, faute de contrôle par une autorité tierce, instauré dans le cadre de l'enquête pour encadrer celle-ci temporellement,⁴⁵³⁴ le législateur français réagissant à l'allongement de la durée des instructions et dans un souci du respect du principe de l'égalité des armes, a par la loi du 4 janvier 1993, introduit des mesures de précaution contraignantes pour renforcer l'implication du juge d'instruction qui pourra désormais être amené en cours d'information à rendre une ordonnance de continuation de la poursuite (v. art. 175-1 CPP)⁴⁵³⁵. Cette formalité, créée pour accélérer le cours des informations, permet à toute personne mise en examen, témoin assisté ou partie civile, à l'expiration du délai d'achèvement de la procédure indiqué par le juge d'instruction (v. art. 116 al. 8 et 89-1 al. 2 CPP) ou du délai de 4 mois écoulés depuis le dernier acte accompli, de demander au juge d'instruction de prononcer le renvoi devant la juridiction de jugement ou de déclarer qu'il n'y a pas lieu de poursuivre (art. préc., al. 1). À la réception de cette demande, le juge a alors un mois pour rendre une ordonnance spécialement motivée faisant droit à la requête ou la rejetant contre laquelle (ou, également en l'absence de laquelle) l'intéressé pourra se défendre (art. préc., al. 2). De même, après deux ans écoulés sans achèvement de l'instruction, le magistrat instructeur devra rendre une ordonnance motivée expliquant les raisons de la durée de la procédure et contenant des indications sur la poursuite de l'information et des perspectives de règlement (art. 175-2 CPP). Cette ordonnance sera communiquée au président de la chambre de l'instruction lequel pourra faire usage de ses prérogatives de contrôle, et devra être

2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, art. cit., n° 33 ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, art. cit.

⁴⁵³³ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, art. cit., n° 52 ; PRADEL, Jean, « Haro sur le JI ! », *Rec. Dal.*, 4-2006, art. cit., p. 244 et s., sous II.

⁴⁵³⁴ V. à ce propos les dév. aux n° 311, p. 303 et n° 785, p. 691.

⁴⁵³⁵ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 868-869, n° 989 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 985, n° 1827.

renouvelée tous les 6 mois pour toute la durée de l'information (art. préc.). À noter toutefois que l'omission de cette ordonnance, considérée comme un acte d'administration judiciaire, n'affecte pas la procédure.⁴⁵³⁶ Par ailleurs, au-delà du formalisme de l'instruction, il convient de rappeler que la complexité même des affaires soumises à l'instruction sont évidemment l'une des raisons de la longueur plus importante des investigations les concernant.⁴⁵³⁷ De même, la durée de la procédure n'est pas nécessairement synonyme de mauvaise qualité, bien au contraire, comme le confirmèrent les professionnels interrogés, elle est même souvent une absolue nécessité bénéfique pour les droits des parties et la qualité des résultats obtenus. En fait, il est logique que la recherche d'éléments à charge corresponde au point de départ d'une investigation puisqu'il faut bien disposer d'éléments avant de pouvoir s'interroger sur leur véracité.⁴⁵³⁸ L'instruction à décharge ne peut donc avoir lieu que dans un deuxième temps et, lorsqu'elle se prolonge, la lenteur engendrée n'est « *introduite qu'à titre de plus grande garantie* ». ⁴⁵³⁹ En outre, une part importante des délais sont imputés injustement à l'instruction alors qu'ils découlent des délais d'audience des dossiers devant les juridictions de jugement, chroniquement encombrées.⁴⁵⁴⁰ Enfin, une comparaison avec l'Italie, un des états d'Europe le plus souvent condamné par les juges de Strasbourg, et qui ne comprend plus de juges d'instruction depuis maintenant plusieurs décennies, montre que l'abolition de cette institution n'a pas résolu le problème de la lenteur des procédures.⁴⁵⁴¹ Une auteure, reprenant les termes d'un juriste interrogé, exprimait d'ailleurs des doutes légitimes sur la célérité des procédures en cas de direction des investigations par le parquet : « *nombreux sont ceux qui pensent qu'il faut confier les enquêtes au parquet, sous le contrôle d'un juge indépendant. "Et en quoi le parquet ira plus vite ?" s'interroge un avocat. "J'ai un client qui a attendu 4 ans pour que son agresseur soit jugé dans une affaire très simple de coups et blessures"* ». ⁴⁵⁴²

⁴⁵³⁶ Cass. crim., déc. du 15.01.2008, n° 07-87.460, publiée au *bull.* n° 7, p. 22.

⁴⁵³⁷ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 52 ; PRADEL, Jean, « Haro sur le JI ! », *Rec. Dal.*, 4-2006, *art. cit.*, p. 244 et s., sous II.

⁴⁵³⁸ TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 45, n° 41.

⁴⁵³⁹ ORTOLAN, Joseph-Louis-Elzéar, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridiction, procédure*, vol. 2, Paris, Plon, 1864, p. 483, n° 2178 ; en ce sens égal. TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 45, n° 41.

⁴⁵⁴⁰ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 52.

⁴⁵⁴¹ PRADEL, Jean, « Haro sur le JI ! », *Rec. Dal.*, 4-2006, *art. cit.*, p. 244 et s., sous II.

⁴⁵⁴² DUFOUR, Olivia, « Le JI, un luxe français... », *Gaz. Pal.*, 43-2016, *art. cit.*, p. 6 et s.

2) Le magistrat instructeur, détenteur du dernier mot sur le sort du mis en examen

846. Encore plus important est peut-être son pouvoir juridictionnel à la clôture des investigations, le magistrat instructeur étant surtout « *toujours celui qui a le dernier mot sur le sort de la personne mise en examen : non-lieu ou renvoi* ». ⁴⁵⁴³ Son homologue allemand n'a jamais disposé de telles prérogatives, le procureur demeurant bien plus jusqu'à l'abolition de l'instruction, le seul acteur à décider des suites à donner à la procédure (v. §§ 197 et 198 StPO [1974]). ⁴⁵⁴⁴ C'est d'autant plus curieux que cela aurait permis d'apporter une garantie supplémentaire, efficace pour le procès, toute participation du juge d'instruction dans la suite du procès étant exclue par la loi (v. § 23 al. 2 StPO [1974]), ce qui ne valait pas pour les juges de la procédure intermédiaire dont l'identité au procès principal était bien plus devenue la règle après la réforme de 1924. ⁴⁵⁴⁵ C'est à notre sens un des points majeurs de distinction qui explique en partie la moindre importance de cet acteur Outre-Rhin.

847. Dès que l'instruction lui paraît terminée, le juge d'instruction français transmet le dossier au procureur après avoir rendu une ordonnance de soit-communiqué (art. 175 al. 1 CPP). Il en est de même s'il estime que le mis en examen est susceptible de bénéficier de la cause d'irresponsabilité pénale pour trouble mental (art. 122-1 CP et art. 706-119 CPP). Il avise dans les mêmes termes les parties ou les témoins assistés et leurs avocats éventuels (v. art. 175 al. 1 CPP). Ce segment de la procédure est devenu plus contradictoire depuis la loi du 5 mars 2007 ⁴⁵⁴⁶ qui permet désormais aux parties à compter de cet avis dans un délai d'un mois (en cas de détention du mis en examen) ou de trois mois (dans les autres hypothèses) d'adresser au magistrat instructeur, concernant le procureur des réquisitions, qui seront elles-mêmes transmises dans le même temps aux autres parties, ou, s'agissant des parties privées, des observations ou des demandes d'actes d'examens, d'expertises ou des requêtes en annulation respectant les formalités des art. 82-3 et 173-1 du Code de procédure pénale (art. 175 al. 2 à 4 CPP). En revanche, dans la mesure où il n'est pas partie, le témoin assisté ne peut

⁴⁵⁴³ GUÉRY, Christian, « De la vérité absolue à la clarification préalable : pour une nouvelle définition des missions du magistrat instructeur », *AJP*, n° 10, 2010, p. 426.

⁴⁵⁴⁴ V. sur ce point not. GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 199-200.

⁴⁵⁴⁵ V. sur ce point not. VORMBAUM, Moritz, « Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibearbeit? », *ZIS*, 6-2015, *art. cit.*, p. 333.

⁴⁵⁴⁶ LEROY, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 453, n° 720.

formuler de demandes d'acte mais il bénéficie de l'avis de clôture, du droit de formuler des observations écrites et de déposer des requêtes en nullité (art. 175 al. 7 CPP). À préciser toutefois, qu'au-delà de ce premier délai, les parties seront forcloses pour déposer des demandes ou requêtes (art. préc. al. 4 *in fine*) et ce, également devant la chambre de l'instruction saisie de l'entier dossier⁴⁵⁴⁷. Cette forclusion n'est interrompue que si le magistrat instructeur accomplit des actes d'investigation postérieurement à l'ordonnance de soit-communié aux fins de règlement⁴⁵⁴⁸. Ce délai écoulé, un nouveau délai de dix jours ou d'un mois (en fonction de la situation de détention du mis en examen) s'ouvre au profit du procureur et des parties privées pendant lequel ils pourront selon leur statut respectif adresser soit des réquisitions, soit des observations complémentaires (art. 175 al. 5 CPP). Participant du contradictoire de l'instruction, sa méconnaissance est susceptible d'entraîner la nullité de l'ordonnance de clôture,⁴⁵⁴⁹ une renonciation étant toutefois depuis la loi du 12 mai 2009 réaménagée par la loi du 3 juin 2016 désormais possible et valable dès lors qu'elle a été faite par l'ensemble des parties à la procédure (v. actuel art. 84-1 CPP).⁴⁵⁵⁰ Si cette version de l'art. 175 du Code de procédure pénale est encore en vigueur au moment du dépôt de cette thèse, il convient d'ores et déjà de préciser qu'à compter du 1^{er} juin 2019, celle-ci sera modifiée : à l'occasion d'un avis de fin d'information, les parties ne disposeront plus que d'un délai de 15 jours suivant chaque interrogatoire ou audition ou suivant l'envoi de l'avis de fin d'information pour indiquer qu'elles souhaitent adresser des observations ou formuler des demandes, les délais dans lesquels ces demandes et observations devront être soumises demeurant quant à eux inchangés.⁴⁵⁵¹ Si le délai modifié est ici plus important que celui de 10 jours prévu originellement, délai que la CNCDH n'avait pas manqué de dénoncer lors de son

⁴⁵⁴⁷ Cela n'était pas le cas par le passé, la haute juridiction ayant d'abord défendu que les règles de forclusions ne trouvaient application que devant le juge d'instruction et ne valaient pas devant la chambre de l'instruction, v. Cass. crim., déc. du 19.09.1995, n° 95-83.497, publiée au *bull.* n° 272, p. 759 ; Cass. crim., déc. du 11.07.1995, n° 95-82.368, publiée au *bull.* n° 255, p. 713. Enregistrant la politique législative marquée par l'instauration de la purge des nullités, elle a désormais adapté sa jurisprudence, v. not. Cass. crim., déc. du 16.02.2005, n° 04-87.055, 03-82.504 et 03-82.505, publiée au *bull.* n° 63, p. 233 ; Cass. crim., déc. du 06.12.2005, n° 05-85.951, publiée au *bull.* n° 315, p. 1083. V. sur cette év. jurispr. not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 990-991, n° 1836.

⁴⁵⁴⁸ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 09.01.1995, n° 94-84.975, publiée au *bull.* n° 6, p. 15.

⁴⁵⁴⁹ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 17.09.2008, n° 08-84.928, publiée au *bull.* n° 190.

⁴⁵⁵⁰ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 991-992, n° 1839-1840.

⁴⁵⁵¹ V. à ce sujet not. art. 56 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, de même que BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.*, n° 39 ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

avis consultatif, il nous semble que les critiques exercées par cette institution valent toujours pleinement alors que le législateur pénalise ici clairement le mis en cause, laissant hors de considération le fait qu'il est le plus souvent étranger aux lenteurs auxquelles cette disposition souhaitait apporter une réponse.⁴⁵⁵²

848. Ce n'est qu'à l'issue de cette phase contradictoire que le juge d'instruction rendra son ordonnance de règlement ou de clôture, indépendamment du fait qu'il ait ou non reçu des réquisitions ou observations, celles-ci pouvant alors prendre la forme, le cas échéant, d'une ordonnance de non-lieu ou d'irresponsabilité pénale, d'une ordonnance de transmission de pièces ou encore de renvoi devant la juridiction de jugement.⁴⁵⁵³ Le magistrat instructeur dispose à cet égard d'une pleine souveraineté : « *participant de l'indépendance du juge d'instruction, cette souveraineté est si forte que le juge peut même clore son instruction alors qu'une partie aurait formé un appel contre l'une de ses ordonnances et qu'il n'aurait pas mis en examen une personne visée nommément dans l'acte de saisine*⁴⁵⁵⁴. Inversement, le juge peut refuser de clore une information alors que le parquet ou une partie le lui aurait demandé⁴⁵⁵⁵ »,⁴⁵⁵⁶

849. Selon l'article 177 du Code de procédure pénale, le juge d'instruction rend une ordonnance de non-lieu lorsqu'il estime que l'affaire ne peut mener à aucune suite. Il s'agit d'un acte juridictionnel qui arrête l'action publique et peut être motivé en droit, quand le fait n'est pas constitué, s'il existe une cause justificative ou que l'action publique est éteinte, ou en fait faute de charges suffisantes, les circonstances de l'infraction n'étant par exemple pas établies ou le coupable non identifié.⁴⁵⁵⁷ Le non-lieu peut viser tous les faits et toutes les personnes (non-lieu total), dans quel cas il ne peut intervenir qu'en fin d'information, ou concerner seulement certains d'entre eux (non-lieu partiel) et il pourra dans cette hypothèse être décidé en cours d'information (art. 182 CPP).⁴⁵⁵⁸ Les effets du non-lieu s'orientent d'après les motifs relevés : dans le cas d'une raison de droit, elle est irrévocable et a l'autorité de la

⁴⁵⁵² V. not. CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, nov. 2018, p.14-15.

⁴⁵⁵³ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 453, n° 721.

⁴⁵⁵⁴ Cass. crim., déc. du 27.11.1963, n° 63-91.516, publiée au *bull.* n° 338.

⁴⁵⁵⁵ Cass. crim., déc. du 13.11.1996, n° 96-83.748, publiée au *bull.* n° 404, p. 1178.

⁴⁵⁵⁶ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 987, n° 1830.

⁴⁵⁵⁷ V. à ce propos e. a. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 454, n° 722.

⁴⁵⁵⁸ V. égal. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 994, n° 1845 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 454, n° 722 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 874, n° 995.

chose jugée.⁴⁵⁵⁹ Si elle est motivée en fait, elle est au contraire révocable, et faute d'autorité de la chose jugée pourra être réouverte, toutefois sur la seule initiative du ministère public (art. 190 CPP) de sorte qu'il pourra y avoir réouverture de l'instruction sur charges nouvelles selon les articles 188 et 189 du Code de procédure pénale.⁴⁵⁶⁰ Ni le ministère public ni la partie civile ne peuvent saisir la juridiction de jugement par voie de citation directe, après qu'un non-lieu a été rendu, quand bien même la personne nommément visée par une plainte n'avait pas été mise en examen expressément.⁴⁵⁶¹ L'ordonnance de non-lieu permet aussi au destinataire de l'instruction mis en examen d'engager l'action en dommages-intérêts (art. 91 CPP) ou de faire condamner, s'il y a lieu, le dénonciateur pour dénonciation calomnieuse, le non-lieu induisant nécessairement la fausseté du fait dénoncé (art. 226-10 al. 2 CP). Afin de rétablir la présomption d'innocence éventuellement malmenée par une mise en examen, le magistrat instructeur peut également, d'office ou sur requête du parquet, ordonner, à la demande de la personne concernée ou avec son consentement, soit la publication intégrale ou partielle de la décision de non-lieu, soit l'insertion d'un communiqué informant le public des motifs du dispositif de celle-ci dans un ou plusieurs journaux (art. 177-1 CPP). S'il refuse une demande dans ce sens, il doit rendre une ordonnance motivée susceptible d'appel devant la chambre de l'instruction (art. préc. al. 3). L'ordonnance de non-lieu met fin à des mesures éventuelles de contrôle judiciaire ou de détention provisoire, le mis en examen doit alors être remis sans délai en liberté (art. 177 al. 3 CPP) et pourra obtenir réparation du préjudice matériel et moral causé par la détention. Le non-lieu met pareillement fin au contrôle judiciaire.

850. Réagissant à l'incompréhension des victimes lorsque qu'une ordonnance de non-lieu était rendue en cas d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, lesquelles assimilaient celle-ci à un désintérêt de la justice pour leur cause personnelle, le législateur a, dans un souci de pédagogie et sans revenir sur le principe primordial de l'irresponsabilité pénale, trouvé un compromis en ouvrant de nouvelles options au magistrat instructeur avec la loi du 25 février 2008.⁴⁵⁶² Ainsi lorsque l'article 122-1 alinéa 1 du Code pénal trouve application et que le juge d'instruction constate l'existence de charges suffisantes, celui-ci

⁴⁵⁵⁹ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 994-995, n° 1847 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 454, n° 722.

⁴⁵⁶⁰ V. l'ens. des réf. préc. en n. 4559.

⁴⁵⁶¹ V. Cass. crim., déc. du 17.01.1983, n° 82-90.262, publiée au *bull.* n° 19.

⁴⁵⁶² BONFILS, Philippe, « Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Rev. sc. crim.*, n° 2, juin 2008, p. 392 et s.

peut-il d'abord, d'office ou à la demande des parties, rendre une ordonnance de transmission du dossier au procureur général aux fins de saisine de la chambre de l'instruction qui a pour effet de maintenir l'intéressé en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire dans l'attente de son éventuelle comparution devant ladite chambre, à moins que le magistrat instructeur, par ordonnance motivée, ne décide la mise en liberté ou la mainlevée du contrôle judiciaire (art. 706-120 al. 1 et 706-121 al. 2 CPP). Cette ordonnance ne termine pas l'instruction mais rappelle bien plus l'ancienne « ordonnance de transmission des pièces au procureur général », qui était auparavant prévue en matière criminelle, lorsque l'information était obligatoirement à deux degrés et clôturée par la chambre d'accusation.⁴⁵⁶³ Dans cette même constellation, le juge d'instruction peut également décider de rendre une ordonnance d'irresponsabilité pour cause de trouble mental qui constate explicitement l'existence de charges suffisantes, tout en déclarant qu'il est pénalement irresponsable, cette décision mettant fin à la détention provisoire ou au contrôle judiciaire éventuellement en cours (art. 706-120 al. 2 et 706-121 al. 1 CPP).

851. Dès lors que le magistrat instructeur considère les charges suffisantes pour justifier la saisine des juges du fond de l'affaire, il rend une ordonnance de continuation des poursuites dont la dénomination diffère selon la juridiction de jugement compétente :⁴⁵⁶⁴ dans un premier temps, il peut rendre une ordonnance de renvoi aux fins de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, quand il juge que les faits pour lesquels il est saisi, constituent un délit, sont reconnus par l'auteur présumé qui en accepte la qualification retenue et que le procureur en a fait la demande ou a donné son accord (art. 180-1 al. 1 CPP). Il doit alors y être précisé que l'ordonnance devient caduque en cas d'échec de cette procédure ou d'absence de décision d'homologation dans un délai de trois mois ou d'un mois, selon la situation de détention du prévenu), à moins que le procureur n'assigne le prévenu dans un délai de 15 jours (art. préc. al. 2). La demande ou l'accord du parquet et des parties sont donnés par écrit ou mentionnés par procès-verbal et peuvent être recueillis au cours de l'information ou lors de la procédure de règlement (art. préc. al. 5). En cas de renvoi, la détention provisoire, l'assignation à résidence sous surveillance électronique ou le contrôle judiciaire du mis en examen prend fin, sauf décision contraire du juge d'instruction, prise par

⁴⁵⁶³ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 455-456, n° 724 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 997, n° 1853.

⁴⁵⁶⁴ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 456, n° 725.

ordonnance distincte, spécialement motivée (art. 180-1 al. 2 et 179 al. 3 CPP). La loi de programmation 2018-2022 est par ailleurs venue ajouter un nouvel alinéa à l'article 180-1 du Code de procédure pénale pour simplifier la procédure, lorsque la proposition de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité émane du procureur, en imposant alors aux parties un délai d'acceptation de dix jours à compter de la notification de cette proposition et en allégeant les formalités de l'ordonnance de renvoi correspondante.⁴⁵⁶⁵ L'article 180-2 du Code de procédure pénale prévoit une situation similaire de transmission de la procédure du procureur en cas de délits visés à l'article 41-1-2 de ce même Code, commis par une personne morale, afin de mettre en œuvre une convention judiciaire d'intérêt public qui aura pour effet de suspendre l'instruction.

852. Dans un deuxième temps, si le magistrat instructeur estime que les charges sont suffisantes, il rend une ordonnance de renvoi d'une ou plusieurs personnes devant une juridiction de jugement, selon la nature de l'infraction en cause et l'âge du prévenu, en principe le tribunal correctionnel en matière délictuelle (art. 179 CPP), exceptionnellement le tribunal de police s'il s'agit d'une contravention (art. 178 CPP), ou encore le tribunal pour enfants lorsque le prévenu est un mineur (art. 9 ord. n° 45-174 du 2 fév. 1945 relative à l'enfance délinquante).⁴⁵⁶⁶ Le mis en examen devient alors officiellement « prévenu ».⁴⁵⁶⁷ L'ordonnance précise éventuellement que le prévenu bénéficie d'une exonération ou d'une remise de peine sur le fondement de l'article 132-78 du Code pénal (v. art. 179 al. 1 CPP). Le juge d'instruction transmet au procureur l'ordonnance de renvoi et le dossier, ce dernier les faisant suivre lui-même sans retard au greffe de la juridiction saisie (art. 180 al. 1 CPP). Dans l'hypothèse d'une saisine du tribunal correctionnel, c'est alors le parquet qui assigne le prévenu et reste largement le maître de l'audience (art. préc. al.2).⁴⁵⁶⁸ À noter à cet égard que le magistrat instructeur ne peut renvoyer un mis en examen devant la juridiction de jugement qu'après l'avoir préalablement interrogé sur le fond ou lui avoir délivré et notifié légalement un mandat de justice lui donnant cette possibilité.⁴⁵⁶⁹ Toutefois, dès lors que ce dernier s'est expliqué sur le fond dès sa première comparution, aucun texte n'impose la tenue d'un

⁴⁵⁶⁵ V. à ce sujet not. art. 56 IV de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁴⁵⁶⁶ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 997, n° 1855.

⁴⁵⁶⁷ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 457, n° 727.

⁴⁵⁶⁸ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 998, n° 1855.

⁴⁵⁶⁹ Cass. crim., déc. du 12.10.1972, n° 72-91.813, publiée au *bull.* n° 286, p. 749.

interrogatoire « *récapitulatif* » et l'absence d'une telle mesure ne justifie pas d'admettre une atteinte au droit de la défense dont le prévenu pourrait se prévaloir.⁴⁵⁷⁰ Par ailleurs, la décision de renvoi met en principe fin aux mesures de détention provisoire, d'assignation à résidence ou de contrôle judiciaire du mis en examen (art. 179 al. 2 CPP), sauf décision contraire du juge d'instruction, prise par ordonnance distincte, spécialement motivée (art. préc. al. 3), laquelle produit un effet pendant une durée maximale de deux mois (art. 179 al. 4 CPP) pendant lesquels la remise en liberté peut-être sollicitée auprès de la juridiction de jugement (art. 148-1 al. 2 et 148-2 CPP). En règle générale, le prévenu doit être remis en liberté à l'issue de ce délai dès lors que l'examen de l'affaire au fond n'a pas commencé (art. 179 al. 4 CPP). Le tribunal pourra cependant à titre exceptionnel prolonger la détention par décision mentionnant des raisons de faits ou de droit faisant obstacle au jugement pour une durée de deux mois supplémentaires à l'issue de laquelle le prévenu devra être immédiatement remis en liberté (art. préc. al. 5). Quant aux mandats de justice, seul le mandat d'arrêt conserve sa force exécutoire tandis que les mandats d'amener ou de recherche deviennent caducs, le juge pouvant alors décerner un mandat d'arrêt (art. 179 al. 2 CPP). Les parties ayant eu la possibilité d'introduire une requête en nullité dans les 20 jours de l'avis à partie, l'ordonnance de renvoi en correctionnel couvre les vices existants quand elle devient définitive (art. 179 al. 6 CPP).⁴⁵⁷¹ Seule l'ordonnance elle-même peut, devant le tribunal correctionnel, faire l'objet d'une requête en nullité.⁴⁵⁷² En revanche, l'ordonnance de renvoi est quant à elle insusceptible d'appel par le mis en examen ou par la partie civile (art. 186, 186-3 dern. al. CPP).

853. En dernier lieu, si le juge considère que les faits reprochés à une ou plusieurs personnes mis(es) en examen caractérisent un crime, il ordonne leur mise en accusation devant la Cour d'assises (art. 181 al. 1 CPP) qu'il peut saisir d'infractions connexes comme le faisait en son temps la chambre d'accusation⁴⁵⁷³. À l'image de l'ancienne mise en accusation par la juridiction du second degré de l'instruction, l'ordonnance de mise en accusation actuelle doit, à peine de nullité, faire mention de l'identité de l'accusé, de l'exposé ainsi que de la qualification des faits, objets de l'accusation, en précisant éventuellement que l'accusé bénéficie des dispositions de l'art. 132-78 du Code pénal (art. 181 al. 3 CPP). Le juge

⁴⁵⁷⁰ Cass. crim., déc. du 11.06.1970, n° 70-90.400, publiée au *bull.* n° 199, p. 474.

⁴⁵⁷¹ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 999, n° 1860.

⁴⁵⁷² *Ibid.*

⁴⁵⁷³ *Ibid.*, p. 1000, n° 1862. Concernant la procédure en vigueur avant la loi du 15 juin 2000, se rapporter au n° 897, p. 796.

d'instruction doit transmettre l'ordonnance et le dossier au procureur qui les adresse sans délai au greffe de la Cour d'assises compétente parallèlement aux pièces à conviction si cette cour se trouve dans un autre tribunal que le sien (art. 181 al. 10 et 11 CPP). À côté de la possibilité relativement récente de faire appel de l'arrêt de la Cour d'assises (v. art. 380-2 CPP), dont l'absence justifiait par le passé le 2^e degré d'instruction, le mis en examen dispose toujours de la faculté de former un appel de cette ordonnance (v. art. 186 al. 1 CPP).⁴⁵⁷⁴ Tel n'est toutefois pas le cas pour la partie civile, faute de griefs à ses intérêts civils.⁴⁵⁷⁵ Là aussi, l'ordonnance de mise en accusation purge les vices éventuels de la procédure (art. 181 al. 4. CPP). Par contre, à la différence de ce qui vaut en matière correctionnelle, le contrôle judiciaire ou l'assignation à résidence avec surveillance électronique visant l'accusé continuent de produire leurs effets après qu'a été rendue l'ordonnance de mise en accusation (art. préc. al. 5). Concernant les personnes renvoyées pour délits connexes, ces mesures auxquelles vient s'ajouter la détention provisoire, prennent également fin, à moins qu'il ne soit fait application de l'art. 179 al. 3 CPP, auquel cas l'intéressé détenu est remis en liberté à l'expiration d'un délai de 6 mois, s'il n'a pas comparu devant la juridiction compétente (art. 181 al. 6 CPP). Quant à l'accusé faisant l'objet d'une détention provisoire, le mandat de dépôt conserve son effet exécutoire à son encontre jusqu'à son jugement par la Cour d'assises sans préjudice de son droit de demander sa mise en liberté (181 al. 7 CPP). Concernant les autres mandats, seul celui d'arrêt conserve sa force exécutoire tandis que les mandats d'amener ou de recherche deviennent caducs, sans que cela empêche le juge de décerner un mandat d'arrêt (art. préc.).

3) La fonction de poursuite du magistrat instructeur comme obstacle à son impartialité ?

854. En raison de son pouvoir juridictionnel, très fort en fin d'instruction, qui s'imposera même au procureur, certains considèrent que le positionnement institutionnel de cet acteur est bien plus proche de l'accusation que de la défense.⁴⁵⁷⁶ Plus généralement, nombreux sont ceux qui considèrent que les fonctions d'enquête du magistrat instructeur sont incompatibles

⁴⁵⁷⁴ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1000, n° 1863.

⁴⁵⁷⁵ Cass. crim., déc. du 06.04.2004, n° 04-80.579, publiée au *bull.* n° 87, p. 333.

⁴⁵⁷⁶ V. not. GUÉRY, Christian, « De la vérité absolue à la clarification préalable », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 426. En ce sens égal. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 99, n° 106 et p. 275, n° 350 ; REBUT, Didier, « Arrêt Medvedyev et la réforme de la proc. pén. », *Rec. Dal.*, 16-2010, *art. cit.*, p. 971.

avec celles juridictionnelles,⁴⁵⁷⁷ critique que l'on retrouvait également de l'autre côté de la frontière⁴⁵⁷⁸ et dans de nombreux systèmes connaissant l'instruction. Ainsi deux auteurs espagnols posaient par exemple le problème en ces termes : « *Le ministère public doit assumer l'instruction. C'est l'infraction commise qui lui attribue cette capacité d'instruire. Le juge quant à lui doit demeurer le gardien de la légalité des actes procéduraux réalisés par le ministère public. Il le fera en examinant les requêtes et les recours. Laisser perdurer le système contemporain est un non-sens parce que le juge est à la fois celui qui conduit les investigations et celui qui garantit les droits de la défense* ». ⁴⁵⁷⁹

855. Concernant le premier point, il faut ici reconnaître que le rôle incombant à la fin de l'information au magistrat instructeur français diffère bien peu de celui revenant au procureur au terme de l'enquête et constitue assurément une fonction de poursuite.⁴⁵⁸⁰ Mais cela laisse de côté que l'exercice de l'analyse des charges est, lui, très différent⁴⁵⁸¹ et que l'influence du rôle d'accusateur du magistrat instructeur demeure, en raison de la prépondérance de ses autres fonctions et des nombreuses garanties les encadrant, beaucoup plus limité que ne l'est celui du procureur.⁴⁵⁸² Ainsi ne peut-il, par exemple, participer à l'audience alors que le ministère public réunit les charges, décide du renvoi en jugement et est partie obligatoire au procès pénal.⁴⁵⁸³ Il dispose bien plus d'une indépendance fonctionnelle qui fait défaut à ses collègues du parquet en raison du principe d'interdiction absolue qui lui est faite, au nom de la séparation des fonctions entre les autorités d'instruction et de jugement, de siéger au sein

⁴⁵⁷⁷ BADINTER, Robert, « La mort programmée du JI », *Le Monde*, 21.03.2009, *art. cit.*, p. 17, qui critique le cumul des fonctions d'investigation et décisionnelles du juge d'instruction. V. égal. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 99, n° 106 ; GUINCHARD, Serge, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », dans B. TEYSSIÉ (éd.), *CP et CIC : livre du bicentenaire, art. cit.*, p. 259-261.

⁴⁵⁷⁸ V. p. ex. les doc. parl. correspondants à la réforme de 1975, soit BT « 1. StVRG, 1^e projet de l. sur la réforme de la proc. pén. », *BT-Drs. 7/551, doc. préc.*, p. 38-39 ; GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 200 ; HERRMANN, Joachim, « Strafprozeßreform v. 1975 », *JuS*, 1976, *art. cit.*, p. 414 ; PRECHTEL, Günter, *Das Verhältnis der StA z. Ermittlungsrichter, op. cit.*, p. 11.

⁴⁵⁷⁹ GOMEZ COLOMER, Juan-Luis et GONZALVES, François, « La procédure pénale face au principe accusatoire : la position adoptée par le ministère public en Espagne et dans les principaux pays latino-américains (colloque international d'Aix-en-Provence, juin 1997, Inquisitoire-Accusatoire, Un écroulement des dogmes en procédure pénale ?) », *Rev. int. dr. pén.*, vol. 68, n° 1-2, 1997, p. 78. Pour d'autres auteurs espagnols du même avis, se rapporter not. aux réf. citées par ces auteurs en n. 45.

⁴⁵⁸⁰ V. sur ce point not. GUÉRY, Christian, « De la vérité absolue à la clarification préalable », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 426.

⁴⁵⁸¹ Ce que d'ailleurs souligne l'auteur préc. en n. 4580 lui-même.

⁴⁵⁸² En ce sens not. HENNION-JACQUET, Patricia, « Arrêt Medvedyev : turbulent silence sur les qualités du parquet fr. », *Rec. Dal.*, 22-2010, *art. cit.*, p. 1393, n° 8.

⁴⁵⁸³ *Ibid.*

d'une juridiction de jugement quel que soit son degré pour les affaires qu'il a été amenées à connaître en cette qualité (v. art. 49 al. 2 et 253 CPP).⁴⁵⁸⁴ Il convient à cet égard de souligner que l'article 49 alinéa 2 du Code de procédure pénale sanctionne expressément de nullité l'inobservation de sorte qu'il s'agit ici d'une nullité d'ordre public qui ne saurait être couverte et à laquelle les parties ne peuvent renoncer.⁴⁵⁸⁵ Malgré l'inconstance de la jurisprudence sur ce point,⁴⁵⁸⁶ il apparaît justifié d'en tirer la conclusion que cette nullité est évocable à tout moment de la procédure et donc également pour la première fois devant la Cour de cassation.⁴⁵⁸⁷ En outre, le magistrat instructeur est, contrairement à son collègue du siège dont la récusation ne peut être demandée, entièrement soumis au principe d'impartialité, ce qui le poussera à notre sens à apprécier les charges plus objectivement.⁴⁵⁸⁸ À cela s'ajoutent les garanties offertes par l'interdiction de s'auto-saisir évoquée précédemment.⁴⁵⁸⁹ En définitive, l'instruction menée par le magistrat instructeur contient donc plus de garanties pour une constitution objective et équilibrée du dossier en ce qu'elle est moins liée à la poursuite de l'infraction.⁴⁵⁹⁰ En conséquence, ce juge est mieux placé que les parquetiers pour prendre de la distance par rapport à la poursuite, ce qui le rend moins sujet à d'éventuelles pressions tendant à réduire les investigations aux éléments soutenant la culpabilité du prévenu.⁴⁵⁹¹

⁴⁵⁸⁴ V. sur cet aspect not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 368 et s. Nous rappellerons ici que ce principe valait également pour le juge d'instruction allemand avant son abolition, v. § 23 al. 2 StPO [1974]. V. n° 846, p. 756 et s. de cette thèse.

⁴⁵⁸⁵ GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 40, n° 113.35 ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 369.

⁴⁵⁸⁶ GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 40, n° 113.35 et spéc. n. 14 et 15.

⁴⁵⁸⁷ En ce sens not. BELFANTI, Ludovic, « Du droit de tout justiciable de saisir le CSM », *AJP*, 7/8-2017, *art. cit.*, n° 369.

⁴⁵⁸⁸ Ainsi est-il possible de déposer une demande de dessaisissement du juge d'instruction conformément à l'art. 84 CPP, de contester la compétence de ce magistrat selon l'art. 186 CPP, de lancer une procédure de récusation (art. 669 CPP) ou de faire valoir une suspicion légitime en vertu de l'art. 662 CPP, autant d'actions qui ne sont pas possibles à l'égard d'un procureur, v. concernant cet aspect pour le ministère public not. n° 231, p. 223. Sur ce point v. égal. HENNION-JACQUET, Patricia, « Arrêt Medvedyev : turbulent silence sur les qualités du parquet fr. », *Rec. Dal.*, 22-2010, *art. cit.*, p. 1393, n° 8 ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous I, et spéc. n. 29.

⁴⁵⁸⁹ V. à ce propos les dév. aux n° 832, p. 742.

⁴⁵⁹⁰ COLLIN, Jean-Pierre, « Les rapports du juge d'instruction avec le ministère public, les corps de police et les experts », *RDPC*, 1990, n° 8-10, p. 861-865 (à noter que cet article porte sur le JI belge lui-même largement inspiré du magistrat instructeur du CIC, ces caractéristiques valant à notre sens pareillement pour son homologue français).

⁴⁵⁹¹ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 50 ; CHIUSA ALDRIN, Céline, *De l'utilité du juge d'instruction, Mémoire sous la direction du Professeur D. ALLIX*, Assas Paris II, 2003 2002, p. 41-42, n° 46.

856. Concernant la deuxième critique de la prétendue incompatibilité des fonctions du magistrat instructeur, il s'agit à notre sens d'un argument fallacieux.⁴⁵⁹² D'abord, nous venons à notre sens de démontrer que l'impartialité du magistrat instructeur était mieux assurée que celle du procureur.⁴⁵⁹³ De plus, loin d'être incompatible, sa large fonction d'enquête lui permet, bien mieux qu'à un juge de l'enquête, de prendre des décisions puisqu'il aura une meilleure connaissance du dossier.⁴⁵⁹⁴ Les fonctions normalement dévolues à un magistrat du siège ne nous semblent pas plus faire obstacle à l'exercice parallèle de fonctions d'enquête, au regard notamment du principe de l'examen d'office d'une affaire qui incombe au tribunal et au titre duquel il pourra être amené à ordonner lui-même certaines mesures d'instruction sans que cela soit considéré comme une atteinte à ses fonctions de juge (v. du côté français p. ex. art. 434 et 156 al. 3 CPP s'agissant d'une expertise ou encore art. 463 CPP pour un complément d'information,⁴⁵⁹⁵ du côté allemand, le principe est ancré au § 244 al. 2 StPO).⁴⁵⁹⁶ À cela s'ajoute que l'on voit mal, même en supposant l'incompatibilité des fonctions données, comment celle-ci disparaîtrait en répartissant les fonctions du juge d'instruction entre le procureur et un juge de l'enquête. Un transfert des fonctions d'enquête au ministère public ne ferait en effet que reporter et même renforcer le problème originel, alors que le procureur, sans bénéficier des mêmes garanties statutaires qu'un magistrat du siège, deviendrait à la fois juge et partie. C'est d'ailleurs la constatation que paraissait faire la Suisse, 4 ans après avoir aboli le cadre de l'instruction. Selon cette dernière, il s'agissait, concernant la double casquette du procureur, « *sans doute de l'une des principales faiblesses systémiques du modèle suisse. En tout cas, il [était] évident que ce cumul des rôles, et les risques qu'ils [faisaient] courir*

⁴⁵⁹² En ce sens not. PRADEL, Jean, « Haro sur le JI ! », *Rec. Dal.*, 4-2006, *art. cit.*, p. 244 et s., spéc. sous II ; PRADEL, Jean, « Un problème français : que faire du juge d'instruction ? », dans *FS-Jung*, 2007, *art. cit.*, p. 732 ; du côté allemand v. en ce sens égal. GRÜNWALD, Gerald, « Empfiehlt es sich, bes. strafprozessuale Vorschriften für Großverf. einzuführen?, Gutachten C », dans *50. DJT*, *art. cit.*, p. C31.

⁴⁵⁹³ En ce sens e. a. HENNION-JACQUET, Patricia, « Arrêt Medvedyev : turbulent silence sur les qualités du parquet fr. », *Rec. Dal.*, 22-2010, *art. cit.*, p. 1393, n° 8 ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous I, et spéc. n. 29. V. égal. les dév. sous le n° préc. 855, p. 764 et s.

⁴⁵⁹⁴ En ce sens not. PRADEL, Jean, « Un problème français : que faire du juge d'instruction ? », dans *FS-Jung*, 2007, *art. cit.*, p. 732. Se rapporter égal. aux dév. au n° 765, p. 672 et s. de cette thèse.

⁴⁵⁹⁵ V. sur ce point p. ex. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 958-959, n° 1070-1071. Ainsi la juridiction de jugement pourra-t-elle ordonner des mesures d'instruction nouvelles et faire par exemple citer un témoin pour une audience ultérieure, ordonner l'apport de certaines pièces, prescrire une expertise ou encore requérir un supplément d'information s'il est nécessaire de procéder à une série d'opérations complexes.

⁴⁵⁹⁶ À ce sujet not. GUSY, Christoph, « Rechtsgrundlagen der RVE nach § 100b StPO », *GA*, 2003, *art. cit.*, p. 688-689.

sur l’instruction à charge et à décharge, étaient étrangers aux modèles de poursuite faisant intervenir un juge d’instruction ». ⁴⁵⁹⁷ Un changement de système aura suffi pour laver soudainement le juge d’instruction de tout soupçon de « *schizophrénie* », maladie dont souffrirait désormais inopinément bien plus le procureur. ⁴⁵⁹⁸ Cela prouve bien selon nous la faiblesse de l’argument. Enfin, le nombre important de non-lieux rendus en fin d’information achève d’apporter la preuve que le magistrat instructeur n’enquête pas uniquement à charge, comme certains le lui reprochent pourtant. ⁴⁵⁹⁹

Conclusion Section I

857. En résumé, le juge d’instruction offre du fait des règles très élaborées qui régissent son intervention une meilleure garantie des droits et libertés des personnes concernées par les investigations. Il transparaît de ce fait dans les textes avec raison encore comme l’enquêteur privilégié par rapport à un procureur plus restreint dans son champ d’action. Ces pouvoirs, loin d’être incompatibles avec ses fonctions juridictionnelles, lui permettent à notre sens d’éviter l’écueil de la superficialité dénoncée précédemment chez le juge de l’enquête allemand et son homologue français, le juge des libertés et de la détention. En effet, cette plénitude de compétences lui procure toute latitude pour approfondir dans le respect des droits des parties et du contradictoire sa connaissance du dossier qui lui permettra ensuite de prendre une décision éclairée et indépendante de celle du procureur, cette plus-value étant prouvée par les divergences importantes d’opinions que l’on peut constater en observant les réquisitions du procureur et les réponses qui leur sont accordées de même que le nombre non négligeable de non-lieux rendus en fin d’information. Ces pouvoirs sont par ailleurs étroitement limités et encadrés par la loi, le magistrat instructeur ne pouvant notamment s’auto-saisir et étant strictement soumis au principe d’impartialité, ce qui est, à la différence du procureur, non pas seulement incantatoire, mais est bien plus assuré par une série de garanties et mécanismes procéduraux ancrés dans la loi, telle par exemple la possibilité de récusation.

⁴⁵⁹⁷ PIGUET, Christophe, « Esquisse de bilan, quatre ans après la suppression des JI en Suisse », dans ASS. FR. DES MAGISTRATS INSTRUCTEURS (éd.), *Le devenir du JI en Europe*, art. cit. p. 10.

⁴⁵⁹⁸ Diagnostiquant en effet « *une certaine schizophrénie* » chez le procureur not. *ibid.*

⁴⁵⁹⁹ En ce sens not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, art. cit., n° 56 ; PRADEL, Jean, « Un problème français : que faire du juge d’instruction ? », dans *FS-Jung*, 2007, art. cit., p. 732 ; GIUDICELLI, Catherine, « Le JI évoluera ou disparaîtra », *AJP*, 2-2009, art. cit., p. 69. Pour les derniers chiffres, se rapporter à MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.16. V. égal. n. 4431.

858. En ce sens, il nous paraît juste de retenir qu' « instruire n'est pas juger la cause, le juge d'instruction n'est pas juge de la culpabilité ou de l'innocence de la personne qu'il met en examen [...] Mais il est d'abord, et au terme d'un débat contradictoire, juge de la valeur des indices [...] [et] jusqu'au terme de l'instruction, les actes "à charge et à décharge" sont destinés à manifester, non pas la culpabilité ou l'innocence, mais la vérité des motifs susceptibles de justifier la transmission ou le refus de transmettre le dossier à la juridiction de jugement. En tout état de cause, le juge d'instruction ne prend sa décision qu'après avoir invité les parties à faire valoir leurs observations (art. 175). C'est dire que tout au long de la procédure, le juge d'instruction est garant de la présomption d'innocence. »⁴⁶⁰⁰

⁴⁶⁰⁰ COSTE, François-Louis, « L'instruction : à la recherche des fondamentaux », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 424.

– SECTION 2 –

LE JUGE D’INSTRUCTION, UNE AUTORITÉ JUDICIAIRE AU SENS DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L’HOMME DU FAIT DE SA PLEINE INDÉPENDANCE

859. « *L’instruction n’est donc ni l’enquête ni l’accusation ni la défense ni le jugement. Mais elle est justifiée par ces fonctions dans la mesure où la réponse judiciaire à l’infraction, qui constitue toujours un trouble, nécessite un temps de décantation, celui d’une véritable préparation, ne serait-ce que pour éviter l’erreur, autant qu’il est possible.[sic] La garantie d’impartialité dans le choix des mesures permettant la mise en l’état de l’affaire, n’est-ce pas un juge indépendant des enquêteurs, de l’accusation et de la défense qui est le mieux placé pour la donner ?* »⁴⁶⁰¹

860. La convention européenne des droits de l’homme et sa juridiction ne condamnent pas de prime abord le principe du juge d’instruction mais se contentent simplement d’exiger que celui-ci respecte, au même titre que d’autres acteurs procéduraux, un standard minimum et commun de protection des droits de l’homme.⁴⁶⁰² Il est vrai, l’arrêt *Salduz* qui rappelait le principe général du droit à l’avocat⁴⁶⁰³ suivi de l’arrêt *Brusco* qui vint en préciser le contenu⁴⁶⁰⁴ déclenchèrent de vives controverses sur la question de la conformité de l’avant-procès

⁴⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 425.

⁴⁶⁰² PRADEL, Jean, « Un problème français : que faire du juge d’instruction ? », dans *FS-Jung*, 2007, *art. cit.*, p. 732 ; CASSUTO, Thomas, « Portrait d’un JI européen », *AJP*, 11-2015, *art. cit.*, p. 537 ; DANLOS, Benjamin, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », *AJP*, n° 9, 2014, p. 404.

⁴⁶⁰³ CEDH, déc. du 27.11.2008, n° 36391/02, *Salduz c. Turquie*. V. pour un comm. correspondant de cette jurispr. not. FLAUSS, Jean-François, « Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme (septembre 2008 - février 2009) », *AJDA*, n° 16, mai 2009, p. 872-885 ; DREYER, Emmanuel, « CEDH - Un an de droit européen en matière pénale, chron. 4 », *Dr. Pén.*, n° 4, 2009, n° 27 ; SUDRE, Frédéric, « Droit de la Convention européenne des droits de l’homme, doct. 104 », *JCP G*, n° 3, janvier 2009, p. 28, n° 7.

⁴⁶⁰⁴ CEDH, déc. du 14.10.2010, n° 1466/07, *Brusco c. France*. V. à ce propos e. a. RENUCCI, Jean-François, « Garde à vue et CEDH : La France condamnée à Strasbourg (CEDH, 14.10.2010, *Brusco c. France*) », *Rec. Dal.*, n° 44, décembre 2010, p. 2950-2952 ; ROME, Félix, « Garde à vue à la française : c’est la chute finale !!! Édito », *Rec. Dal.*, n° 37, octobre 2010, p. 2425 ; MAYAUD, Yves, « Entretien, La GAV “à la française” aux oubliettes ? », *Rec. Dal.*, n° 40, novembre 2010, p. 2696 ; PRADEL, Jean, « Vers une métamorphose de la garde à vue », *Rec. Dal.*, n° 42, décembre 2010, p. 2780, spéc. n° 13 ; LESCLOUS, Vincent, « Un an de droit de la garde à vue (1er juin 2010 - 1er juin 2011) - Chron. 7 », *Dr. Pén.*, n° 9, 2011, spéc. n° 9 et 11 ; GUÉRIN, Didier, « Point de vue, Flexibilité du droit européen : arrêts *Brusco c/ France* et *Gäfgen c/ Allemagne* », *Rec. Dal.*, n° 43, décembre 2010, p. 2850-2851 ; MAURO, Christina, « Réflexions sur la garde à vue : à propos de l’arrêt *Brusco c/ France*, CEDH 14.10.2010 - Et. 29 », *Dr. Pén.*, n° 12, 2010 ; CHAVENT-LECLÈRE, Anne-Sophie, « La double condamnation européenne et française, comm. 419 (arrêt *Brusco c. France*) », *Procédures*, n° 12, 2010.

français avec le droit européen.⁴⁶⁰⁵ Toutefois, depuis les lois des 4 janvier et 24 août 1993 la présence de l'avocat, sauf renonciation de l'intéressé, est de droit dès la première comparution devant le juge d'instruction et l'accès au dossier est immédiat et intégral.⁴⁶⁰⁶ Ce n'était donc pas au sujet du magistrat instructeur que ces arrêts faisaient naître des interrogations mais plutôt au sujet du procureur français,⁴⁶⁰⁷ son absence d'indépendance étant finalement explicitement retenue et condamnée dans les arrêts Medvedyev⁴⁶⁰⁸ et Moulin,⁴⁶⁰⁹ position confirmée ensuite par l'arrêt Vassis.⁴⁶¹⁰

⁴⁶⁰⁵ Sur les débats déclenchés dans la doct. fr. à ce propos, outre les comm. précités en n. 4603 et 4604, v. not. CASSUTO, Thomas, « Portrait d'un JI européen », *AJP*, 11-2015, *art. cit.*, p. 537 ; DANLOS, Benjamin, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », *AJP*, 9-2014, *art. cit.*, p. 404 et s.

⁴⁶⁰⁶ V. not. PRADEL, Jean, « Un problème français : que faire du juge d'instruction ? », dans *FS-Jung*, 2007, *art. cit.*, p. 732 ; CASSUTO, Thomas, « Portrait d'un JI européen », *AJP*, 11-2015, *art. cit.*, p. 537. Concernant le droit à l'assistance à l'avocat durant l'instruction, se reporter égal. aux dév. sous le n° 887, p. 788 et s.

⁴⁶⁰⁷ En ce sens not. PRADEL, Jean, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? », *Rec. Dal.*, 4-2011, *art. cit.*, p. 340-341 ; CASSUTO, Thomas, « Portrait d'un JI européen », *AJP*, 11-2015, *art. cit.*, p. 537.

⁴⁶⁰⁸ CEDH, déc. des 29.03. et 10.07.2010, n° 3394/03, Medvedyev et autres c. France. Pour des comm. et obs. rel. à cette jurispr., v. not. RASSAT, Michèle-Laure, « Encore et toujours la Cour européenne des droits de l'homme, act. 200 », *JCP G*, n° 16-17, avril 2009, p. 3-4 ; MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, « Tempête sur le parquet, obs. concernant l'arrêt CEDH du 10.07.2008, Medvedyev c. France », *RSC*, n° 1, 2009, p. 176-180 ; SAAS, Claire, « Le procureur de la République français n'est pas une autorité judiciaire - CEDH, 1007.2008, Medvedyev c. France », *AJP*, n° 11, 2008, p. 469 et s. ; HENNION-JACQUET, Patricia, « Délai de route prégarde à vue : quand la Cour européenne des droits de l'homme suspend le vol du temps », *Rec. Dal.*, n° 43, 2008, p. 3055 et s. ; RENUCCI, Jean-François, « Un séisme judiciaire : pour la CEDH les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire, note jurispr. CEDH 10.07.2008, Medvedyev c. France », *Rec. Dal.*, n° 9, février 2009, p. 600-601 ; MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, « Tempête sur le parquet : bis sed non repetita (CEDH, Grande Chambre, 29.03.2010, Medvedyev c. France) », *RSC*, n° 3, 2010, p. 685 ; SUDRE, Frédéric, « Droit de la CEDH, doct. 104 », *JCP G*, 3-2009, *art. cit.*, p. 27-28, n° 5 ; HENNION-JACQUET, Patricia, « Arrêt Medvedyev : turbulent silence sur les qualités du parquet fr. », *Rec. Dal.*, 22-2010, *art. cit.*, p. 1390-1394 ; REBUT, Didier, « Arrêt Medvedyev et la réforme de la proc. pén. », *Rec. Dal.*, 16-2010, *art. cit.*, p. 970-971 ; LAVRIC, S., « Affaire Medvedyev : le statut du parquet tombé à l'eau ? », *Rec. Dal.*, n° 15, avril 2010, p. 898 ; SPINOSI, Patrice, « Entretien : Le ministère public français est-il une autorité judiciaire au sens de la Convention EDH ? », *Rec. Dal.*, n° 15, avril 2010, p. 952 ; RENUCCI, Jean-François, « L'affaire Medvedyev devant la grande chambre : les "dits" et les "non-dits" d'un arrêt important », *Rec. Dal.*, n° 22, juin 2010, p. 1386-1394.

⁴⁶⁰⁹ CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 37104/06, Moulin c. France. V. au sujet de cette jurispr. dans la doct. p. ex. PRADEL, Jean, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? », *Rec. Dal.*, 4-2011, *art. cit.*, p. 34-343 ; ROME, Félix, « Magistrature debout : l'Europe aboie, la chancellerie passe... Édito », *Rec. Dal.*, n° 42, décembre 2010, p. 2761 ; FOURMENT, François, « Point de vue, Après l'affaire Moulin (CEDH, 5^e section, 23.11.2010), encore du grain à moudre », *Rec. Dal.*, n° 1, janvier 2011, p. 26-27 ; RENUCCI, Jean-François, « La Cour européenne persiste et signe : le procureur français n'est pas un magistrat au sens de l'article 5 de la Convention, note », *Rec. Dal.*, n° 4, janvier 2011, p. 277-279 ; LABAYLE, Henri et SUDRE, Frédéric, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif », *RFDA*, n° 5, novembre 2011, p. 989 ; ROETS, Damien, « Le manque d'indépendance du ministère public français à l'égard de l'exécutif et des parties : un obstacle à l'exercice de certaines fonctions », *RSC*, n° 1, mai 2011, p. 208-211.

⁴⁶¹⁰ CEDH, 27.06.2013, Vassis et autres c. France, v. à ce propos dans la doct. p. ex. BACHELET, Olivier, « Privation de liberté suivie d'une garde à vue : condamnation de la France - CEDH 27.06.2013 », *Rec. Dal.*, n° 25, juillet 2013, p. 1687 ; ROETS, Damien, « Précisions sur l'exigence de prompt translation devant un juge ou un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires des personnes arrêtées ou détenues », *RSC*, n° 3, novembre 2013, p. 656-659 ; MILANO, Laure, « Nouvelle mise en cause de la procédure pénale française ? - Act. 843 », *JCP G*, 29-34/2013, p. 1452.

861. À l'inverse, doté de toutes les garanties nécessaires en matière d'impartialité et d'indépendance, c'est bien avec raison, malgré les réticences de certains dans la doctrine,⁴⁶¹¹ que la Cour de Strasbourg reconnaît donc pleinement le caractère d'autorité judiciaire au juge d'instruction français, selon les mêmes critères d'indépendance et d'impartialité appliqués pour examiner le statut des membres du ministère public à la lumière des exigences européennes.⁴⁶¹² En effet, le magistrat instructeur n'est pas seulement indépendant statutairement des pouvoirs exécutif et législatif (§ 1) mais l'est tout autant vis-à-vis des parties (§2). Il est en ce sens assurément mieux placé que le ministère public pour apporter les meilleures garanties en matière de libertés individuelles.⁴⁶¹³

§ 1. Une indépendance statutaire

862. On peut dire, nous semble-t-il, que c'est bien jusque-là son statut de pleine indépendance qui sauva cette institution à chaque fois *in extremis* des nombreuses tentatives d'abolition par le législateur, car, quoi qu'on en dise, le statut du magistrat instructeur est, sans équivoque, plus sûr que celui de ses collègues du parquet.⁴⁶¹⁴ Cela apparaît d'autant plus fondamental que ce dernier intervient souvent dans les cas les plus complexes et les affaires

⁴⁶¹¹ V. p. ex. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 99, n° 106 et p. 275, n° 350 ; REBUT, Didier, « Arrêt Medvedyev et la réforme de la proc. pén. », *Rec. Dal.*, 16-2010, *art. cit.*, p. 971.

⁴⁶¹² Ainsi considérait-elle p. ex. dans l'arrêt Medvedyev que le juge d'instruction offrait toutes les qualités requises au sens de l'art. 5.3 CESDH (CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 3394/03, Medvedyev et autres c. France, ici spéc. al. n° 128) tandis qu'elle déniait ce statut au procureur (*ibid.*, n° 123-126 et CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 37104/06, Moulin c. France, n° 56-60. Se rapporter égal. aux n° 178 et s., p. 196 et s. et n° 259, p. 264 et s. de cette thèse). Partageant l'avis de la Cour sur cette question e. a. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 284 et 368 et s. ; HENNION-JACQUET, Patricia, « Arrêt Medvedyev : turbulent silence sur les qualités du parquet fr. », *Rec. Dal.*, 22-2010, *art. cit.*, p. 1393, n° 8 ; CASSUTO, Thomas, « Portrait d'un JI européen », *AJP*, 11-2015, *art. cit.*, p. 537 ; PRADEL, Jean, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? », *Rec. Dal.*, 4-2011, *art. cit.*, p. 340 ; DANLOS, Benjamin, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », *AJP*, 9-2014, *art. cit.*, p. 404 ; RENUCCI, Jean-François, « Séisme judiciaire : pour la CEDH les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire », *Rec. Dal.*, 9-2009, *art. cit.*, p. 600-601 ; du même auteur, « L'affaire Medvedyev devant la gr. ch. : les "dits" et les "non-dits" d'un arrêt important », *Rec. Dal.*, 22-2010, *art. cit.*, p. 1386-1394 ; SAAS, Claire, « Le procureur de la République fr. n'est pas une autorité judiciaire (Medvedyev c. France, 2008) », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 469 et s. ; MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, « Tempête sur le parquet (Medvedyev c. France, 2008) », *RSC*, 1-2009, *art. cit.*, p. 176-180 ; du même auteur, « Tempête sur le parquet : bis sed non repetita (Medvedyev c. France, 2010) », *RSC*, 3-2010, *art. cit.*, p. 685.

⁴⁶¹³ V. p. ex. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 43 ; COSTE, François-Louis, « L'instruction : à la recherche des fondamentaux », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 422-424 ; FORTSTER, Léon Lef et NATALI, Frank, « Justice pour tous : une alternative à la suppression du JI », *Gaz. Pal.*, 83-2009, *art. cit.*, p. 3.

⁴⁶¹⁴ V. p. ex. concernant le dernier projet de suppression en date HODGSON, Jacqueline, « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, 4-2010, *art. cit.*, p. 1386 ; CASSUTO, Thomas, « Portrait d'un JI européen », *AJP*, 11-2015, *art. cit.*, p. 536-539.

de corruption très sensibles dans lesquelles l'indépendance du pouvoir politique peut s'avérer capitale et où la plus-value par rapport à l'enquête a été prouvée dans plusieurs scandales politico-financiers.⁴⁶¹⁵ Sans cet acteur, nombreuses seraient les affaires qui n'auraient jamais vu le jour.⁴⁶¹⁶

863. C'est ici d'abord les règles régissant son statut qui lui procurent une indépendance totale par rapport au pouvoir exécutif⁴⁶¹⁷ ce qui était loin d'être le cas par le passé⁴⁶¹⁸.

864. Le juge d'instruction est un magistrat du siège du tribunal de grande instance (art. 50 al. 1 CPP) spécialement nommé dans ses fonctions par décret du président de la République sur proposition du garde des Sceaux et après avis conforme (à la différence des procureurs) du Conseil supérieur de la magistrature qui ne pourra exercer plus de 10 ans la fonction au sein d'un même tribunal d'instance (v. art. 28 et 28-3 ord. 22 déc. 1958).⁴⁶¹⁹ L'inamovibilité encore récente du magistrat du siège est la conséquence de la loi du 30 décembre 1987 qui est revenue sur la possibilité de révoquer ce magistrat par un décret de la même forme qui jusque-là le soumettait aux caprices de l'exécutif et fragilisait son indépendance.⁴⁶²⁰ Depuis lors, la fonction d'instruction (qu'il convient de différencier du dessaisissement d'un dossier) ne peut lui être retirée qu'en raison d'une procédure disciplinaire ou en acceptant un avancement.⁴⁶²¹ Ainsi son irrévocabilité marque-t-elle un pas de plus vers l'indépendance vis-à-vis de l'exécutif,⁴⁶²² ce qui lui vaut de remplir la première exigence d'indépendance

⁴⁶¹⁵ Telles que l'aff. Elf, "l'Angolagate", les emplois fictifs de la mairie de Paris, les nombreuses affaires impliquant dernièrement Sarkozy etc. V. sur ces aff. p. ex. HODGSON, Jacqueline, *French criminal justice*, op. cit., p. 79-85 ; de la même auteure « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, 4-2010, art. cit., p. 1381 et s. ; MARTINEL, Agnès et GOANVIC, Isabelle, « Suppression du JI : une réforme dangereuse et inefficace en l'état », *Terra Nova*, 12.02.2010, art. cit., p. 6 et s.

⁴⁶¹⁶ V. l'ens. des réf. préc. en n. 4615.

⁴⁶¹⁷ V. en ce sens e. a. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, art. cit., n° 284.

⁴⁶¹⁸ Les art. 57 et 279 CIC plaçaient le magistrat instructeur en sa qualité d'OPI dans une situation subordonnée et dépendante par rapport au parquet général, le procureur impérial pouvant choisir le juge le plus favorable à ses vues, le dessaisir et le noter comme un véritable supérieur hiérarchique., v. à ce propos STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 520, n° 585 ; COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, rap. préc., p. 120. V. sur le manque d'indépendance du juge d'instruction vis-à-vis du garde des Sceaux par le passé ROYER, Jean-Pierre et al., *Histoire de la justice en France (2010)*, op. cit., p. 923-924 n° 566 et s. Pour plus de détails à ce propos, se rapporter égal. aux n° 13, p. 17 et n° 239 et s., p. 243 et s. de cette thèse.

⁴⁶¹⁹ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 136, n° 104 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 188, n° 202.

⁴⁶²⁰ TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire*, op. cit., p. 38, n° 30 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 136, n° 104.

⁴⁶²¹ V. réf. préc. en n. 4620.

⁴⁶²² TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire*, op. cit., p. 38, n° 30.

statutaire requise pour être reconnu au titre d'autorité judiciaire au sens de l'art. 5§3 CESDH⁴⁶²³.

865. Par ailleurs dans l'exercice de leurs fonctions, les magistrats instructeurs sont liés aux principes d'indépendance et d'impartialité plus que leurs collègues du parquet non indépendants statutairement.⁴⁶²⁴ Ils sont tenus à ce titre de bannir par principe et de repousser toute intervention tendant à influencer, directement ou indirectement sur leurs décisions en dehors des voies procédurales légales, de même que d'appliquer la règle de droit en fonction des éléments de la procédure et sans céder à la crainte de déplaire ni au désir de plaire au pouvoir exécutif, aux parlementaires, à la hiérarchie judiciaire, aux médias ou à l'opinion publique.⁴⁶²⁵

866. Il convient toutefois ici de souligner que ces remarques n'étaient pas valables dans les mêmes termes pour le magistrat d'instructeur allemand. Si ce dernier disposait de par son statut de juge de l'indépendance en principe caractéristique des magistrats du siège, il n'était en revanche, et à la différence de son homologue français, pas un juge spécialisé pour l'instruction.⁴⁶²⁶ Chargé de tâches d'instruction à côté de ses autres attributions habituelles et nommé à ces fonctions pour une période relativement courte (une année civile), il pouvait même parfois ne s'occuper que d'un groupe d'affaires déterminé voire d'un seul cas (v. § 186 StPO[1974]) ce qui conduisait à une certaine instabilité dénoncée à juste titre par la doctrine.⁴⁶²⁷

§ 2. Une pleine indépendance vis-à-vis des parties

⁴⁶²³ Qualité que même les auteurs réticents à voir le juge d'instruction comme une autorité judiciaire au sens de la CESDH ne lui dénie pas, v. p. ex. REBUT, Didier, « Arrêt Medvedyev et la réforme de la proc. pén. », *Rec. Dal.*, 16-2010, *art. cit.*, p. 971. Concernant les critères dégagés par la CEDH pour retenir la qualité d'autorité judiciaire, v. n° 179, p. 196 et s. Au sujet de la qualité d'autorité judiciaire du JI, se référer not. à CEDH, déc. du 23.03.2010, n° 3394/03, Medvedyev et autres c. France, spéc. n° 128 ainsi qu'aux nombreuses réf. doctr. citées en n. 4612.

⁴⁶²⁴ CSM, *Rapport annuel d'activité 2009, Le recueil des obligations déontologiques*, Paris, direction de l'information légale et administrative, 2010, p. 2, A. 3, en ligne : <<http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/publications/rapports-annuels-dactivite?page=1>>, consulté dernièrement le 07.02.2019.

⁴⁶²⁵ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 376 ; CSM (éd.), *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, 2010, *rap. préc.*, p. 1-12, ens. des principes et comm. sous A et B.

⁴⁶²⁶ À ce sujet not. HAUG, Helmut, *Die gerichtliche Voruntersuchung und die Frage ihrer Reformbedürftigkeit*, *op. cit.*, p. 35, sous 5.

⁴⁶²⁷ *Ibid.*

867. Indépendant statutairement, le juge d'instruction l'est aussi dans l'exercice de ses fonctions tant vis-à-vis du parquet, des juridictions de jugement qu'à l'égard des justiciables.⁴⁶²⁸

868. Dans un premier temps, on constate qu'il est devenu entièrement indépendant par rapport au procureur, ce dernier ne pouvant, à l'heure actuelle, plus choisir son juge.⁴⁶²⁹

869. Ainsi n'a-t-il avant tout plus la qualité d'officier de police judiciaire,⁴⁶³⁰ raison pour laquelle il n'est plus soumis à la surveillance du procureur général.⁴⁶³¹ À l'heure actuelle, c'est bien plus au président de la Chambre de l'instruction que revient cette mission (v. not. art. 220 et s. CPP),⁴⁶³² comme nous le développerons par la suite lors de l'étude des mécanismes de contrôle de l'instruction.⁴⁶³³ Il s'assurera à ce titre du bon fonctionnement des cabinets d'instruction du ressort de sa cour d'appel et vérifiera le respect des délais raisonnables et notamment des conditions d'application des alinéas 4 et 5 de l'article 81 (concernant les commissions rogatoires délivrées aux officiers de police judiciaire) et de l'article 144 du Code de procédure pénale. C'est en outre également le président de la chambre de l'instruction qui est désormais le chef hiérarchique du magistrat instructeur et qui l'évalue au niveau administratif.⁴⁶³⁴

870. Ensuite, s'il revient à la victime ou au procureur d'ouvrir l'information, il appartient en revanche au président du tribunal selon les articles 83 et 83-1 du Code de procédure pénale de désigner le ou, si nécessaire, plusieurs juge(s) d'instruction qui en sera/-ont chargé(s), cela permettant d'objectiver le choix du juge.⁴⁶³⁵ Toutefois, la portée de ce principe est relative puisqu'il s'agit, concernant la désignation du magistrat instructeur, depuis la loi du 6 juillet 1989, d'une mesure d'administration judiciaire dont l'irrégularité éventuelle n'intéresse pas

⁴⁶²⁸ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 520, n° 585.

⁴⁶²⁹ V. not. Cass. crim., déc. du 26.02.2008, n° 07-87.865, publiée au *bull.* n° 51, p. 231, qui constatait qu'en désignant le JI en charge de la première information dans son réquisitoire pour instruire contre cette personne, le procureur s'était substitué au président du tribunal et avait éludé ainsi l'application des dispositions de l'art. 83 du CP. V. égal. COSTE, François-Louis, « L'instruction : à la recherche des fondamentaux », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 423. Il était loin d'en être de même par le passé, v. à ce sujet les explications et les réf. en n. préc. 4618.

⁴⁶³⁰ À l'inverse de ce qui valait sous l'empire du CIC, (art. 57 et 279 CIC), v. à ce sujet les explications et les réf. en n. préc. 4618.

⁴⁶³¹ V. not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 520, n° 586.

⁴⁶³² V. à ce propos outre *ibid.*, p. 521, n° 586 et égal. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 212 et s.

⁴⁶³³ Se reporter aux n° 914, p. 806 et s. de cette thèse.

⁴⁶³⁴ V. à ce propos not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 207 et s.

⁴⁶³⁵ V. not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 522, n° 587 ; TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 35, n° 26.

les droits des parties,⁴⁶³⁶ raison pour laquelle elle ne pourra pas être invoquée pour requérir la nullité de la procédure comme cela était le cas auparavant⁴⁶³⁷. Le président du tribunal peut en outre établir un tableau de roulement prévoyant des tours spécifiques selon la spécialisation des juges, ce qui ne l'empêche pas de pouvoir y déroger sans commettre d'irrégularité s'il le juge nécessaire⁴⁶³⁸. Par ailleurs, l'art. 83-1 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité de recourir à une co-saisine dès lors que la gravité ou la complexité d'une affaire le justifie, ce qui permet de conforter l'indépendance et l'aspect équitable de la procédure.⁴⁶³⁹ Un deuxième aspect qui pourrait ici à notre sens encore être amélioré et sur lequel nous avons déjà alerté précédemment tient dans l'encadrement plus étroit des pouvoirs discrétionnaires de saisine du magistrat instructeur en matière délictuelle par le procureur.⁴⁶⁴⁰ Celui-ci pourrait par exemple prendre la forme de critères légaux précis exigeant l'ouverture d'une information accompagnés d'un nouveau recours devant le juge pour le mis en cause en cas de violation des règles établies.⁴⁶⁴¹ Étrangement, on a retrouvé ce point parmi les critiques de la doctrine allemande contre le juge d'instruction autrefois, celles-ci retenant notamment que la position de ce magistrat pouvait à certains égards se révéler particulièrement indigne en ce que l'intervention de ce dernier ne dépendait le plus souvent que du bon vouloir du procureur.⁴⁶⁴² Ce reproche est difficile à comprendre dans le sens où les pouvoirs du procureur allemand étaient à ce niveau clairement encadrés par la loi elle-même qui n'autorisait celui-ci à recourir que très parcimonieusement à ce cadre juridique

⁴⁶³⁶ V. not. Cass. crim., déc. du 17.11.1993, n° 93-83.531, publiée au *bull.* n° 343, p. 861 et Cass. crim., déc. du 11.06.1996, n° 96-81.312, publiée au *bull.* n° 244, p. 739, qui déclaraient que la désignation d'un juge délégué aux fonctions d'instruction par le président du tribunal selon l'art. 83 du CPP aux fins de procéder à des actes d'information est un acte d'administration judiciaire qui n'intéresse pas les droits des parties, lesquelles ne sauraient, dès lors, en discuter ni la régularité, ni l'existence. Cela est différent en cas de charges nouvelles concernant une personne non mise en examen, le président du tribunal devant alors lui-même désigner le juge, v. Cass. crim., déc. du 26.02.2008, n° 07-87.865, publiée au *bull.* n° 51, p. 231.

⁴⁶³⁷ Si cette désignation ne figurait pas au dossier, toute la procédure était alors nulle à moins que la désignation soit conforme au tableau de roulement, v. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 522, n° 587, n. 1.

⁴⁶³⁸ *Ibid.*, p. 522, n° 587.

⁴⁶³⁹ Dans un sens similaire PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 137, n° 106 ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 284.

⁴⁶⁴⁰ En ce sens not. MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 818-819 ; LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 16.

⁴⁶⁴¹ V. sur ce point égal. dév. au n° 405, p. 369 et s. et n° 830, p. 738 et s. de cette thèse.

⁴⁶⁴² HAUG, Helmut, *Die gerichtliche Voruntersuchung und die Frage ihrer Reformbedürftigkeit, op. cit.*, p. 35, sous 7.

quand des raisons substantielles le justifiaient (v. anc. § 178 StPO).⁴⁶⁴³ De plus, le StPO prévoyait à la différence du Code de procédure pénale français la possibilité pour le mis en cause de demander une instruction au moment de la procédure intermédiaire (v. anc. §§ 178, 201 al. 1, 2^e phrase StPO). Par ailleurs, cet argument, fût-il justifié, aurait dû conduire, selon nous, non pas à remettre en question l'information judiciaire mais bien plus à questionner les pouvoirs du procureur à ce propos.

871. L'indépendance du juge d'instruction français est également renforcée par le fait, qu'une fois l'instruction ouverte, le procureur ne pourra plus s'immiscer dans la conduite des investigations auprès des enquêteurs, pas plus qu'il ne pourra prendre des réquisitions ultérieures tendant à restreindre l'étendue de la saisine initiale.⁴⁶⁴⁴ Cette solution résulte du principe de l'indisponibilité de l'action publique selon lequel le procureur de la République ne peut interférer dans le traitement des faits, objet de l'information, en prescrivant une enquête, en saisissant le tribunal correctionnel ou encore en décidant de classer sans suite.⁴⁶⁴⁵ En garantie de son indépendance, le magistrat instructeur ne pourra être dessaisi que par une ordonnance du président du tribunal insusceptible d'appel devant la chambre de l'instruction, rendue à la demande motivée du procureur agissant soit spontanément, soit à la demande des parties, dans les 8 jours suivant la requête (art. 84 CPP). Il est en outre entièrement libre dans la conduite de son information de procéder à tous les actes d'instruction qu'il estime nécessaire à la manifestation de la vérité et n'est pas lié par les demandes des parties qu'il peut choisir ou non d'honorer (art. 81, 81-1 CPP). Il n'est en principe même pas tenu de requérir l'avis du procureur, exception faite de certaines hypothèses (v. art. 80 I. al. 3, 86 al.

⁴⁶⁴³ V. à ce sujet not. GR. STRAFRECHTSKOMMISSION DES DRB, « Verhältnis v. Gericht, StA u. Polizei im EV », 2008, *rap. préc.*, p. 1997-198. Cette règle légale était elle-même largement renforcée par les directives administratives qui veillaient à éviter un recours trop systématique à l'instruction, v. à ce propos not. BÖRKER, Rudolf, « Über hundert Jahren Staatsanwaltschaft im einstigen Preußen, insbesondere in Berlin », *JR*, n° 7, 1953, p. 239.

⁴⁶⁴⁴ V. not. Cass. crim., déc. du 24.03.1977, n° 76-91.442, publiée au *bull.* n° 112, p. 274 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 797, n° 1151 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 652-653, n° 749 ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 373. Pour plus de précisions sur ce principe, se reporter au n° 390, p. 356 de cette thèse.

⁴⁶⁴⁵ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 20.02.2007, n° 06-89.229, publiée au *bull.* 52, p. 293 qui rappelait que, si le procureur saisissait le tribunal correctionnel en traduisant sur-le-champ le prévenu devant cette juridiction selon la procédure de comparution immédiate, il ne pouvait ensuite requérir d'office l'ouverture d'une information sur ces mêmes faits. Il en est de même concernant la victime qui ne peut abandonner la voie de l'instruction préparatoire en cours, pour traduire quiconque et not. l'inculpé, en raison des faits, mêmes objets de l'information, par voie de citation directe devant la juridiction correctionnelle, v. Cass. crim., déc. du 29.10.1990, n° 87-81.568, publiée au *bull.* n° 360, p. 909. V. dans la doct. not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 884, n° 1568.

1, 87 al. 3, 92, 93, 119, 120, 131, 137-1, 175 et 183 CPP) dans lesquelles la poursuite de l’instruction sur d’autres faits nécessite un réquisitoire dit « supplétif » délivré par un membre du ministère public.⁴⁶⁴⁶ Cela ne signifie bien entendu pas qu’il n’y ait aucune relation entre le parquet et le juge d’instruction, le procureur disposant d’importantes prérogatives, outre celle d’initiative de l’instruction, qui lui permettent sans porter atteinte à l’indépendance du magistrat instructeur, de suivre l’information (v. p. ex. art. 82 al. 2, 92 al. 1, 93, 114 al. 3, 119, 120 ou 151 al. 1 CPP), d’y concourir (v. e. a. art. 80 I. al. 3 ou 86 al. 1 CPP) et le cas échéant de saisir la chambre de l’instruction afin qu’elle exerce son contrôle de légalité ou d’opportunité notamment par le biais de l’appel (art. 185 CPP) ou par exemple du référé-détention (art. 187-3 CPP). En fait, on constate en pratique un véritable contrôle mutuel et bénéfique de ces deux acteurs.⁴⁶⁴⁷ Il s’agit ici d’une collaboration fonctionnelle, qui, si elle a pu dans de rares cas, mener à une collusion de laquelle a résulté une vision unilatérale et néfaste du dossier comme par exemple dans l’affaire d’Outreau,⁴⁶⁴⁸ contribue à accroître l’indépendance et l’impartialité des acteurs en jeu du fait de la séparation des fonctions pour une procédure plus équitable.⁴⁶⁴⁹ Cela se vérifie dans la pratique à plusieurs niveaux quand les dissonances entre ces acteurs deviennent visibles, pouvant alors donner lieu à un contentieux.⁴⁶⁵⁰ Ainsi en est-il par exemple lorsque le parquet demande la saisine du juge des libertés et de la détention en vue d’un placement en détention provisoire et que le juge d’instruction décide de ne pas le suivre⁴⁶⁵¹ ou lorsque les investigations du magistrat instructeur ont mis à jour des faits nouveaux et que le parquet refuse de délivrer un réquisitoire supplétif ou encore au moment du règlement de l’information lorsque le juge d’instruction et le procureur ont des avis divergents sur les éléments de qualification et sur un renvoi ou un non-lieu (art. 176 et s. CPP).⁴⁶⁵² On rappellera à cet effet le taux non négligeable, sur les 32.800 personnes mises en examen par le magistrat instructeur en 2017, de 20 % de non-lieu délivrés, qui selon nous prouve l’efficacité du

⁴⁶⁴⁶ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 522, n° 587.

⁴⁶⁴⁷ En ce sens égal. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 468-470 ; en ce sens égal. PRADEL, Jean, « Haro sur le JI ! », *Rec. Dal.*, 4-2006, *art. cit.*, p. 244 et s., sous III.

⁴⁶⁴⁸ Identifiant cet aspect comme une des causes déterminantes de ce scandale judiciaire not. HOUILLON, Philippe, « Juger après Outreau », n° 3125, 2006, *rap. préc.*, p. 137 et s.

⁴⁶⁴⁹ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 470.

⁴⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁶⁵¹ V. à ce propos les dév. détaillés concernant la détention provisoire n° 918 et s., p. 808 et s. de cette thèse.

⁴⁶⁵² BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 470.

système et des contrôle mutuels.⁴⁶⁵³ Si l'on se remémore ici les résultats d'autres mécanismes de contrôle de l'enquête, tels par exemple la procédure intermédiaire allemande (moins de 1 % des demandes d'accusation du ministère public y sont rejetées)⁴⁶⁵⁴ ou encore le contrôle ponctuel des juges des libertés et de la détention ou du juge de l'enquête allemand dont les pourcentages d'infirmité sont dérisoires,⁴⁶⁵⁵ il nous semble que l'instruction prouve ici avec force toute son utilité et son efficacité.

872. Enfin, s'agissant des fonctions de poursuites du magistrat instructeur en raison de sa compétence pour rendre des ordonnances de renvoi en matière délictuelle ou de mise en accusation en matière criminelle à l'issue de l'instruction, qui existe bel et bien et que certains perçoivent comme un obstacle à sa qualité d'autorité judiciaire au sens de la convention européenne,⁴⁶⁵⁶ celle-ci est en vérité beaucoup plus marginalisée que cela n'est le cas pour le parquetier et strictement limitée par les nombreuses garanties entourant l'action de ce juge, de sorte qu'elle influe beaucoup moins sur le cours des investigations comme nous l'avons démontré antérieurement⁴⁶⁵⁷. C'est pourquoi, elle ne saurait, à notre sens, être considérée comme suffisante pour à faire obstacle à la condition d'indépendance des parties requises.⁴⁶⁵⁸

873. Indépendant par rapport au ministère public, le magistrat instructeur l'est tout autant vis-à-vis de la chambre de l'instruction.⁴⁶⁵⁹ Certes cette juridiction du second degré peut infirmer ses décisions juridictionnelles ou annuler ses actes d'investigations, toutefois, elle ne peut, sauf à prendre elle-même en charge la conduite de l'information, lui imposer

⁴⁶⁵³ V. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.16. Sans se fonder sur les mêmes chiffres, similaire dans leurs conclusions not. GIUDICELLI, Catherine, « Le JI évoluera ou disparaîtra », *AJP*, 2-2009, *art. cit.*, p. 69 ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 56 ; PRADEL, Jean, « Un problème français : que faire du juge d'instruction ? », dans *FS-Jung*, 2007, *art. cit.*, p. 732.

⁴⁶⁵⁴ V. dév. au n° 682, p. 610 de cette thèse.

⁴⁶⁵⁵ V. dév. aux n° 751 et s., p. 662 et s. (concernant le juge de l'enquête) et n° 786 et s., p. 692 et s. (concernant le JLD au stade de l'enquête) de cette thèse.

⁴⁶⁵⁶ V. p. ex. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 99, n° 106 et p. 275, n° 350 ; REBUT, Didier, « Arrêt Medvedyev et la réforme de la proc. pén. », *Rec. Dal.*, 16-2010, *art. cit.*, p. 971.

⁴⁶⁵⁷ V. à ce propos les dév. aux n° 832, p. 742 et s. et n° 854, p. 763 et s.

⁴⁶⁵⁸ En ce sens e. a. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 284 et 368 et s. en ce sens égal. HENNION-JACQUET, Patricia, « Arrêt Medvedyev : turbulent silence sur les qualités du parquet fr. », *Rec. Dal.*, 22-2010, *art. cit.*, p. 1393, n° 8 ; en conclusion égal. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2018, p. 520-523, n° 585-587. D'avis contraire p. ex. : GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 99, n° 106 et p. 275, n° 350 ; REBUT, Didier, « Arrêt Medvedyev et la réforme de la proc. pén. », *Rec. Dal.*, 16-2010, *art. cit.*, p. 971.

⁴⁶⁵⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1234-1234, n° 1844 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 520-521, n° 586.

d'accomplir cette mesure.⁴⁶⁶⁰ De même, en dépit de ses larges pouvoirs d'évocation et de révision qui l'autorisent à faire procéder à tous les actes nécessaires, elle ne pourra pas, en cas de refus du juge d'instruction, enjoindre à ce dernier de délivrer un mandat de dépôt⁴⁶⁶¹ ou d'accomplir un acte précis⁴⁶⁶², elle devra alors bien plus ordonner elle-même la mise en détention provisoire du mis en examen ou la mesure concrète.⁴⁶⁶³ Enfin, même dans les autres cas, l'indépendance du juge n'est pas réellement affectée puisque, précisément, il n'est plus en charge de l'instruction mais agira bien plus comme simple délégataire à l'instar du destinataire d'une commission rogatoire.⁴⁶⁶⁴

874. Son indépendance est également totale vis-à-vis des justiciables, qu'il s'agisse ici du mis en examen ou de la partie civile, puisqu'il demeure entièrement libre d'accorder ou de refuser les mesures d'instruction sollicitées.⁴⁶⁶⁵ Cela n'en ôte pas pour autant aux parties la possibilité de s'opposer à ces décisions (ou le cas échéant à l'absence de réponse) par le biais d'une procédure d'appel, de requête en nullité ou en saisissant, quand la loi les y autorise le président de la chambre de l'instruction.⁴⁶⁶⁶

CONCLUSION SECTION II

875. Le deuxième trait caractéristique fondamental qui achève de faire de l'instruction un cadre pleinement respectueux des droits des parties dans l'avant-procès repose dans son respect total du principe d'indépendance de la justice. En effet, le magistrat instructeur ne présente pas seulement une pleine indépendance statutaire qui lui permet de mieux se démarquer du pouvoir exécutif et des juridictions de jugement que ses collègues du parquet, mais il est bien plus tout autant entièrement indépendant des parties, ce qui explique que la Cour de Strasbourg le perçoive à juste titre comme une autorité judiciaire à part entière au sens de la CESDH.

⁴⁶⁶⁰ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1235, n° 1844. Concernant le fonctionnement et les compétences de cette chambre, v. les dév. aux n° 900 et s., p. 797 et s. de cette thèse.

⁴⁶⁶¹ V. not. Cass. crim., déc. du 13.02.1984, n° 82-93.814, publiée au *bull.* n° 50.

⁴⁶⁶² V. not. Cass. crim., déc. du 25.06.1996, n° 96-81.239, publiée au *bull.* n° 272, p. 819 ; Cass. crim., déc. du 17.11.1998, n° 98-81.717, publiée au *bull.* n° 301, p. 870.

⁴⁶⁶³ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 523, n° 588. V. pour plus de précisions égal. n° 907 et s., p. 801 et s.

⁴⁶⁶⁴ V. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1235, n° 1844.

⁴⁶⁶⁵ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 523, n° 589 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1234-1235, n° 1844.

⁴⁶⁶⁶ Se reporter à cet effet aux n° 896 et s., p. 796 et s.

– CONCLUSION CHAPITRE 1 –

876. La consécration par les textes du magistrat instructeur en tant qu'enquêteur de principe s'est accompagnée progressivement de solides garanties procédurales effectives encadrant directement son action pour veiller au respect des droits des parties et des principes directeurs de la procédure pénale. Son efficacité, son impartialité et son indépendance sont assurées tant par son statut que par ses fonctions. Certes, des évolutions ont été nécessaires et certaines sont de date récente. Cela n'empêche pas que l'information reste à l'heure actuelle assurément le cadre le plus fort ainsi que le plus protecteur de la mise en état de l'affaire pénale, celui-ci s'étant adapté, face à des problèmes communs, bien plus rapidement et efficacement au contradictoire que l'enquête.⁴⁶⁶⁷ Et c'est ici bien le juge, « *figure propre à l'information plus qu'à l'enquête* » où il n'intervient que sporadiquement, qui en constitue « *par ses pouvoirs, un ferment d'efficacité [...] par ses devoirs, un garant d'équité* »,⁴⁶⁶⁸ de même que par son statut, un véritable gage d'indépendance et d'impartialité.

877. Toutefois, nous avons également montré que ces constatations devaient être relativisées s'agissant de son homologue allemand qui souffrait, avant sa disparition en 1975, essentiellement d'une position moins affirmée par rapport au procureur, notamment en raison de son absence de pouvoir décisionnel à la fin d'une procédure d'information et de la rareté de ses interventions, de même que de l'instabilité de sa fonction d'instruction.

⁴⁶⁶⁷ BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous l'introduction.

⁴⁶⁶⁸ *Ibid.*

– CHAPITRE II –

LE JUGE D'INSTRUCTION, UN ACTEUR CONTRÔLÉ EFFICACEMENT

878. Bien que le juge d'instruction français bénéficie d'une très large liberté d'action dans le cadre de la recherche de la vérité du fait de sa plénitude de compétences et sans que son indépendance dans la conduite de l'information soit remise en cause, il n'agit jamais sans contrôle.⁴⁶⁶⁹ Bien au contraire « à tous égards, le juge d'instruction est assurément l'un des magistrats de l'ordre judiciaire le plus contrôlé ».⁴⁶⁷⁰ Le statut particulier dont bénéficient les personnes privées lors de l'information laisse d'abord apparaître ce cadre juridique de l'avant-procès comme plus respectueux, en particulier du principe du contradictoire et des droits de la défense, que ne l'est l'enquête puisque, qu'il s'agisse du procureur, de la victime, du mis en examen ou dans une certaine mesure du témoin assisté, ils disposent de possibilités beaucoup plus importantes pour impulser l'action du magistrat instructeur ou même contrôler celle-ci (Section I). Ce cadre de la mise en état de l'affaire pénale présente en outre de solides garanties procédurales du fait de l'intervention d'organes de contrôle efficaces créés spécifiquement pour l'information judiciaire, à savoir la chambre de l'instruction de la Cour d'appel, véritable juridiction du second degré de l'instruction, de même que pour le cas particulier de la détention provisoire, le juge des libertés et de la détention (Section II). Néanmoins, là encore on dénote une marge importante de divergences avec les dispositifs de contrôle de ce magistrat développés Outre-Rhin où il n'existait pas de juridiction d'instruction du 2^e degré à proprement parler comparable à la chambre de l'instruction française.⁴⁶⁷¹ Les recours ouverts au prévenu contre les décisions du juge d'instruction et les mécanismes de contrôle de cet acteur étaient bien plus semblables à ceux dont il disposait et dispose toujours à l'heure actuelle quand le juge de l'enquête est compétent. C'est-à-dire, s'il bénéficiait en principe de la possibilité de former une plainte sur le fondement du § 304 al. 1 StPO [1974] contre les décisions prises par le juge d'instruction, ce qui présentait un avantage certain en

⁴⁶⁶⁹ V. not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, art. cit., n° 205.

⁴⁶⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁶⁷¹ V. à ce sujet not. ESER, Albin, « Aussagefreiheit u. Beistand des Verteidigers im EV », *ZStW*, 1967, art. cit., p. 580-581.

comparaison avec les voies de recours plus disparates et limitées existant lors de l'enquête,⁴⁶⁷² il ne profitait en revanche pas du bénéfice des autres mécanismes de contrôle de l'action du magistrat instructeur spécifiques à ce cadre juridique allant bien au-delà de la seule possibilité de former un recours contre les décisions adoptées que connaît désormais le système français et qu'il convient désormais d'exposer.⁴⁶⁷³

– SECTION 1 –

UN LARGE POUVOIR D'INITIATIVE DES PARTIES POUR CONTRÔLER LE MAGISTRAT INSTRUCTEUR

879. Si lors de l'entrée en vigueur du Code d'instruction criminelle les droits de la personne mise en cause lors de l'instruction étaient principalement perçus comme obstacles à l'efficacité de l'instruction,⁴⁶⁷⁴ ils n'ont cessé de se développer avec la préoccupation grandissante pour les droits et libertés fondamentaux allouant à l'heure actuelle un caractère véritablement contradictoire au cadre juridique de l'information judiciaire.⁴⁶⁷⁵ C'est la loi Constans du 8 décembre 1897 qui amorça ce mouvement en ouvrant à la personne poursuivie le droit d'être informée des poursuites engagées mais aussi le droit d'être assistée d'un conseil dès sa première comparution, ce qui permit l'entrée d'avocats dans les cabinets d'instruction, disposant d'un accès à l'ensemble des pièces du dossier correspondant, durant toute la procédure.⁴⁶⁷⁶ Progressivement, l'idée que le respect du contradictoire, loin d'être incompatible avec la recherche de la vérité y participait, prît le pas – du moins dans l'instruction – sur la vision antérieure dominante.⁴⁶⁷⁷ Ainsi la personne à l'encontre de laquelle ont été réunis des indices graves et concordants relatifs à son implication dans une infraction

⁴⁶⁷² Se reporter à ce propos aux dév. aux n° 658 et s., n° 584 et s. de cette thèse.

⁴⁶⁷³ Dans un sens similaire ESER, Albin, « Aussagefreiheit u. Beistand des Verteidigers im EV », *ZStW*, 1967, *art. cit.*, p. 580-581, pour lequel il s'agit ici d'une des raisons principales de la plus grande importance de ce cadre juridique en France.

⁴⁶⁷⁴ MULLER, Yvonne, « Réforme de la GAV ou la figure brisée de la proc. pén. fr. - Ét. n° 2 », *Dr. pén.*, 2-2011, *art. cit.*, n° 16.

⁴⁶⁷⁵ En ce sens e. a. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 46 et s., n° 275 et s. ; BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. ; CASSUTO, Thomas, « Portrait d'un JI européen », *AJP*, 11-2015, *art. cit.*, p. 536-539 ; « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 411-412 ; TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire*, *op. cit.*, p. 31 et s., avant n° 23 et s.

⁴⁶⁷⁶ V. sur ce point e. a. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 11.

⁴⁶⁷⁷ Pour un bref exposé sur l'évolution de l'instruction vers une procédure équitable et respectueuse des droits de la défense, v. not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 703-704, n° 748 ; DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1153 et s., n° 1725 et s., spéc. 1727.

dispose-t-elle aujourd'hui dans le cadre d'une information judiciaire du statut protecteur de mis en examen (art. 80-1 al. 1 CPP) au titre duquel elle peut bénéficier de l'assistance d'un avocat, accéder au dossier elle-même ou le cas échéant par l'intermédiaire de son conseil juridique et exercer les droits reconnus aux parties (v. not. art. 114 et 116 CPP). De même, elle ne pourra être entendue, conformément à l'art. 105 CPP, en tant que simple témoin. Le législateur a même été plus loin, non sans qu'il se murmure avec une certaine vraisemblance qu'il s'agissait ici avant tout de protéger certains parlementaires,⁴⁶⁷⁸ en essayant de concilier la possibilité de se défendre pour la personne mise en cause sans qu'elle soit stigmatisée.⁴⁶⁷⁹ En effet, près de 10 % des mis en examen bénéficient d'un non-lieu, qui intervient alors souvent bien longtemps après et ne permet pas de remédier à l'atteinte causée à la réputation résultant de la publicité de la mise en examen.⁴⁶⁸⁰ C'est dans l'optique de diminuer ces conséquences préjudiciables que fut créé en 1987 le statut de témoin assisté développé par la suite par plusieurs lois consécutives en 1993, 2000 et 2004 pour réduire la part de mis en examen – le droit commun demeurant le statut de témoin assisté (80-1 CPP) – et par là de mieux protéger la réputation des personnes, c'est-à-dire en quelque sorte la présomption d'innocence.⁴⁶⁸¹ Ce statut « *hybride* » correspond à un palier inférieur à celui du statut du mis en examen et vise l'individu à l'égard duquel il existe des indices rendant vraisemblable sa participation (comme auteur ou complice) à la commission d'une infraction dont le magistrat instructeur est saisi.⁴⁶⁸² Cela peut être le cas dans plusieurs situations dont notamment quand la personne est nommément visée par un réquisitoire introductif, un réquisitoire supplétif, une plainte ou qu'elle est mise en cause par une victime ou encore un témoin (art. 113-1, 113-2 CPP). Cette qualité peut également être attribuée en cours de procédure lorsque le statut de mis en examen a été envisagé (art. 116, al. 6, 1^{er} cas CPP) ou attribué puis annulé (art. 174-1 CPP) ou que le juge entend la personne à l'encontre de laquelle il a délivré un mandat de comparution, d'amener ou d'arrêt (art. 122 al. 7 CPP). Celui-ci, sans être partie à la

⁴⁶⁷⁸ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 795, n° 866.

⁴⁶⁷⁹ V. à ce sujet à côté de la réf. préc. en n. 4678, not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1153-1154, n° 1727 et p.1189-1190, n° 1773.

⁴⁶⁸⁰ PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, op. cit., p. 794, n° 866.

⁴⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 791-792, n° 862 et DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1153-1154, n° 1727 et p.1189-1190, n° 1773.

⁴⁶⁸² V. not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, art. cit., n° 138.

procédure,⁴⁶⁸³ bénéficie de certains des droits du mis en examen dont notamment celui d'être assisté par un avocat (art. 113-3 CPP) et ne prête pas serment (art. 113-7 CPP). Au fil des réformes les divers statuts des protagonistes privés lors de l'instruction, y compris celui de la victime, n'ont cessé d'évoluer, les droits de la personne concernée, gagnant toujours plus de terrain alors qu'ils stagnaient à un stade largement embryonnaire au stade de l'enquête jusqu'à récemment et demeurent à l'heure actuelle, malgré les dernières évolutions décrites plus haut, bien en deçà de ceux accordés dans le cadre de l'instruction.⁴⁶⁸⁴ Le régime particulier de l'information judiciaire, que l'on pourrait assimiler à un procès de la preuve,⁴⁶⁸⁵ encourage assurément l'essor du principe du contradictoire, c'est-à-dire l'information des parties, de même que l'échange et la confrontation.⁴⁶⁸⁶

880. Ces avancées, dont la loi du 15 juin 2000 marqua assurément l'une des étapes décisives pour la protection des droits et libertés fondamentaux avec l'introduction de l'article préliminaire et l'entrée du juge des libertés et de la détention sur la scène pénale,⁴⁶⁸⁷ furent largement encouragées par la nécessité, toujours plus contraignante du fait de la multiplication des organisations supranationales (EU, CEDH), de satisfaire aux exigences du procès équitable de sauvegarde des droits de l'homme.⁴⁶⁸⁸ Il nous semble d'ailleurs à cet égard que la pleine reconnaissance du magistrat instructeur comme autorité judiciaire à part

⁴⁶⁸³ C'est ce qui explique que le législateur distingue les parties et le témoin assisté dans un grand nombre de dispositions (v. p. ex. art. 173 al. 3 CPP), v. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1190, n° 1774.

⁴⁶⁸⁴ V. en ce sens l'ensemble des réf. préc. en n. 4675. Se rapporter concernant l'évolution des droits des parties au stade de l'enquête égal. aux dév. n° 473 et s., p. 436 et s. de cette thèse.

⁴⁶⁸⁵ V. en ce sens not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 702, n° 747 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 415, n° 658.

⁴⁶⁸⁶ V. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., spéc. sous I.

⁴⁶⁸⁷ Se rapporter not. aux deux rapport à ce propos : LAZERGES, Christine, « Rapport sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », n° 1468, 1999, *rap. préc.*, p. 127 ; LAZERGES, Christine, « Rapport d'information sur l'évaluation de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », n° 3501, 2001, *rap. préc.* V. égal. au sujet de cette loi qui constitua un véritable tournant dans la procédure pénale française e. a. : LAZERGES, Christine, « Histoire d'une navette parlementaire », *Rev. sc. crim.*, 1-2001, *art. cit.*, p. 7-23 ; LE GUNHEC, Francis, « Loi du 15 juin 2000 : dispositions spécifiques à l'enquête ou à l'instruction », 27-2000, *art. cit.*, p. 1299-1302 ; CHARBONNEAU, Cyrille et PANSIER, Frédéric-Jérôme, « Commentaire article par article de la loi sur la présomption d'innocence (1^e partie) », *LPA*, 129-2000, *art. cit.* p. 3 et s. ; des mêmes auteurs égal. « Commentaire article par article de la loi sur la présomption d'innocence (suite et fin) », *LPA*, 130-2000, *art. cit.*, p. 6 et s., de même que « Loi du 15 juin 2000 : 1^e approche », *Gaz. Pal.*, 174-2000, *art. cit.*, p. 11 et s. ; PRADEL, Jean, « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 », *Rec. Dal.*, 13-2001, *art. cit.*, p. 1039 et s.

⁴⁶⁸⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1153-1154, n° 1727.

entière par la CESDH exposée précédemment alors que cette dernière refuse ce statut au procureur prouve que le cadre juridique procédural de l’instruction satisfait aux hautes exigences européennes.⁴⁶⁸⁹

881. Cette garantie du procès équitable est renforcée par le très fort contrôle qui s’exerce sur cet acteur.⁴⁶⁹⁰ En effet, qu’il s’agisse des actes d’instruction (propres ou délégués) ou des mesures juridictionnelles accomplies par le magistrat instructeur, un contrôle est exercé sur les conditions de régularité et d’efficacité de ces actions de manière beaucoup plus systématique et complète que cela n’est le cas au stade antérieur de l’enquête.⁴⁶⁹¹ Celui-ci émane avant tout des parties, dont notamment le procureur (§ 1), le mis en examen, la victime,

⁴⁶⁸⁹ Ainsi considérait-elle p. ex. dans l’arrêt Medvedyev que le JI offrait toutes les qualités requises au sens de l’art. 5.3 CESDH (CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 3394/03, Medvedyev et autres c. France, ici spéc. al. n° 128). V. à ce sujet dans la doctr. not. RASSAT, Michèle-Laure, « Encore et toujours la CEDH, act. 200 », *JCP G*, 16/17-2009, *art. cit.*, p. 3-4 ; MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, « Tempête sur le parquet (Medvedyev c. France, 2008) », *RSC*, 1-2009, *art. cit.*, p. 176-180 ; SAAS, Claire, « Le procureur de la République fr. n’est pas une autorité judiciaire (Medvedyev c. France, 2008) », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 469 et s. ; HENNION-JACQUET, Patricia, « Délai de route prégarde à vue : quand la CEDH suspend le vol du temps », *Rec. Dal.*, 43-2008, *art. cit.*, p. 3055 et s. ; RENUCCI, Jean-François, « Séisme judiciaire : pour la CEDH les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire », *Rec. Dal.*, 9-2009, *art. cit.*, p. 600-601 ; MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, « Tempête sur le parquet : bis sed non repetita (Medvedyev c. France, 2010) », *RSC*, 3-2010, *art. cit.*, p. 685 ; SUDRE, Frédéric, « Droit de la CESDH, doctr. 104 », *JCP G*, 3-2009, *art. cit.*, p. 27-28, n° 5 ; HENNION-JACQUET, Patricia, « Arrêt Medvedyev : turbulent silence sur les qualités du parquet fr. », *Rec. Dal.*, 22-2010, *art. cit.*, p. 1390-1394 ; REBUT, Didier, « Arrêt Medvedyev et la réforme de la proc. pén. », *Rec. Dal.*, 16-2010, *art. cit.*, p. 970-971 ; LAVRIC, S., « Affaire Medvedyev : le statut du parquet tombé à l’eau ? », *Rec. Dal.*, 15-2010, *art. cit.*, p. 898 ; SPINOSI, Patrice, « Entretien : Le ministère public fr, est-il une autorité judiciaire au sens de la CEDH ? », *Rec. Dal.*, 15-2010, *art. cit.*, p. 952 ; RENUCCI, Jean-François, « L’affaire Medvedyev devant la gr. ch. : les “dits” et les “non-dits” d’un arrêt important », *Rec. Dal.*, 22-2010, *art. cit.*, p. 1386-1394. À l’inverse, elle refusait ce statut au procureur (CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 3394/03, Medvedyev et autres c. France, spéc. n° 123-126 et CEDH, déc. du 29.03.2010, n° 37104/06, Moulin c. France, n° 56-60. Se rapporter égal. aux n° 178 et s., p. 196 et s. et n° 259, p. 264 et s. de cette thèse). Au sujet plus particulièrement de l’arrêt Moulin, v. dans la doctrine e. a. PRADEL, Jean, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? », *Rec. Dal.*, 4-2011, *art. cit.*, p. 339-343 ; ROME, Félix, « Magistrature debout : l’Europe aboie, la chancellerie passe... Édito », *Rec. Dal.*, 42-2010, *art. cit.*, p. 2761 ; FOURMENT, François, « Point de vue, Après l’affaire Moulin, encore du grain à moudre », *Rec. Dal.*, 1-2011, *art. cit.*, p. 26-27 ; RENUCCI, Jean-François, « La Cour européenne persiste et signe : le procureur français n’est pas un magistrat au sens de l’art. 5 CESDH », *Rec. Dal.*, 4-2011, *art. cit.*, p. 277-279 ; LABAYLE, Henri et SUDRE, Frédéric, « Jurisprudence de la CEDH et droit administratif », *RFDA*, 5-2011, *art. cit.*, p. 989 ; ROETS, Damien, « Le manque d’indépendance du ministère public français à l’égard de l’exécutif et des parties : un obstacle à l’exercice de certaines fonctions », *RSC*, 1-2011, *art. cit.*, p. 208-211. Pour plus de détails à propos de l’indépendance fonctionnelle et statutaire du JI, se rapporter au chapitre I de ce titre, n° 859 et s., p. 769 et s., concernant le procureur, v. dév. aux n° 178 et s., p. 196 et s. de cette thèse.

⁴⁶⁹⁰ En ce sens not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 284 ; BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 564.

⁴⁶⁹¹ V. not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 205 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 564.

mais aussi dans une certaine mesure le témoin assisté (§2) et permet de rétablir une meilleure égalité entre les différents protagonistes de la procédure pénale.⁴⁶⁹²

§ 1. Le contrôle ouvert au ministère public

882. Le parquet garde ici une position privilégiée pour impulser un contrôle du magistrat instructeur et influencer sur la procédure d'instruction :

883. S'agissant des actes juridictionnels adoptés par le magistrat instructeur, l'art. 185 al. 1 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité pour le procureur d'interjeter appel contre toute ordonnance du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention. Cette règle trouve même application dans les cas où l'ordonnance attaquée a, par exemple, été rendue dans le sens des réquisitions du parquet.⁴⁶⁹³ En outre, le ministère public est le seul auquel il est permis de faire appel des ordonnances de soit-communié et des ordonnances de renvoi devant la juridiction de jugement,⁴⁶⁹⁴ ainsi que des ordonnances dont le caractère juridictionnel avait été mis en doute.⁴⁶⁹⁵ Ainsi est-il permis au parquet d'exercer un contrôle très étroit sur l'intervention du magistrat instructeur dans le cadre de ses pouvoirs de juridiction, ce qui peut paraître à certains égards abusif, comme il le sera démontré concernant le cas particulier de la détention provisoire.⁴⁶⁹⁶

884. Quant aux actes d'instruction, l'article 82 alinéa 1 du Code de procédure pénale donne la possibilité au procureur de requérir du juge d'instruction des actes d'investigation précis (perquisitions, auditions de témoins etc.). Si le magistrat instructeur juge qu'il n'y a pas lieu de mettre en œuvre ces mesures, il doit rendre une ordonnance motivée de refus correspondante dans les 5 jours (art. préc. al. 4) dont le parquet pourra interjeter appel comme pour toutes ordonnances du juge d'instruction (art. 185 CPP). À défaut d'une telle décision du magistrat instructeur, le parquetier peut dans les 10 jours suivant la fin du délai de 5 jours saisir directement la chambre de l'instruction (art. 82 al. 5 CPP). Dans l'optique de rendre possible de même que de faciliter l'exercice de ce contrôle, l'article 82 alinéa 2 du Code

⁴⁶⁹² En ce sens not. MARÉCHAL, Jean-Yves, « Le contradictoire dans la procédure pénale française », dans M. BENILLOUCHE et al. (éds.), *Les procédures pénales accusatoires*, art. cit., p. 49.

⁴⁶⁹³ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 18.01.1983, n° 80-93.631, publiée au *bull.* n° 22 ; Cass. crim., déc. du 10.12.2008, n° 08-86.368, publiée au *bull.* n° 253.

⁴⁶⁹⁴ V. not. Cass. crim., déc. du 3.04.2002, n° 02-80.822, publiée au *bull.* n° 72.

⁴⁶⁹⁵ V. à ce propos égal. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 880-881, n° 1002.

⁴⁶⁹⁶ Se reporter à ce propos aux n° 933, p. 827 et s.

de procédure pénale prévoit que le procureur peut à tout moment exiger la communication de la procédure,⁴⁶⁹⁷ à charge pour lui de la restituer dans les 24 heures⁴⁶⁹⁸.

§ 2. Les droits des parties privées dans le cadre de l'instruction

885. Si les pouvoirs accordés au magistrat instructeur sont plus étendus en comparaison à ceux accordés au procureur lors de l'enquête, les droits conférés aux personnes concernées sont aussi corrélativement infiniment plus sophistiqués lors de l'instruction qui propose ici sans aucun doute une protection bien supérieure, et ce, malgré les dernières évolutions de l'enquête en matière de droits et libertés individuelles.⁴⁶⁹⁹

886. Une première catégorie de droits concerne l'information des parties qui porte notamment sur la nature des faits et leur qualification juridique⁴⁷⁰⁰ tout comme sur les droits spécifiques attachés à leur statut pour le témoin assisté ou la personne mise en examen, entre autres de faire des déclarations, de répondre aux questions ou encore du droit de se taire.⁴⁷⁰¹ Il convient à cet égard de préciser que la loi du 15 juin 2000 a contraint le magistrat instructeur à indiquer le délai prévisible d'achèvement de l'information (art. 116 al. 8 dans le cas du mis en examen, le cas échéant en combinaison avec l'art. 113-8 al. 1 pour le témoin assisté ou art. 89-1 al. 2 CPP s'agissant de la victime) à l'expiration duquel une demande de clôture pourra être présentée. Concernant spécifiquement la partie civile, le juge d'instruction doit l'informer tous les six mois de l'évolution des investigations en matière criminelle s'il s'agit d'un délit tel que prévu à l'article 90-1 al. 1 du Code de procédure pénale. À l'expiration du délai prévisible

⁴⁶⁹⁷ Une décision de refus du magistrat instructeur est ici frappée de nullité, v. not. Cass. crim., déc. du 05.02.1970, n° 69-92.892, publiée au *bull.* n° 53, p. 125.

⁴⁶⁹⁸ À noter toutefois qu'aucune sanction n'est ici encourue en cas d'inobservation du délai imposé, v. not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 842, n° 960, ici spéc. n. 2.

⁴⁶⁹⁹ CNCDH, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », ass. plén., 2014, *rap. cit.*, p. 13, n° 35 ; QUENTIN, Bruno, « Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable, doct. 323 », *JCP G*, 11-12/2013, *art. cit.*, p. 577 ; MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 819 ; LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, 2018, *art. cit.*, n° 16 ; BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1339-1343 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-565 ; CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 411-412 ; PERRIER, Baptiste, « Loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, 36-2016, *art. cit.*, not. n° 15-16 et 20 ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 46-47 ; CONTE, Philippe, « Bas les masques ! - Repère 6 », *Dr. Pén.*, 6-2016, *art. cit.*

⁴⁷⁰⁰ V. concernant le mis en examen art. 116 al. 2 CPP en combinaison pour le témoin assisté avec l'art. 113-4 CPP. S'agissant de la partie civile, ces droits résultent de l'art. 89-1 CPP.

⁴⁷⁰¹ V. concernant le mis en examen art. 116 al. 5 CPP en combinaison pour le témoin assisté avec l'art. 113-4 CPP, v. à ce sujet e. a. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 47.

d'achèvement communiqué, les parties ainsi que le témoin assisté pourront, passé un an en matière correctionnelle ou 18 mois s'il s'agit d'un crime ou encore en l'absence d'acte du juge d'instruction pendant un délai de 4 mois, également demander la clôture de l'instruction, laquelle pourra être acceptée ou refusée par ordonnance motivée du magistrat instructeur (art. 175-1 CPP). En cas de refus, le requérant peut saisir le président de la chambre de l'instruction dans les 5 jours suivant la décision correspondante, ou à défaut pour le juge d'avoir statué, dans le délai d'un mois après la requête exprimée (art. préc. al. 2). Une nouvelle demande peut être formulée dans un délai de 6 mois (art. préc. al. 3). Dans le même esprit de renforcer le contradictoire, la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 est venue consacrer un nouveau droit pour les parties d'être informées de la décision du juge d'instruction ordonnant une expertise et de lui demander dans un délai de 10 jours de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert ou d'adjoindre à l'expert désigné un autre de leur choix (art. 161-1 CPP).⁴⁷⁰² Il est certes prévu par la loi la possibilité d'écarter la règle en cas d'urgence ou dans l'hypothèse où l'information donnée aux parties est susceptible d'entraver l'accomplissement des investigations (art. préc., al. 3). Toutefois, la haute juridiction affirme à cet égard que l'urgence invoquée pour recourir immédiatement aux expertises devait se fonder sur des circonstances précises et ne saurait reposer sur le seul motif de « *la nécessité de disposer dans les meilleurs délais des conclusions des experts* ». ⁴⁷⁰³ En renforçant le caractère équitable et contradictoire de la procédure, ce dispositif va bien au-delà de ce que prévoient les dispositions équivalentes dans le cadre des enquêtes de flagrance ou préliminaires.⁴⁷⁰⁴

887. Une deuxième catégorie de droits, garantis de manière beaucoup plus complète et satisfaisante au stade de l'instruction que lors de l'enquête, concerne le droit à l'assistance d'un avocat et le droit d'accès au dossier auquel s'ajoute un droit à la copie de celui-ci, depuis la loi du 27 mai 2014, y compris en faveur des parties non assistées par un conseil juridique (v.

⁴⁷⁰² V. à ce sujet not. MARÉCHAL, Jean-Yves, « Le contradictoire dans la procédure pénale française », dans M. BENILLOUCHE et al. (éds.), *Les procédures pénales accusatoires*, art. cit., p. 49-50.

⁴⁷⁰³ Cass. crim., déc. du 13.10.2009, n° 09-83.669, publiée au *bull.* n° 167.

⁴⁷⁰⁴ À titre comparatif, se rapporter aux art. 60 al. 4 CPP pour l'enquête de flagrance, le cas échéant en combinaison avec l'art. 77-1 al. 2 CPP concernant l'enquête préliminaire, en ce sens not. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, art. cit., p. 84 et s., sous I à hauteur de la n. 17 ; MARÉCHAL, Jean-Yves, « Le contradictoire dans la procédure pénale française », dans M. BENILLOUCHE et al. (éds.), *Les procédures pénales accusatoires*, art. cit., p. 49-50.

actuels art. 114 al 1-5 et art. 197 al. 3 CPP)⁴⁷⁰⁵ ou encore celui relatif à l'interprétation et à la traduction des pièces (art. 116 al. 3, 803-5 et D. 594 à D. 594-11 CPP) essentielles à l'exercice de la défense et à la garantie du caractère équitable du procès.⁴⁷⁰⁶ Pour mieux prendre la mesure de l'ampleur des différences entre les deux cadres juridiques de la mise en état de l'affaire pénale, il suffit ici notamment de rappeler par exemple que la présence de l'avocat pendant un interrogatoire est une chose acquise depuis la loi Constans précitée, tandis qu'elle ne s'est imposée que très récemment dans le cadre de garde à vue.⁴⁷⁰⁷ Quant à l'accès au dossier de la procédure, on ne peut que souligner qu'à un droit d'accès inconditionné et immédiat au profit du mis en examen dans le cadre de l'instruction (v. art. 114 al. 3 CPP) correspond un droit d'accès conditionné et reporté dans le temps dans celui de l'enquête préliminaire (v. art. 77-2 I CPP).⁴⁷⁰⁸

888. Ces nombreuses informations et possibilités de défense permettent au mis en examen et à la victime, le cas échéant par l'intermédiaire de leur avocat, avant tout de ne pas rester passifs au cours de ce segment procédural.⁴⁷⁰⁹ Et, c'est bien au stade de l'instruction que l'intervention des parties prend toute son intensité, comme le confirmèrent les divers juges d'instruction interrogés pour les besoins de cette thèse, le contradictoire étant ici un des traits caractéristiques de l'instruction qu'ils citèrent en premier lieu pour distinguer les deux cadres juridiques de la mise en état de l'affaire pénale. Originellement, la procédure d'instruction était conçue pour être l'affaire du seul magistrat instructeur, puisqu'il lui revenait d'instruire à charge comme à décharge pour la recherche de la vérité.⁴⁷¹⁰ La défense ne disposait que de peu de droits et il en était de même concernant la partie civile.⁴⁷¹¹ Les protagonistes privés ne pouvaient que se contenter de suggérer des mesures dont le juge ne tenait compte que

⁴⁷⁰⁵ Concernant les avancées et les limites de la loi du 27 mai 2014 relatives au droit d'accès au dossier not. : BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-564.

⁴⁷⁰⁶ Se rapporter not. aux dév. n° 541 et s., p. 489 et s. de cette thèse.

⁴⁷⁰⁷ V. not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, *art. cit.*, n° 47.

⁴⁷⁰⁸ En ce sens not. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous II ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-564 et spéc. n. 14 et 38. Pour plus de détails, se rapporter aux dév. sous le n° 556, p. 507 et s. de cette thèse.

⁴⁷⁰⁹ BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous I. À noter que cette constatation est faite par l'auteur concernant l'enquête mais vaut tout aussi bien au sujet de l'instruction.

⁴⁷¹⁰ MARÉCHAL, Jean-Yves, « Le contradictoire dans la procédure pénale française », dans M. BENILLOUCHE et al. (éds.), *Les procédures pénales accusatoires*, *art. cit.*, p. 49 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 703, n° 748.

⁴⁷¹¹ V. not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 842, n° 961.

lorsqu'elles lui semblaient opportunes, sans qu'il lui incombe d'obligation de répondre expressément de manière positive ou négative.⁴⁷¹² La loi du 4 janvier 1993 a instauré une égalité bienvenue entre le ministère public et les protagonistes privés⁴⁷¹³ en disposant à l'art. 82-1 CPP que les parties peuvent en principe saisir au cours de l'information le magistrat instructeur d'une requête écrite et motivée tendant à ce qu'il soit procédé à leur audition ou à leur interrogatoire, à l'audition d'un témoin, à une confrontation, à un transport sur les lieux ou à ce qu'il soit ordonné la production par l'une d'entre elles d'une pièce utile à l'information ou tout autre acte utile à la manifestation de la vérité. S'il est vrai que la plupart des investigations se développent à l'initiative et sous l'égide du magistrat instructeur (sur le fondement de l'art. 81 al. 1 CPP), les parties ont toutefois la possibilité de solliciter des actes d'instruction de plus en plus nombreux, à condition qu'ils soient utiles à la manifestation de la vérité (art. préc. al. 9 à 11 et 82-1 CPP).⁴⁷¹⁴ Ce mécanisme est certes tributaire de l'appréciation faite par le juge d'instruction quant à l'opportunité de réaliser ou non l'acte en question (art. 82-1 al. 2 CPP). Toutefois, en dehors du fait que l'absence de réponse par ce magistrat ouvre la voie à une saisie directe du président de la chambre de l'instruction et qu'un refus du juge d'instruction est susceptible d'appel (art. 81 al. 9 à 11 et art. 82-1 CPP), il est clair que ce dispositif rend le processus de recherche de la vérité plus contradictoire.⁴⁷¹⁵ De même les parties peuvent-elles réclamer, en provoquant une ordonnance dont il pourra être fait appel, une expertise (art. 156 al. 2 CPP) ou un complément d'expertise (art. 167 al. 3 CPP), des questions précises à poser aux experts ainsi qu'un examen médical ou médico-psychologique (art. 81 al. 9 CPP).

889. Dans l'optique d'encadrer plus strictement la procédure d'information judiciaire dans le « délai raisonnable » mentionné par CESDH, les lois des 4 janvier 1993 et 24 août 1993⁴⁷¹⁶ ont prévu que si la personne mise en examen n'a pas comparu devant le magistrat instructeur

⁴⁷¹² V. sur ce problème récurrent par le passé not. l'art. de GOULESQUE, Jacques, « Les silences du juge d'instruction », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 1968, p. 688-693.

⁴⁷¹³ En ce sens not. MARÉCHAL, Jean-Yves, « Le contradictoire dans la procédure pénale française », dans M. BENILLOUCHE et al. (éds.), *Les procédures pénales accusatoires*, art. cit., p. 49.

⁴⁷¹⁴ V. à ce propos not. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, art. cit., p. 84 et s., sous I, *in fine* ; BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, art. cit., n° 66.

⁴⁷¹⁵ En ce sens not. MARÉCHAL, Jean-Yves, « Le contradictoire dans la procédure pénale française », dans M. BENILLOUCHE et al. (éds.), *Les procédures pénales accusatoires*, art. cit., p. 49.

⁴⁷¹⁶ V. not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale*, op. cit., p. 843, n° 962.

depuis un délai, fixé à l'heure actuelle à 4 mois, elle peut adresser au juge d'instruction une demande écrite, dans les formes prévues par l'art. 81 al. 9 et 10 CPP afin que celui-ci l'entende dans le cadre d'un d'interrogatoire qui doit avoir lieu dans les 30 jours suivant la requête correspondante (82-1 al. 3 CPP).

890. Concernant les avancées se rapportant à la clôture de l'enquête détaillée dans les développements antérieurs, force est de constater que ces mécanismes paraissent pareillement bien faibles en comparaison avec ce qui est prévu à la fin de l'information.⁴⁷¹⁷ En effet, l'article 175 du Code de procédure pénale, dans sa version modifiée par la loi du 5 mars 2007,⁴⁷¹⁸ prévoit, au moment où le magistrat instructeur estime l'information terminée, l'ouverture d'un premier délai d'un ou trois mois (selon si le mis en examen est détenu ou non) durant lequel les parties vont pouvoir mener un débat contradictoire en formulant d'éventuelles demandes d'actes et requêtes en nullité, puis d'un second, de dix jours ou d'un mois, pendant lequel les parties pourront adresser au magistrat instructeur des observations complémentaires en considération de celles des autres parties ou des réquisitions du procureur de la République. Cela permet aux parties, à l'occasion de la phase précédant l'ordonnance de règlement, tant de discuter et de compléter l'instruction conduite par le juge que de débattre, entre elles, des conséquences à tirer de ce segment procédural qui arrive à sa fin.⁴⁷¹⁹ Il est à cet égard toutefois regrettable que le législateur, sous prétexte de réduire les temps de l'instruction, dont le mis en cause n'est pourtant très majoritairement pas responsable, ait réduit les délais précités à un délai de 15 jours s'agissant des seules demandes du mis en cause (v. version à venir à compter du 1^{er} juin 2019 de l'art. 175 III. CPP).⁴⁷²⁰

891. La victime, quant à elle, dispose d'un droit d'appel contre les ordonnances de non-informer et de non-lieu rendues par le juge d'instruction (186 al. 2 CPP). Ici encore, la simple

⁴⁷¹⁷ V. not. concernant ces dispositifs dans le cadre de l'enquête dév. sous le n° 552, p. 481 et s. En ce sens égal. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous II, 1.

⁴⁷¹⁸ L. n° 2007-291, 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

⁴⁷¹⁹ V. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous II, 1.

⁴⁷²⁰ V. à ce sujet not. art. 56 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice de même que BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.*, n° 39 ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* Critique avec raison sur ce point not. CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, nov. 2018, p.14-15. Se rapporter égal. au n° 847, p. 756 et s. de cette thèse.

lecture comparée des dispositions concernant la fin de l'enquête et de l'instruction suffit à elle seule à mettre en lumière l'écart béant entre les deux cadres juridiques des investigations puisqu'« aux droits des parties parcellaires, consultatifs et sans recours répondent des droits assurés, car listés par l'article 175 sus-évoqué, et garantis par un régime de recours devant la chambre de l'instruction », en tant qu'autorité judiciaire tierce.⁴⁷²¹

892. Cela nous amène au dernier point qui achève de faire de la procédure d'instruction une procédure beaucoup plus équitable que ne l'est actuellement l'enquête : outre le fait que les parties peuvent se prévaloir, comme dans le cadre de l'enquête, de certaines nullités des actes accomplis durant la procédure (art. 173 et 802 CPP), elles peuvent ici également contester la compétence ou l'impartialité d'un juge⁴⁷²² ou encore faire appel en vertu des articles 186 et suivants du Code de procédure pénale de la plupart des ordonnances rendues par ce dernier (et éventuellement se pourvoir ensuite en cassation selon les art. 567 et s. CPP). Il leur est donc alors possible, par exemple, d'interjeter appel des ordonnances de refus de demandes d'actes émises par le juge d'instruction alors que les décisions équivalentes du parquet sont, elles, invariablement exclues de tout recours.⁴⁷²³ Il est vrai que la personne mise en examen ne peut pas plus faire appel des ordonnances de clôture de l'information – dont notamment celles qui lui sont défavorables à l'exception de celles de mise en accusation ou de renvoi en correctionnel au lieu du renvoi aux assises (186-3 CPP) bien que les unes et les autres doivent lui être communiquées dans les délais les plus brefs (art. 183 al. 1 CPP) –, qu'elle ne pourra s'opposer à la décision de renvoi en correctionnel du procureur.⁴⁷²⁴ Toutefois, à la différence de l'enquête dans le cadre de laquelle le mis en cause ne peut, à aucun moment, contester son statut conditionnant, le cas échéant, son renvoi devant une juridiction pénale, le régime de l'instruction prévoit lui, au profit du mis en examen, un droit

⁴⁷²¹ V. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous II, 1.

⁴⁷²² Ainsi est-il possible de déposer une demande de dessaisissement du JI conformément à l'art. 84 CPP, de contester la compétence de ce magistrat selon l'art. 186 CPP, de lancer une procédure de récusation (art. 669 CPP) ou de faire valoir une suspicion légitime en vertu de l'art. 662 CPP, autant d'actions qui ne sont pas possibles à l'égard d'un procureur, v. concernant cet aspect pour le ministère public not. n° 231, p. 223 de cette thèse. Sur ce point v. égal. *Ibid.*, sous I, et spéc. n. 29.

⁴⁷²³ V. sur ce point les dév. sous le n° 566, p. 515 et s. de cette thèse de même que BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563.

⁴⁷²⁴ V. sur cette comparaison not. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous II, 2 ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 564 et spéc. n. 35-36.

d'appel devant la chambre de l'instruction de l'ordonnance du juge d'instruction maintenant contre son gré sa mise en examen (art. 81-1 et 186 CPP).⁴⁷²⁵

893. Ces divers contrôles accentuent l'acuité du travail du magistrat instructeur qui, du fait aussi de sa charge restreinte de dossiers, dispose de plus de temps que le procureur pour examiner minutieusement les affaires qui lui sont transmises et offrira de la sorte de meilleures garanties au mis en cause. Ainsi un magistrat instructeur rendait-il compte à cet effet que ses collègues de l'instruction sont dans l'avant-procès les premiers critiques, lorsqu'ils lisent par exemple dans un cas d'espèce qu'il a été retenu dans le procès-verbal de gendarmerie qu'un étranger parlant à peine le français dans son cabinet avait précédemment prétendument déclaré : « *Je reconnais m'être maintenu sur le territoire national nonobstant l'arrêté de reconduite à la frontière qui m'a été notifié* », le mis en cause indiquant parfois lui-même au juge qu'il ne comprend pas ce que cela veut dire.⁴⁷²⁶ Le même magistrat qui relatait cet épisode rendait parfaitement compte de la profonde transformation de l'instruction vers une procédure contradictoire et plus respectueuse des libertés individuelles : lorsqu'il avait commencé à exercer en 1984, il avait en charge 150 dossiers par an dont la gestion et l'achèvement dépendaient presque entièrement de sa bonne volonté puisqu'il n'existait, à l'époque, ni requête en nullité pendant le cours de l'information, ni possibilité pour les parties de faire une demande d'acte, ni d'avis d'information.⁴⁷²⁷ On comprend dès lors mieux la déception, par exemple, de l'ancien premier ministre François Fillon, mis en cause inopinément dans une affaire d'emploi fictif, qui constatait avec amertume les limites de la défense dans le cadre de l'enquête, pour lesquelles il aurait pourtant eu, en tant que premier ministre, tous les pouvoirs pour les modifier.⁴⁷²⁸

Conclusion Section 1

894. En conclusion, on retiendra de cette section les différences encore très prononcées des deux cadres de la mise en état de l'affaire en matière de droits des parties privées et des garanties procédurales offertes pour rendre ces droits effectifs, l'instruction étant à l'heure actuelle un régime permettant une meilleure prise en compte, dès ce stade précoce de la

⁴⁷²⁵ Se reporter à l'ens. des réf. préc. en n. 4724.

⁴⁷²⁶ GUÉRY, Christian et KOTULSKI, Katia, « Une analyse de l'activité du juge d'instruction », *Les cahiers de la justice*, n° 3, 2010, p. 137.

⁴⁷²⁷ *Ibid.*, p. 143.

⁴⁷²⁸ Se reporter pour les détails de cette affaire au n° 821, p. 731 et s. de cette thèse.

procédure pénale, des principes du contradictoire et de l'équité. Les divergences sont d'autant plus notables en ce qui concerne le mis en cause dont les droits et les possibilités de recours sont sans commune mesure avec ceux qui lui sont ouverts durant la phase préalable de l'enquête.

– SECTION 2 –

LE JUGE D’INSTRUCTION, UNE JURIDICTION SOUMISE À DES CONTRÔLES D’AUTORITÉS JUDICIAIRES TIERCES EFFICACES

895. Cela nous amène directement à la question des contrôles exercés par les organes tiers que peuvent souvent impulser les parties, notamment dans le cadre d’une procédure d’appel ou d’une requête en nullité. Ceux-ci apportent assurément la protection la plus importante en ce qu’ils permettent de garantir un contrôle indépendant et impartial, extérieur aux acteurs agissant dans la procédure d’instruction ou directement affectés par celle-ci. Outre les voies de recours générales, qui valent également lors de l’enquête (telle notamment la question prioritaire de constitutionnalité⁴⁷²⁹ et les recours ouverts en matière de responsabilité⁴⁷³⁰) et pour lesquels on se contentera ici de renvoyer aux développements exposés dans le cadre de l’enquête, l’instruction présente ici la particularité de bénéficier d’une propre juridiction du second degré (§ 1). Par ailleurs, le retrait des pouvoirs de détention provisoire au magistrat instructeur pour les confier au juge des libertés et de la détention, dont le contrôle *a priori* s’avère efficace, à la différence de celui qu’il peut exercer sur les mesures d’enquête,⁴⁷³¹ est assurément venu conforter ce magistrat dans son rôle de garant d’une procédure équitable en renforçant son indépendance et impartialité tant statutaire que fonctionnelle (§2).⁴⁷³²

⁴⁷²⁹ V. à ce propos not. n° 596 et s., p. 536 et s. de cette thèse. Pour plus de précisions sur ce point particulier dans le cadre de l’instruction, v. égal. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 260-274 ; BAILLET, Francis, « Le JI : une institution en sursis ? », *Gaz. Pal.*, 14-2006, *art. cit.*, p. 2 et s., sous I, B, 2.

⁴⁷³⁰ V. à ce propos not. n° 559 et s., p. 509 et s. de cette thèse. Pour plus de précisions sur cet aspect précisément dans le cadre de l’instruction, v. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 392-464. Il convient ici d’insister sur le fait que, contrairement à l’idée instillée sciemment par certains opposants à la la fonction (v. p. ex. GUINCHARD, Serge, « De l’irresponsabilité des juges d’instruction, pour combien de temps encore ? », dans *Mélanges Pradel*, 2006, *art. cit.*, p. 349-367), le magistrat instructeur ne bénéficie d’aucune immunité ni d’aucun privilège de juridiction qui le mettrait à l’abri de rendre des comptes. Il devra bien plus répondre de ses actes selon les mêmes règles et conditions que celles qui valent pour l’ensemble des magistrats et qui ont été exposées plus haut pour le procureur. Certes, cette responsabilité apparaît largement atténuée en raison du principe selon lequel seul l’État répond de la faute de service de ses agents, la responsabilité personnelle du magistrat ne pouvant donc en principe être engagée dans cette hypothèse. Cela n’est toutefois pas l’apanage du magistrat instructeur, raison pour laquelle il nous semble douteux de lui en faire le reproche, d’autant plus que contrairement à d’autres collègues – ne serait-ce qu’au procureur –, il est l’un des juges les plus contrôlés du système judiciaire comme il le sera démontré. Il serait alors plus honnête d’adresser la critique à l’ensemble des magistrats (dans un sens similaire, BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 392).

⁴⁷³¹ En ce sens not. IHEJ (éd.), « La prudence et l’autorité, l’office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129.

⁴⁷³² En ce sens not. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 284.

§ 1. Le juge d'instruction, un acteur pleinement soumis au contrôle de la chambre de l'instruction

896. Si le contrôle *a posteriori* sur les actes d'investigation par la chambre de l'instruction est dans une moindre mesure commun aux deux cadres juridiques de la mise en état,⁴⁷³³ le rôle principal de cette institution réside dans sa fonction de juridiction de second degré de l'instruction⁴⁷³⁴. En conséquence, le contrôle opéré ici à ce titre est beaucoup plus étroit et important que dans le cadre de l'enquête, les parties disposant ici de moyens plus efficaces et étendus pour défendre leurs intérêts.⁴⁷³⁵ Il suffit à ce titre de se reporter aux bulletins des arrêts de la chambre criminelle pour relever que le contentieux de l'information, pour lequel la chambre de l'instruction est compétente en tant que juridiction de second degré, en constitue la part prépondérante, alors même qu'une telle procédure concerne moins de 3 % des affaires pénales.⁴⁷³⁶

897. Héritière du jury d'accusation à l'époque révolutionnaire, cette chambre a finalement pris la place de l'ancienne chambre d'accusation dont la dénomination était devenue inexacte depuis que la loi du 15 juin 2000 a supprimé le double degré d'instruction obligatoire en matière criminelle pour y substituer un recours contre les arrêts de Cours d'assises.⁴⁷³⁷ Avant cette réforme fondamentale, l'information judiciaire en matière criminelle était à deux degrés : le juge d'instruction saisissait par l'intermédiaire du procureur général la chambre dite alors d'accusation et c'était à cette dernière qu'il revenait ensuite, à la suite d'un deuxième examen de l'affaire, de décider du renvoi en Cour d'assises.⁴⁷³⁸ Elle était donc en ce sens la seule responsable décisionnelle de l'accusation.⁴⁷³⁹

898. La chambre de l'instruction est une formation collégiale de la Cour d'appel, composée d'un président de chambre désigné par décret après avis conforme du conseil supérieur de la

⁴⁷³³ V. à ce propos n° 691 et s., p. 619 et s. de cette thèse ainsi que DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1048-1049, n° 1555.

⁴⁷³⁴ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 141, n° 111 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 190, n° 204.

⁴⁷³⁵ V. égal. pour la comparaison avec l'enquête n° 689 et s., p. 616 et s. de cette thèse. En ce sens égal. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s. ; BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 563-564.

⁴⁷³⁶ Faisant ce constat en 2015 not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1093, n° 1631.

⁴⁷³⁷ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 140-141, n° 109 et 111 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 190, n° 204.

⁴⁷³⁸ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 141, n° 110.

⁴⁷³⁹ *Ibid.*

magistrature, en principe exclusivement attaché à ce service⁴⁷⁴⁰ et de deux conseillers pouvant en cas de besoin assurer le service des autres chambres de la Cour d'appel (art. 191 CPP).

899. À côté des fonctions secondaires de cette juridiction, entre autres en matière disciplinaire à l'égard des personnes disposant de pouvoirs judiciaires (art. 224 CPP), dont il a déjà été traité concernant l'enquête antérieurement,⁴⁷⁴¹ la chambre de l'instruction exerce en premier lieu un véritable contrôle d'opportunité (qualifié de « *pouvoir de révision* » par certains,⁴⁷⁴² v. art. 201, 202, 204 à 207 CPP) et de régularité (art. 173 CPP) concernant les actes d'instruction (A). En deuxième lieu, elle est compétente pour connaître des appels exercés contre les ordonnances du magistrat instructeur ou du juge des libertés et de la détention conformément aux articles 185 à 187 et 207 du Code de procédure pénale (B). Enfin, le contrôle exercé sur l'instruction est renforcé par les prérogatives spécifiques dont dispose le président de cette juridiction pour s'assurer de la bonne marche de cette procédure sur le fondement des articles 220 et s. du Code de procédure pénale (C).

A – Le contrôle des pouvoirs d'instruction du magistrat instructeur par la chambre de l'instruction

900. Le contrôle de la chambre de l'instruction sur les actes d'instruction est clairement plus prononcé que celui qui a lieu concernant les mesures d'enquête puisqu'elle dispose dans ce segment de la procédure, à côté du contrôle de la régularité des actes d'instruction par le biais d'une requête en nullité devant la chambre de l'instruction⁴⁷⁴³ (1), d'un très large pouvoir de révision pour apprécier de l'opportunité des actes (2).

⁴⁷⁴⁰ Pour prévenir les problèmes que pourraient rencontrer les juridictions comptant peu de chambres, l'art. 191 al. 4 CPP prévoit ici que le président de la chambre de l'instruction pourra exceptionnellement par décret être affecté au service d'une autre chambre de la même cour, v. à ce propos not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 191-192, n° 204.

⁴⁷⁴¹ V. à ce propos le n° 690, p. 617 et s. de cette thèse.

⁴⁷⁴² En ce sens not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 807 et s., n° 884 et s. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1188, n° 2324 ; MERLE, Roger et VITU, André, *Traité de droit criminel, Tome 2, op. cit.*, p. 650 et s., n° 569 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 526 et s., n° 843 ; GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 1143 et s., chap. 722.

⁴⁷⁴³ Nous rappellerons que ce contrôle par la voie des nullités peut avoir lieu égal. dans le cadre de l'enquête soit devant cette même juridiction si une information est ouverte, soit dans le cas contraire par la juridiction de jugement, v. à ce propos n° 691 et s., p. 619 et s. de cette thèse.

1) Le contrôle de la légalité par le biais du pouvoir d'annulation

901. Erreur ! Signet non défini. Les principes généraux régissant la procédure d'annulation (v. art. 170 et s. et 802 CPP) sont les mêmes que ceux évoqués plus hauts dans le cadre de l'étude des voies de recours lors de l'enquête.⁴⁷⁴⁴ On retrouve également la volonté exacerbée et critiquable à certains égards de la juridiction de contrôle de tout mettre en œuvre pour sauver la procédure de la nullité au détriment des libertés individuelles.⁴⁷⁴⁵ Il conviendra de ne revenir ici que sur les spécificités de la saisine de la chambre de l'instruction lors de l'information judiciaire.

902. Les actes d'instruction, qu'ils aient été accomplis par le magistrat instructeur lui-même ou par ses auxiliaires (tel par exemple dans le cas d'une commission rogatoire)⁴⁷⁴⁶, peuvent être atteints de nullité lorsqu'ils sont irréguliers. À noter que ne peuvent être ici concernés par cette voie de recours uniquement les actes non juridictionnels envers lesquels il ne peut être formé d'appel (art. 173, al. 4 CPP) afin d'éviter le risque de saisies multiples de la chambre de l'instruction pour le même propos.⁴⁷⁴⁷

903. Si cette juridiction est en principe saisie par voie de requête, elle peut dans certaines hypothèses également se saisir d'office.⁴⁷⁴⁸ Dans le premier cas de figure, la requête peut provenir soit du magistrat instructeur après avis du parquet, soit du ministère public lui-même, soit des parties ou encore des témoins assistés (art. 170 CPP). Concernant la possibilité pour les parties privées et le témoin assisté de saisir la chambre de l'instruction, il s'agit d'un acquis relativement récent instauré par la réforme du 4 janvier 1993.⁴⁷⁴⁹ Avant cette loi, aucun droit ne leur était alloué ni directement, ni à l'occasion de l'appel d'une ordonnance du magistrat

⁴⁷⁴⁴ V. à ce propos n° 691 et s., p. 619 et s. de cette thèse.

⁴⁷⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁴⁶ Ainsi, même si la commission rogatoire n'est pas un acte juridictionnel et est donc insusceptible d'appel, pourra-t-elle comme tous les actes d'instruction non juridictionnels faire l'objet d'une demande d'annulation devant la chambre de l'instruction, v. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1259-1260, n° 1883 ; dans le même sens mais plus généralement égal. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 847, n° 968.

⁴⁷⁴⁷ V. not. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 524, n° 839.

⁴⁷⁴⁸ V. not. *Ibid.*, p. 523, n° 837 et GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1177 et 1183, 1° av. le n° 2289 et 2° av. le n° 2308.

⁴⁷⁴⁹ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 852, n° 972 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1177-1178, n° 2292 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 523, n° 838 ; se rapporter égal. au témoignage de l'ancien juge d'instruction Christian Guéry préc. évoqué dans l'art. GUÉRY, Christian et KOTULSKI, Katia, « Une analyse de l'activité du JI », *Cah. de la justice*, 3-2010, *art. cit.*, p. 143.

instructeur, ce qui faisait l'objet de vives oppositions doctrinales.⁴⁷⁵⁰ Désormais, le juge d'instruction est tenu d'aviser les parties et le témoin assisté, respectivement lors de la première comparution ou le cas échéant de la première audition, du droit d'agir en nullité.⁴⁷⁵¹ Le bénéficiaire de ce droit ne peut y renoncer qu'en cas de renonciation expresse en présence de l'avocat ou si ce dernier a été dûment appelé (art. 172 CPP). Ensuite, la demande, qui doit être motivée, faire l'objet d'une déclaration et justifier d'un intérêt à agir, est adressée en copie au magistrat instructeur qui transmet l'original du dossier au président de la chambre, lequel vérifiera dans les 8 jours sa recevabilité (art. 173 al. 3 et 5 CPP). Dans l'hypothèse où la requête est irrecevable faute de respecter les formes légales, n'est pas motivée ou concerne des décisions susceptibles d'appel, le président ordonne le renvoi du dossier au juge d'instruction (art. 173 al. 5 CPP). Il lui revient en ce sens un rôle de filtre des demandes.⁴⁷⁵² Toujours dans le souci d'éviter une requête dilatoire,⁴⁷⁵³ l'art. 174 al. 1 du Code de procédure pénale impose de soulever dans chaque saisine l'ensemble des causes susceptibles d'être retenues par la chambre de l'instruction dès lors que celles-ci étaient à ce moment-là décelables. À peine d'irrecevabilité, la personne mise en examen, la partie civile et le témoin assisté doivent soulever les moyens de nullité dans les 6 mois à compter de l'interrogatoire de première comparution ou le cas échéant de la première audition, de chacun des interrogatoires et auditions ultérieures ou des actes qui lui ont été notifiés (art. 173-1 CPP). Pour les mesures non couvertes par les délais de forclusion, les parties peuvent encore déposer une demande en nullité dans le délai d'un mois ou de 3 mois après l'envoi de clôture, en fonction de la situation de détention du mis en examen (175 al. 4 CPP). Au-delà de ce délai, les parties ne sont plus autorisées à contester la régularité des actes de procédures antérieurs à l'avis (art. préc. *in fine*).

904. La Chambre de l'instruction peut toujours prononcer d'office la nullité, alors même qu'elle n'avait pas été saisie d'un appel tendant à cette fin (art. 174 al. 1, 186-1 et 206 al. 2 CPP), à condition cependant que l'appel en question soit recevable,⁴⁷⁵⁴ que la procédure

⁴⁷⁵⁰ V. l'ens. des réf. préc. en n. 4749.

⁴⁷⁵¹ V. l'art. 89-1 al. 1 CPP concernant la victime, l'art. 116 al. 6 CPP pour le mis en examen et l'art. 113-3 al. 3 CPP en ce qui concerne le témoin assisté.

⁴⁷⁵² V. not. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 524, n° 839 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1180, n° 2298.

⁴⁷⁵³ V. à ce propos LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 525, n° 839.

⁴⁷⁵⁴ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 17.06.1975, n° 75-91.336, publiée au *bull.* n° 155, p. 434.

d'instruction soit achevée et que l'ordonnance frappée d'appel ne soit pas intervenue en matière de détention provisoire, car l'examen de l'appel ne peut alors porter sur un autre point^{4755, 4756} Ainsi lorsque la chambre de l'instruction est saisie de l'appel d'une ordonnance de renvoi, de mise en accusation ou de non-lieu, aura-t-elle le devoir de rechercher les irrégularités éventuelles de l'information et de prononcer, le cas échéant, l'annulation de l'acte litigieux.⁴⁷⁵⁷ De même, quand cette juridiction est appelée à statuer sur une cause de nullité, pourra-t-elle relever d'office les moyens de nullité non soulevés qu'elle aurait découverts à l'examen de la procédure (art. 174 al. 1 CPP).

905. La nullité doit en principe être demandée à la chambre de l'instruction tant que l'information est encore en cours puisque cette juridiction dispose alors d'une compétence exclusive pour procéder à cet examen sous le contrôle de la chambre criminelle de la Cour de cassation, le magistrat instructeur n'étant pas autorisé à refaire, sur sa propre initiative un acte dont il aurait constaté la nullité.⁴⁷⁵⁸ Cela est différent uniquement si la nullité n'est découverte qu'après la clôture de l'information ; bien que les cas soient rares, il sera possible, à certaines conditions, de s'en prévaloir devant la juridiction de jugement.⁴⁷⁵⁹ Un tel procédé est exclu devant la Cour d'assises, la décision de renvoi devant cette juridiction ayant pour effet de purger la procédure des vices de l'instruction préparatoire lorsqu'elle devient définitive.⁴⁷⁶⁰ De même, avec la loi du 4 janvier 1993, le législateur a-t-il estimé qu'il appartenait en règle générale aux parties de veiller à présenter une demande de nullité avant le règlement de l'affaire au stade de l'instruction.⁴⁷⁶¹ Les art. 178 al. 2 et 179 al. 6 du Code de procédure pénale prévoient en ce sens que l'ordonnance de renvoi devenue définitive couvre également les vices de la procédure en matière contraventionnelle ou correctionnelle. Cependant, il en sera autrement si l'ordonnance ou l'arrêt de clôture de l'instruction n'a pas

⁴⁷⁵⁵ V. not. Cass. crim., déc. du 02.10.1984, n° 84-93.518, publiée au *bull.* n° 279.

⁴⁷⁵⁶ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 854, n° 974.

⁴⁷⁵⁷ V. not. Cass. crim., déc. du 15.02.1990, n° 89-86.566, publiée au *bull.* n° 78, p. 201.

⁴⁷⁵⁸ C'est ce que la haute juridiction décidait à l'époque encore de la chambre d'accusation, v. Cass. crim., déc. du 24.03.1992, n° 92-80.100, publiée au *bull.* n° 125, p. 330. Ces principes n'ont pas changé et valent toujours pour celle que l'on dénomme aujourd'hui la chambre de l'instruction, v. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 854, n° 975.

⁴⁷⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁶⁰ V. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1183-1184 n° 2311 ; p. 999, n° 1860 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 855, n° 975. Pour une application jurisprudentielle de ce principe, v. not. Cass. crim., déc. du 05.09.1990, n° 90-83.664, publiée au *bull.* n° 310, p. 783.

⁴⁷⁶¹ V. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 855, n° 976.

été porté à la connaissance des parties dans les conditions prévues par l'art. 183 al. 4 ou l'art. 217 du Code de procédure pénale ou n'a pas été rendu conformément aux exigences de l'art. 184 de ce même Code et le tribunal renverra la procédure au ministère public pour lui permettre de saisir à nouveau la juridiction d'instruction afin que la procédure soit régularisée (385 al. 2 CPP).⁴⁷⁶² Dans l'hypothèse où une ordonnance de renvoi a été rendue sans que le juge ait respecté les conditions de l'art. 175 du Code de procédure pénale, le tribunal correctionnel est compétent pour examiner la régularité de la procédure (art. 385 al. 3 CPP).⁴⁷⁶³ Enfin, la juridiction de jugement est également compétente si elle a été saisie par citation directe ou procédure de comparution immédiate pour examiner dans la procédure antérieure à sa saisine les actes ou formalités entachés de nullité (385 al. 4 CPP).

906. Ces délais très contraignants de forclusions ainsi que l'ensemble des limites du contrôle par la voie d'invocation des nullités déjà énoncées lors de l'enquête⁴⁷⁶⁴ sont certes toujours présents au stade de l'information, le contrôle de la chambre de l'instruction sur les actes d'instruction est toutefois beaucoup plus important en ce qu'il trouve une application plus complète et fréquente.

2) Le contrôle de l'opportunité des actes d'instruction grâce au pouvoir de révision de la chambre de l'instruction

907. À cela s'ajoutent les très larges pouvoirs de « révision »⁴⁷⁶⁵ de cette juridiction qui lui permettent un contrôle approfondi de l'opportunité même des actes concernés, certains parlant ici à notre sens à juste titre de la « *toute puissance* »⁴⁷⁶⁶ de la chambre de l'instruction, investie de prérogatives considérables pour corriger une instruction dont l'examen relèverait des omissions, des erreurs de qualification de nature à affecter la bonne fin du procès pénal. Elle apparaît en ce sens « *comme un juge de l'instruction puisque ses initiatives ont pour effet indirect de faire apparaître les erreurs ou omissions du magistrat instructeur, et comme une*

⁴⁷⁶² V. not. Cass. crim., déc. du 07.10.1997, n° 96-85.599, publiée au *bull.* n° 327, p. 1076 ; Cass. crim., déc. du 15.09.2004, n° 04-83.670, publiée au *bull.* n° 211, p. 752.

⁴⁷⁶³ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 14.05.2013, n° 12-81.023, publiée au *bull.* n° 103.

⁴⁷⁶⁴ Se reporter ici pour plus de détails aux n° 697 et s., p. 621 et s. de cette thèse.

⁴⁷⁶⁵ Retenant cette dénomination pour désigner ces pouvoirs not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 807 et s., n° 884 et s. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1188, n° 2324 ; MERLE, Roger et VITU, André, *Traité de droit criminel, Tome 2, op. cit.*, p. 650 et s., n° 569 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 526 et s., n° 843 ; GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire, op. cit.*, p. 1143 et s., chap. 722.

⁴⁷⁶⁶ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 526, n° 843.

juridiction d'instruction puisqu'elle va conduire celle-ci, sauf à noter qu'elle ne procède pas elle-même aux actes d'instruction » mais y fait en principe bien plus procéder.⁴⁷⁶⁷ Certes la chambre de l'instruction ne pourra mettre ce pouvoir de révision en œuvre directement que lorsqu'elle est saisie de l'ensemble du dossier, ce qui n'est pas le cas lorsque l'appel limite sa saisine.⁴⁷⁶⁸ Toutefois, en pratique, mis à part le cas où il est question d'un appel en matière de détention provisoire (art. 207 CPP), la chambre de l'instruction pourra s'approprier indirectement également les dossiers qui ne lui sont transmis que pour partie dans la très grande majorité des cas grâce à son pouvoir d'évocation (art. 206 al. 3 CPP) et se comporter comme une véritable juridiction d'instruction dotée de tous les pouvoirs ordinairement dévolus à cette fonction.⁴⁷⁶⁹ À ce titre elle peut d'abord ordonner (à la demande d'une des parties ou d'office) toute mesure d'information qu'elle juge nécessaire (art. 201 CPP). Cela sera notamment le cas concernant les actes que le juge avait refusé de mettre en œuvre (par exemple art. 82-1, 156 al. 2 ; 161-1 et 167 al. 3 CPP), y compris des mandats.⁴⁷⁷⁰ Si, en principe, la chambre de l'instruction en raison de sa formation collégiale, ne procède pas elle-même aux investigations mais désigne dans sa décision correspondante le magistrat qui procédera à la mesure sans être tenu aux règles de compétence de l'art. 52 du Code de procédure pénale,⁴⁷⁷¹ cela ne vaut pas dans l'hypothèse des mandats où c'est alors elle-même qui devra délivrer cette mesure, sans l'imposer au magistrat instructeur⁴⁷⁷², pas plus que lorsqu'il s'agit d'accomplir un acte précis⁴⁷⁷³. Cette juridiction peut également d'office ou sur réquisition du procureur général étendre l'information (art. 202, 203, 204 et 210 CPP) ou en ordonner un complément (art. 201, 205, 208 et 209 CPP). Concernant l'extension, elle s'applique aussi bien aux faits (art. 202, 203 et 210 CPP) qu'aux personnes (art. 204 al. 1 CPP).⁴⁷⁷⁴ Dans le premier cas de figure, il s'agit à cet égard d'une prérogative exceptionnelle allant même au-delà de

⁴⁷⁶⁷ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 807, n° 885.

⁴⁷⁶⁸ V. not. GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1118, n° 2325 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 807, n° 886. Ces auteurs reviennent aussi sur les différents cas de figure dans lesquels le dossier est transmis dans sa totalité.

⁴⁷⁶⁹ En ce sens not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 845, n° 966.

⁴⁷⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷⁷¹ Cass. crim., déc. du 11.04.1964, n° 64-90.795, publiée au *bull.* n° 110. V. égal. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 809, n° 888.

⁴⁷⁷² V. not. Cass. crim., déc. du 13..02.1984, n° 82-93.814, publiée au *bull.* n° 50.

⁴⁷⁷³ V. not. Cass. crim., déc. du 25.06.1996, n° 96-81.239, publiée au *bull.* n° 272, p. 819 ; Cass. crim., déc. du 17.11.1998, n° 98-81.717, publiée au *bull.* n° 301, p. 870.

⁴⁷⁷⁴ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1190, n° 2335-2336.

celles dont dispose le magistrat instructeur qui lui est saisi *in rem*.⁴⁷⁷⁵ À préciser dans les deux cas que la chambre ne peut en revanche rien faire si les personnes ont été l'objet d'un non-lieu définitif quand elle été saisie.⁴⁷⁷⁶

B – Le contrôle des pouvoirs juridictionnels du magistrat instructeur par le biais de la procédure d'appel devant la chambre de l'instruction

908. Par ailleurs, comme il a été démontré dans la section précédente, les garanties offertes aux protagonistes privés de la procédure pénale lors de l'instruction sont également supérieures à celles offertes durant l'enquête grâce à la possibilité, dans de nombreux cas, de faire appel des ordonnances rendues par le magistrat instructeur dans le cadre de ses pouvoirs juridictionnels. Il s'agit ici d'une voie de réformation : l'appel saisit de l'affaire une juridiction supérieure à celle ayant statué en premier ressort, soit en l'espèce la chambre de l'instruction, aux fins de réexamen complet du dossier en fait comme en droit.⁴⁷⁷⁷

909. Le domaine d'application de l'appel n'est toutefois pas – du moins s'agissant des acteurs privés – absolu et varie selon la partie habilitée à y recourir.⁴⁷⁷⁸ En effet, si, conformément à l'art. 185, al. 1 du Code de procédure pénale, le ministère public dispose d'un droit d'interjeter appel contre toute ordonnance du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention,⁴⁷⁷⁹ les parties privées disposent de leur côté d'un droit variable selon leur qualité et de surcroît filtré dans certains cas par le président de la chambre de l'instruction (v. art. 186 al. 6 CPP).⁴⁷⁸⁰ S'agissant tout d'abord de la personne mise en examen, la loi lui ouvre limitativement la voie de l'appel contre les ordonnances statuant sur la recevabilité de la constitution de partie civile (art. 87 CPP), sur la qualité de mis en examen (art. 80-1-1 CPP) et sur les questions relatives à la liberté, telles entre autres l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire (art. 139 CPP) ou de mise en détention provisoire ou de prolongation de celle-ci par le juge des libertés et de la détention (art. 137-3, 145-1, 145-2 CPP), le refus d'ordonner une contre-expertise ou l'ordonnance de mise en accusation (v. art. 186 al. 1 CPP). L'article 186 alinéa 3 du Code de procédure pénale prévoit également le droit pour l'intéressé

⁴⁷⁷⁵ V. not. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 528, n° 848.

⁴⁷⁷⁶ V. not. Cass. crim., déc. du 29.05.2002, n° 02-81.995, publiée au *bull.* n° 122, p. 444.

⁴⁷⁷⁷ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 529, n° 850.

⁴⁷⁷⁸ *Ibid.*, n° 851 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 880, vor n° 1002.

⁴⁷⁷⁹ Pour plus de précisions sur ce point, v. n° 882, p. 786 de cette thèse.

⁴⁷⁸⁰ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 529, n° 851 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 1180, n° 2298.

de faire appel de l'ordonnance par laquelle le juge a, d'office ou sur déclinaison, statué sur sa compétence. De même, les lois de 1993 ont élargi les possibilités d'interjeter appel pour le mis en examen en lui permettant de contester par ce biais l'ordonnance de refus de procéder à un acte d'instruction sollicité par cette partie auprès du magistrat instructeur.⁴⁷⁸¹ Le même principe s'applique lorsque l'acte requis est une expertise (art. 156 CPP) ou un complément de questions à l'expert (art. 161-1 CPP). Finalement, l'appel du mis en examen est aujourd'hui possible envers la plupart des ordonnances du juge d'instruction.⁴⁷⁸² Seules demeurent exclues les ordonnances de clôture de l'information (notamment celles qui lui sont défavorables)⁴⁷⁸³ à l'exception de celles de mise en accusation⁴⁷⁸⁴ ou de renvoi devant le tribunal correctionnel au lieu du renvoi aux assises (art. 186-3 CPP)⁴⁷⁸⁵ quoique les unes et les autres doivent lui être notifiées dans les délais les plus brefs (art. 183 al 1 CPP). Le mis en examen ne peut pas non plus faire appel des ordonnances de non-lieu rendues au profit de ses co-inculpés ni à son propre profit.⁴⁷⁸⁶ À noter toutefois que le mis en examen dispose alors toujours de la possibilité de demander par voie de requête la nullité des actes irréguliers de l'instruction comme il a été exposé précédemment.

910. Concernant la partie civile, il apparaît normal, en raison de sa position accessoire, que son droit d'appel, soit par nature plus cantonné que celui du mis en examen.⁴⁷⁸⁷ Ainsi celle-ci ne pourra-t-elle faire appel que des ordonnances de refus d'informer, de non informer, de non-lieu, celles relatives à la compétence, celles portant refus d'une mesure d'information (sous réserve de filtrage quand il ne s'agit pas d'une ordonnance de refus de complément d'expertise ou de contre-expertise) et plus généralement de tous actes juridictionnels portant « *grief à ses intérêt civiles* » (186 al. 2 CPP), ce qui n'est, par exemple, pas le cas s'agissant des ordonnances en matière de détention provisoire ou au contrôle judiciaire du mis en examen⁴⁷⁸⁸.

⁴⁷⁸¹ V. not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 883, n° 1005.

⁴⁷⁸² En ce sens not. BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées (enquête /instruction) », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 84 et s., sous I.

⁴⁷⁸³ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 27.10.1992, n° 92-81.041, publiée au *bull.* n° 342, p. 942.

⁴⁷⁸⁴ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 06.08.2003, n° 03-82.892 et 01-87.924, publiée au *bull.* n° 143, p. 574.

⁴⁷⁸⁵ V. not. Cass. crim., déc. du 15.03.2006, n° 05-87.299, publiée au *bull.* n° 79, p. 295.

⁴⁷⁸⁶ Cass. crim., déc. du 15.07.1965, n° 65-90.080, publiée au *bull.* n° 176.

⁴⁷⁸⁷ V. sur ce point not. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 530, n° 851 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 884-886, n° 1006.

⁴⁷⁸⁸ En ce sens not. MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, *art. cit.*, p. 1494 et s.

911. Afin d'éviter les appels irrecevables et manifestement dilatoires, la loi du 29 décembre 1972 a prévu,⁴⁷⁸⁹ dans le dernier alinéa de l'article 186 du Code de procédure pénale que le président de la Chambre de l'instruction, qui constate que l'appel concerne une ordonnance non énumérée par ce même article, peut rendre d'office une ordonnance de non-admission de l'appel insusceptible de recours, sauf excès de pouvoir,⁴⁷⁹⁰ et relevant de son droit discrétionnaire⁴⁷⁹¹. Un dispositif similaire est prévu dans les cas d'ordonnances rendues en matière d'expertise (art. 156 al. 2 CPP) ou de demandes d'actes (art. 81 al. 10 et 11 CPP).

912. L'appel (de même que son délai à l'exception de celui du procureur général) a un effet en principe suspensif et dévolutif.⁴⁷⁹² De manière générale, l'ordonnance frappée d'appel ne peut donc être exécutée durant le délai d'appel en raison de son effet suspensif,⁴⁷⁹³ ce qui n'empêche pas en revanche de poursuivre l'information puisque le juge d'instruction a fait établir un double du dossier (v. art. 187 al. 1 CPP)⁴⁷⁹⁴. Il en ira différemment que si le président de la chambre de l'instruction en décide autrement (v. art. 187 al. 1 *in fine* CPP)⁴⁷⁹⁵. Mais, la règle générale de l'effet suspensif de l'appel connaît des tempéraments afin de tenir compte des spécificités de certaines ordonnances pénales. De fait l'ordonnance de non-lieu, qui fait l'objet d'un appel de la part de la partie civile, est exécutée et le mis en examen qui, le cas échéant était jusque-là détenu, mis en liberté, ce qui est logique puisque la victime n'est pas autorisée à interjeter appel des ordonnances relatives à la détention (v. art. 186 al. 2 CPP). Pareillement, l'appel du parquet contre une ordonnance de mise en liberté ou refusant de le suivre en ses réquisitions de maintien en détention n'empêche pas la mise en liberté du détenu (v. art. 187-3 al. 1 CPP). Toutefois, le procureur pourra choisir de restaurer l'effet suspensif par le biais d'une procédure en référé-détention (art. préc.). Parallèlement l'ordonnance de placement en détention provisoire ou rejetant une demande de mise en liberté demeure en vigueur jusqu'à la décision de la chambre de l'instruction, la personne mise

⁴⁷⁸⁹ V. sur ce point STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 888, n° 1008.

⁴⁷⁹⁰ V. p. ex. Cass. crim., déc. du 17.02.1998, n° 97-85.078, publiée au *bull.* n° 61, p. 165 ; Cass. crim., déc. du 08.11.2011, n° 11-84.544, publiée au *bull.* n° 228.

⁴⁷⁹¹ V. not. Cass. crim., déc. du 19.03.1975, n° 74-90.121, publiée au *bull.* n° 82, p. 230.

⁴⁷⁹² V. à ce propos e. a. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 889, n° 1009 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 531-532, n° 854.

⁴⁷⁹³ S'agissant des délais d'appel, le procureur de la République doit faire appel dans les 5 jours suivant la notification de la décision, le procureur général dans les 10 jours (art. 185 al. 1 et al. 4 CPP) et les parties privées dans un délai de 10 jours également (art. 186 al. 4 CPP).

⁴⁷⁹⁴ Pour un ex. de la pratique v. not. Cass. crim., déc. du 06.02.1996, n° 95-85.710, publiée au *bull.* n° 62, p. 181.

⁴⁷⁹⁵ Pour un ex. de la pratique v. not. Cass. crim., déc. du 14.05.2002, n° 02-80.721, publiée au *bull.* n° 111, p. 372.

en examen pouvant alors recourir au référé-liberté pour limiter cet effet (v. art. 187-1 al. 1 CPP).

913. En vertu de l'effet dévolutif, la chambre de l'instruction n'est en principe saisie que de la question faisant l'objet de l'appel afin d'éviter que les parties n'utilisent cette voie pour contester d'autres actes ou décisions rendus par le juge et qui ne peuvent plus être remis en cause selon les règles du CPP (art. 186 et 186-1 CPP).⁴⁷⁹⁶ Valent ici toutefois les exceptions en raison du pouvoir d'évocation de la chambre de l'instruction, précédemment évoquées qui permettent à cette dernière d'étendre le champ de l'information (v. not. art. 202 CPP).⁴⁷⁹⁷

C – Un contrôle du magistrat instructeur renforcé du fait des pouvoirs propres du président de la chambre de l'instruction

914. Le contrôle de l'intervention du magistrat instructeur est également plus étroit que celui du parquetier lors de l'enquête en raison du pouvoir supplémentaire et propre de supervision exercé par le président de la chambre de l'instruction sur l'information.⁴⁷⁹⁸

915. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, diverses lois avaient instauré que le président et les conseillers de cette juridiction, appelée alors chambre des mises en accusation, seraient pris parmi les magistrats des autres chambres de la Cour d'appel et n'assureraient leurs fonctions qu'accessoirement.⁴⁷⁹⁹ L'objectif de cette règle était, comme trop souvent, uniquement budgétaire.⁴⁸⁰⁰ Il en résulta un effacement néfaste de cette formation qui contribua pour beaucoup à un manque d'efficacité dans le contrôle exercé.⁴⁸⁰¹ Pour remédier à ce problème, le Code de procédure pénale de 1958 décida de rétablir cette juridiction en veillant à l'affectation exclusive des magistrats à la nouvelle chambre d'accusation, aujourd'hui devenue la chambre de l'instruction, et à l'attribution de pouvoirs propres à son président qui, en cas d'empêchement, ne peuvent être confiés à un autre magistrat que par l'assemblée générale de la cour d'appel (v. art. 191 al. 2 et 3 et art. 219 al. 2 CPP).⁴⁸⁰² Le

⁴⁷⁹⁶ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 532, n° 855 ; STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 889, n° 1009.

⁴⁷⁹⁷ Se rapporter aux dév. sous le n° 907 et s., p. 801 et s. de cette thèse.

⁴⁷⁹⁸ V. not. DORWLING CARTER, Marcel, « Faut-il supprimer le JI ? », *JCP G*, 1990, *art. cit.*, n° 13.

⁴⁷⁹⁹ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 191, n° 204 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 533, n° 857 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 140, n° 109.

⁴⁸⁰⁰ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 533, n° 857 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 140, n° 109.

⁴⁸⁰¹ Se rapporter à l'ens. des réf. préc. en n. 4799.

⁴⁸⁰² LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 533, n° 857 ; GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 191, n° 204.

président de la chambre de l'instruction peut quant à lui déléguer ses pouvoirs à un juge du siège de sa juridiction, ou le cas échéant, à un magistrat d'une autre chambre de l'instruction de la même cour d'appel avec l'accord du président de celle-ci (art. 219 al. 3 CPP).

916. Ces pouvoirs permettent au président dans un premier temps de veiller en général au bon fonctionnement des cabinets d'instruction et plus particulièrement de s'assurer de la célérité de la procédure de même que du recours raisonnable aux commissions rogatoires (art. 220 et 81 al. 4 et 5 CPP) et d'un usage de la détention provisoire conformes aux règles légales (art. 222 CPP)⁴⁸⁰³. Il s'agit ici d'un contrôle *a priori* de l'action du magistrat instructeur qui accentue la protection des libertés individuelles.⁴⁸⁰⁴ À ce titre, il transmet, dès qu'il le juge nécessaire mais au moins une fois par an, ses observations écrites au premier président de la cour d'appel, au procureur général, au président du tribunal concerné et au procureur près de ce tribunal (art. 220 CPP), fondées sur les états semestriels relatifs aux affaires en cours qui lui sont communiqués par les cabinets d'instruction et dans lesquels est mentionnée, pour chacun des dossiers en cours, la date du dernier acte d'instruction accompli (art. 221 CPP). Il s'agit ici de veiller à ce que les informations judiciaires puissent être achevées dans le délai raisonnable imposé par la CESDH.⁴⁸⁰⁵ Ce pouvoir correspond à une compétence de surveillance et non d'influence sur les actes d'information à accomplir, le magistrat instructeur restant maître de ses investigations.⁴⁸⁰⁶ Il n'est en conséquence pas permis au président de la chambre de l'instruction d'ordonner lui-même des mesures qui ne peuvent l'être que par le magistrat instructeur ou par la chambre de l'instruction qu'il préside.⁴⁸⁰⁷ Il visite les maisons d'arrêt de son ressort pour y vérifier la situation des personnes mises en examen (art. 222 CPP). Sur la base des renseignements recueillis, il peut prendre l'initiative de saisir la chambre de l'instruction afin qu'elle tranche sur l'opportunité du maintien en détention des personnes mises en examen détenues provisoirement (art. 223 CPP). Lorsqu'il constate qu'un délai de 4 mois s'est écoulé depuis le dernier acte d'instruction, le président de la chambre de

⁴⁸⁰³ Ces pouvoirs propres en matière de détention seront exposés plus en détails dans le § suivant consacré au contrôle de cette mesure spécifique.

⁴⁸⁰⁴ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 801, n° 877.

⁴⁸⁰⁵ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 534, n° 857 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 802, n° 877.

⁴⁸⁰⁶ V. en ce sens not. CC, déc. du 20.01.1981, n° 80-127 DC, Loi sécurité et liberté, publiée au *JO* du 22.01.1981, p. 308, ici spéc. considérant n° 40-47. V. à ce propos LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 534, n° 858 ainsi que ses réf. en n. 32.

⁴⁸⁰⁷ V. not. Cass. crim., du 05.11.1969, n° 69-90.296, publiée au *bull.* n° 289 ; Cass. crim., déc. du 20.05.1980, n° 79-93.444, publiée au *bull.* n° 153.

l'instruction peut également saisir sa juridiction (art. 221-1 CPP). Dans cette même hypothèse, il est également permis aux parties de saisir cette même juridiction, mais le président de la chambre de l'instruction pourra alors décider dans une décision insusceptible de recours qu'il n'y a pas lieu à saisine (art. 221-2 CPP).

917. Il exerce en outre un important travail de filtrage dans le but de diminuer le nombre d'appels ou de requêtes en annulation dilatoires afin de réguler l'activité de la chambre de l'instruction (art. 173 al. 5, 186 dern. al. et 186-1 CPP) comme il a été exposé précédemment.⁴⁸⁰⁸ À noter qu'il agit alors dans ce cadre postérieurement à l'action du juge d'instruction déjà exécutée et non plus de manière préventive⁴⁸⁰⁹.

§ 2. Le contrôle efficace du juge des libertés et de la détention en matière de détention provisoire

918. « *L'addiction* »⁴⁸¹⁰ française à la détention avant jugement a une triste et longue tradition. Ainsi, au début du siècle dernier, René Garraud rappelait-il que le Code d'instruction criminelle considérait celle-ci, alors nommée détention préventive, comme le « *préliminaire de toute procédure criminelle* », la **liberté provisoire** n'étant pour sa part admise qu'à titre exceptionnel.⁴⁸¹¹ Il relevait toutefois déjà en son temps une tendance plus respectueuse de la liberté de chacun qui engendrait « *un mouvement de réaction contre l'usage de la détention préventive* » se manifestant « *partout* ». ⁴⁸¹² À vrai dire, déjà conscient des dangers que pouvaient présenter cette mesure pour les libertés individuelles, le Code d'instruction criminelle, dans sa version originelle, en avait réservé la compétence à la chambre du conseil, composée de trois juges dont le juge d'instruction.⁴⁸¹³ Supprimée en 1856 du fait de la prééminence du juge d'instruction sur ses collègues, ignorant le contenu du dossier, puis remplacée par le seul magistrat instructeur,⁴⁸¹⁴ la question de la détention provisoire ne cessa

⁴⁸⁰⁸ Se rapporter au n° 911, p. 805 de cette thèse.

⁴⁸⁰⁹ À propos de la distinction des pouvoirs *a posteriori* et *a priori* du président de la chambre d'instruction, v. not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 801-803, n° 876-879, sur l'aspect spéc. du filtrage par le président, n° 878.

⁴⁸¹⁰ BEN KEMOUN, Laurent, « Modestes propositions pour limiter la détention provisoire, cette autre addiction française », *Rec. Dal.*, n° 16, 2013, p. 1079 dans le titre de son article.

⁴⁸¹¹ GARRAUD, René, *Précis de droit criminel*, 11^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1912, p. 756, n° 399, spéc. n. 1.

⁴⁸¹² *Ibid.*

⁴⁸¹³ V. not. art. 116, 117 du CIC. Se rapporter égal. à PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 771-772, n° 839-840 ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention, op. cit.*, p. 23, n° 10.

⁴⁸¹⁴ Sur cette réforme et ses raisons not. CLÈRE, Jean-Jacques, « L'instruction préparatoire (1799-1958) », dans J.-C. FARCY et al. (éd.), *Le JI : approches historiques, art. cit.*, p. 239-240.

par la suite de susciter la controverse⁴⁸¹⁵. Préoccupé par le stigmate que cette mesure provoquait et le recours du magistrat instructeur trop fréquent à celle-ci, le législateur du nouveau Code de procédure pénale proclama d'abord avec force que la « *détention préventive [était] une mesure exceptionnelle* » (anc. art. 137 CPP [1958]).⁴⁸¹⁶ Puis, la réforme libérale du 17 juillet 1970, légèrement modifiée par la loi du 6 août 1975, constatant que ces retouches textuelles ne suffisaient pas pour inverser la tendance, modifia profondément le régime de cette mesure afin de lui permettre de devenir réellement marginale.⁴⁸¹⁷ Cette nouvelle volonté est appuyée par une modification des tournures, la « *détention préventive* » devenant la « *détention provisoire* » et la « *liberté provisoire* » la « *liberté* » tout court.⁴⁸¹⁸ La diminution escomptée des recours à cette mesure ne s'étant pas réalisée, s'ensuivirent de longs et divers « *tâtonnements* » législatifs⁴⁸¹⁹ déjà présentés dans l'introduction de cette thèse auxquels il est ici renvoyé⁴⁸²⁰.⁴⁸²¹ Fort du constat de l'échec relatif des efforts législatifs passés, l'idée se cristallise vers la fin des années 1990, que c'est peut-être la personne même à l'origine de la décision de cet acte, le juge d'instruction, qui serait l'origine du mal en raison d'un manque d'impartialité découlant de ses fonctions d'enquêteur perçues comme incompatibles avec celles de la prise de décision d'un placement en détention.⁴⁸²² Deux solutions s'offrent alors au législateur : la suppression du juge d'instruction, remplacé par un juge « de » l'instruction aux seuls pouvoirs juridictionnels accompagnée d'un transfert de l'ensemble de pouvoirs d'enquêteur de ce magistrat au procureur, comme le proposait le rapport de la commission Delmas-Marty⁴⁸²³ ou la création d'une nouvelle institution régulatrice des pouvoirs du juge

⁴⁸¹⁵ V. à ce propos e. a. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 502-503, n° 793-794 ; GUÉRY, Christian, « La détention provisoire », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., op. cit.*, juin 2013, art. cit., n° 9-22.

⁴⁸¹⁶ PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 771, n° 838 ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention, op. cit.*, p. 20-21, n° 6-7.

⁴⁸¹⁷ Se rapporter à l'ens. des réf. préc. en n. 4816.

⁴⁸¹⁸ *Ibid.*

⁴⁸¹⁹ LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, art. cit., p. 9, n° 1.

⁴⁸²⁰ Se rapporter ici au n° 22, p. 33 et s. de cette thèse.

⁴⁸²¹ Sur ces diverses tergiversations législatives, v. égal. MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, art. cit., p. 1494 et s. ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 502-503, n° 794 ; PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 770-773, n° 838-842 ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention, op. cit.*, p. 20 et s., n° 6 et s.

⁴⁸²² V. not. MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, art. cit., p. 1494 et s. ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention, op. cit.*, p. 22-23, n° 8.

⁴⁸²³ COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 119 et s. ; v. sur ce point égal. GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève, « La figure du juge de l'avant-procès entre symboles et pratique », dans *Mélanges Pradel*, 2006, art. cit., p. 338.

instructeur.⁴⁸²⁴ Conscient des enjeux d'une réforme selon la première proposition et des répercussions qui résulteraient de l'édification du parquet en enquêteur exclusif, le législateur opta, dans un souci consensuel, pour la deuxième option qui privilégiait de recourir à un magistrat tiers, intervenant ponctuellement à différents échelons de la procédure.⁴⁸²⁵ Là encore, cela ne se fit pas sans mouvements de balanciers législatifs.⁴⁸²⁶ La loi du 4 janvier 1993 retint d'abord la compétence d'un autre juge pour l'unique placement en détention provisoire, de telle sorte qu' au 1^{er} mars 1993, seul le président du tribunal de grande instance ou son délégué avait qualité pour procéder à cette mesure, celui-ci devant être, à compter du 1^{er} janvier 1994, remplacé par une formation comprenant le président et deux échevins.⁴⁸²⁷ Relevant que ces changements aboutissaient souvent à accorder à un juge délégué, auquel il pouvait manquer l'expérience, la liberté de personnes présumées innocentes, le groupe de travail, chargé d'apprécier le nouveau régime, suggéra le retour des attributions au magistrat instructeur avec en contrepoids, le « référé-liberté », qui aurait été mis en œuvre devant le président du tribunal de grande instance ou son remplaçant.⁴⁸²⁸ Tout en s'orientant d'après ces recommandations, le légiférant préféra, par le biais de la loi du 30 décembre 1996, attribuer la prérogative du référé au président de la chambre d'accusation.⁴⁸²⁹ et il faudra attendre la loi du 15 juin 2000, qui reprend l'idée du législateur de 1993, pour que soit finalement instauré un nouvel acteur sur la scène procédurale pénale, à savoir le juge des libertés et de la détention, magistrat du siège du rang de président, de premier vice-président ou d'un vice-président du tribunal (art. 137-1, al. 1, CPP),⁴⁸³⁰ dont le statut a été

⁴⁸²⁴ LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, op. cit., p. 40, n° 32-33.

⁴⁸²⁵ *Ibid.*

⁴⁸²⁶ Se reporter ici aussi au n° 22, p. 33 et s. de cette thèse.

⁴⁸²⁷ V. à ce propos not. PRADEL, Jean, « Observations brèves sur une loi à refaire », *Rec. Dal.*, 1993, art. cit., p. 39-40 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, art. cit., p. 1494 et s. ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, op. cit., p. 26-27, n° 12.

⁴⁸²⁸ V. e. a. MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, art. cit., p. 1494 et s. ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, op. cit., p. 27, n° 12 ; BOULOC, Bernard, « L'instruction par le juge d'instruction après la loi du 24 août 1993 », *RPDP*, 2-1994, art. cit., p. 95.

⁴⁸²⁹ V. not. MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, art. cit., p. 1494 et s.

⁴⁸³⁰ V. e. a. LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, art. cit., p. 10, n° 2 ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, op. cit., p. 40-41, n° 32-33 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, art. cit., p. 1494 et s.

précédemment exposé en détail,⁴⁸³¹ de telle sorte qu'il ne s'agira ici que de spécifier les particularités de son intervention lors de l'instruction.

919. Bien que cette réforme n'ait pas conduit à une refonte de fond de la procédure pénale française à l'image de ce qu'aurait pu entraîner la suppression de magistrat instructeur comme certains l'appelaient de leurs vœux,⁴⁸³² le changement n'en fut pas moins radical, le juge des libertés et de la détention faisant son entrée sur la scène pénale, tel « *un nouveau cheval de Troie dans l'échiquier judiciaire, comme la promesse d'un compromis aussi raisonné qu'audacieux* ». ⁴⁸³³ L'objectif était ici moins de garantir les libertés en tant que telles, que de réduire le risque d'erreur judiciaire en demandant au juge des libertés et de la détention de porter un « *double regard* » sur la décision de placement en détention. ⁴⁸³⁴ Et c'est ainsi, que le juge des libertés et de la détention, « *héritier du débat indirect sur la suppression du magistrat d'instructeur* » et « *compromis entre l'impératif de pallier aux excès du juge d'instruction et l'attachement français à cette figure symbole la tradition inquisitoriale* », fut instauré, permettant d'offrir un « *regard indépendant et impartial sur la détention provisoire, loin de tout parti pris lié à la recherche des preuves* ». ⁴⁸³⁵ Il s'agissait en ce sens de mettre fin à l'ambiguïté d'un magistrat instructeur à la fois acteur et arbitre qui pouvait mener à une certaine toute-puissance, grâce à l'intervention d'un regard neuf dans le dossier pour diminuer le risque d'erreurs d'appréciation. ⁴⁸³⁶ Les mêmes préoccupations étaient exprimées dans les recommandations formulées par la commission d'Outreau. ⁴⁸³⁷ Les finalités de ces deux juges sont donc différentes : le magistrat instructeur agit en réunissant les indices concernant l'infraction, sa commission et l'auteur présumé des faits pour décider du renvoi ou non devant une juridiction de jugement. ⁴⁸³⁸ Sa seule finalité est la manifestation de la vérité afin d'établir s'il y a lieu d'ouvrir une procédure de jugement à l'égard du mis en examen

⁴⁸³¹ V. pour plus de détails à ce sujet les n° 775 et s., p. 656 et s. de cette thèse.

⁴⁸³² En ce sens not. COMMISSION DELMAS-MARTY, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », 1991, *rap. préc.*, p. 119 et s.

⁴⁸³³ LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, *op. cit.*, p. 18, n° 2.

⁴⁸³⁴ V. à ce propos not. LAZERGES, Christine, « Rapport sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », n° 1468, 1999, *rap. préc.*, p. 127 ; LAZERGES, Christine, « Histoire d'une navette parlementaire », *Rev. sc. crim.*, 1-2001, *art. cit.*, p. 8 et 18 et s. ; LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 11, n° 6 ; IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 126.

⁴⁸³⁵ LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, *op. cit.*, p. 40, n° 32 et p. 37, n° 27.

⁴⁸³⁶ IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 126.

⁴⁸³⁷ HOUILLON, Philippe, « Juger après Outreau », n° 3125, 2006, *rap. préc.*, p. 258 et s. et 343 et s.

⁴⁸³⁸ IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 127.

pour laquelle il dispose de prérogatives limitées par les règles procédurales en vue d'assurer l'équité de son action.⁴⁸³⁹ Cela est très différent du but poursuivi par le juge des libertés et de la détention, à savoir assurer le respect des garanties procédurales et non la réalisation d'un objectif social tels l'établissement d'un fait ou un contrôle de l'ordre public par exemple.⁴⁸⁴⁰ Il ne s'agit pour ce magistrat non pas d'agir, mais bien plus de porter un jugement sur l'action d'autres acteurs institutionnels dont certains peuvent être d'autres magistrats.⁴⁸⁴¹ C'est ce qui explique qu'il ne dispose pas de la possibilité d'ordonner des mesures complémentaires.⁴⁸⁴²

920. Ce magistrat est une véritable juridiction d'instruction du premier degré qui vient « *mordre* » sur les pouvoirs du juge d'instruction et le contrôler d'une certaine façon.⁴⁸⁴³ Certes certains contestent le caractère de « juridiction » au juge des libertés et de la détention sous prétexte « *qu'il n'est pas juridiquement affecté aux tâches qui lui sont confiées dans le cadre de l'instruction* ». ⁴⁸⁴⁴ Cependant, tout comme un juge délégué dans les fonctions de juge de référés constitue à lui seul la juridiction de référé, quelles que soient par ailleurs ses autres attributions, il ne saurait en être autrement du juge des libertés et de la détention qui remplit bien une fonction juridictionnelle lorsqu'il exerce ses missions.⁴⁸⁴⁵ Cela nous semble d'autant plus vrai aujourd'hui, alors que son statut a dernièrement été véritablement consacré.⁴⁸⁴⁶

921. Au stade de l'information ce magistrat ne doit être saisi que pour autoriser l'introduction nocturne dans un lieu d'habitation aux fins d'y placer un dispositif de sonorisation (art. 706-95 CPP) ainsi que pour prendre une décision de placement ou maintien en détention provisoire (art. 137-1, al. 1 CPP).⁴⁸⁴⁷ À l'image de ce qui vaut également au cours de l'enquête, il décidera aussi de l'audition, sous le régime de l'anonymat, d'un témoin dont la vie peut-être en danger (706-58 CPP) et pourra être saisi par le magistrat ayant procédé à une perquisition dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile pour statuer sur une contestation concernant la saisie de documents (art. 56-1 CPP).⁴⁸⁴⁸ Toutefois, malgré son

⁴⁸³⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁸⁴¹ *Ibid.*

⁴⁸⁴² *Ibid.*

⁴⁸⁴³ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 186, n° 201.

⁴⁸⁴⁴ En ce sens not. RASSAT, Michèle-Laure, *Le ministère public entre son passé et son avenir, op. cit.*, p. 107, n° 56.

⁴⁸⁴⁵ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 186, n° 201.

⁴⁸⁴⁶ Se reporter à ce sujet au n° 781, p. 686 et s. de cette thèse.

⁴⁸⁴⁷ V. à ce sujet not. DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1028, n° 1522 et p. 487-488, n° 653.

⁴⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 488, n° 653.

champ d'intervention plus limité dans ce segment de la procédure et l'extension continue de ses attributions non seulement dans le cadre de l'enquête (comme l'illustre encore une fois le dernier projet de loi en date, qui, s'il a été, justement sur les dispositions accentuant cette tendance, en très grande partie censuré par le Conseil constitutionnel,⁴⁸⁴⁹ n'en a pas moins élargi le domaine d'intervention de cet acteur. En effet, la possibilité pour ce magistrat d'autoriser en enquête préliminaire des perquisitions pour les délits punis d'au moins trois ans d'emprisonnement, pour ne citer qu'une seule des nouvelles hypothèses, n'a par exemple pas été retoquée)⁴⁸⁵⁰ mais aussi dans des domaines civils ou administratifs évoqués précédemment,⁴⁸⁵¹ le domaine de principe du juge des libertés et de la détention demeure avant tout celui de la détention provisoire.⁴⁸⁵²

922. À l'heure actuelle, conformément à l'article 137, al. 1 du Code de procédure pénale, toute personne mise en examen (ce qui suppose qu'une instruction soit ouverte), présumée innocente, demeure en principe libre. Selon les alinéas 2 et 3 de cette même disposition, la détention n'est envisageable qu'à titre exceptionnel et « *subsidaire* » dès lors que les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique apparaissent insuffisantes pour préserver les nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté.⁴⁸⁵³ Le législateur a ici réservé le rôle décisif en matière de détention provisoire avant tout au juge des libertés et de la détention.⁴⁸⁵⁴ Comme tous juges, sauf cas exceptionnels, celui-ci intervient à la demande d'une partie.⁴⁸⁵⁵ S'agissant de la partie civile, celle-ci n'est plus autorisée à très juste titre à intervenir en matière de détention provisoire depuis la loi du 26 novembre 1955, sa présence n'étant justifiée qu'en vue de la réparation, tandis que les questions d'ordre public ou le risque de récidive ne la concernent pas.⁴⁸⁵⁶ Restent donc ici le procureur, qui le plus souvent sera à l'origine d'une demande de détention

⁴⁸⁴⁹ V. CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice.

⁴⁸⁵⁰ Nouvel art. 76 CPP. V. à ce sujet not. art. 49 V de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice de même que FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* ; JACQUIN, Jean-Baptiste, « Réforme de la justice partiellement censurée », *Le Monde*, 23.03.2019, *art. cit.*, p. 12.

⁴⁸⁵¹ V. à ce propos not. n° 780, p. 684 et s. de cette thèse.

⁴⁸⁵² MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, *art. cit.*, p. 1494 et s.

⁴⁸⁵³ V. à ce sujet p. ex. LEROY, Jacques, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 503, n° 794.

⁴⁸⁵⁴ V. sur ce point e.a. PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 772-773, n° 841.

⁴⁸⁵⁵ En ce sens not. MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, *art. cit.*, p. 1494 et s.

⁴⁸⁵⁶ *Ibid.*

provisoire, ou le mis en examen, qui, de son côté sollicitera sa mise en liberté.⁴⁸⁵⁷ Toutefois, le légiférant a souhaité conserver un rôle, si non principal, du moins important du magistrat instructeur, qui dispose d'une connaissance plus approfondie du dossier, afin que son opinion en matière de détention provisoire, puisse être prise en compte.⁴⁸⁵⁸ En conséquence, il a été ici prévu que le parquetier ne saisisse pas directement le juge des libertés et de la détention mais bien plus adresse sa requête à son collègue de l'instruction, qui décidera ensuite de la saisine du juge des libertés et de la détention, cette dernière étape étant possible – même si elle reste plus rare – également sur sa propre initiative.⁴⁸⁵⁹ Cela n'empêche pas que la décision finale de placement en détention reste bien entre les mains du seul juge des libertés et de la détention, qui dispose, de surcroît, de la possibilité d'intervenir en cas d'une demande de mise en liberté.⁴⁸⁶⁰

923. La détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que dans des conditions strictes et lorsqu'est encourue une peine criminelle ou une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement, ou dans l'hypothèse de violation des obligations du contrôle judiciaire, dans quel cas la durée de la peine d'emprisonnement encourue sera alors indifférente (art. 143-1 CPP). À côté de la condition de subsidiarité (v. art. 137 al. 3 CPP), la détention provisoire nécessite que les exigences strictes de l'article 144 du Code de procédure pénale soient réunies. Elle doit en conséquence répondre au minimum à l'un des sept objectifs qui y sont énumérés, à savoir la conservation d'éléments probatoires, la nécessité d'empêcher des pressions sur des témoins, des victimes ou leur famille, la prévention de concertation frauduleuse entre les personnes dont l'implication est présumée, la protection du mis en examen, la garantie du maintien de ce dernier à la disposition de la justice, la nécessité de mettre fin à l'infraction ou d'éviter le risque de récidive ou encore l'impératif de faire cesser un 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. Dans cette dernière hypothèse, le législateur vint préciser, à la suite du scandale de l'affaire Outreau, que le trouble retenu ne saurait résulter du « *seul*

⁴⁸⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁸⁵⁹ V. à ce propos not. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 777, n° 847.

⁴⁸⁶⁰ V. not. MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, *art. cit.*, p. 1494 et s.

retentissement médiatique » d'une affaire et exclure la référence à cette finalité en matière délictuelle.⁴⁸⁶¹

924. Dans la logique actuelle, le magistrat instructeur est essentiellement « *une courroie de transmission* » en ce qui concerne le placement en détention provisoire de la personne mise en examen.⁴⁸⁶² S'il souhaite recourir à cette mesure, il est, tenu de saisir le juge des libertés et de la détention d'une ordonnance motivée et de lui transmettre le dossier accompagné des réquisitions du procureur de la République (art. 137-1 al. 4 CPP). Dans l'hypothèse où, saisi des réquisitions du parquet, le magistrat instructeur choisit de ne pas saisir le juge des libertés et de la détention, il doit alors statuer par ordonnance motivée, portée à la connaissance du procureur de la République dans les cinq jours suivant sa saisine (art. 137-4, al. 1 CPP). À défaut, le parquetier peut, dans les dix jours saisir directement la chambre de l'instruction (art. 82 al. 4 et 5 CPP). Curieusement, le législateur a autorisé dans ce dernier cas de figure, avec la loi du 9 mars 2004, quand il s'agit de crimes ou de délits punis de dix ans d'emprisonnement, le ministère public à saisir alors directement le juge des libertés et de la détention de réquisitions aux fins de placement en détention provisoire (art. 137-4, al. 2 CPP). Cette disposition offre une chance supplémentaire au ministère public souhaitant obtenir une détention provisoire qui va à notre sens clairement à l'encontre de la volonté législative jusqu'alors exprimée de cantonner les recours à cette mesure privative de liberté pour la rendre exceptionnelle.⁴⁸⁶³ Cette disposition met bien plus en évidence la crainte latente d'un trop grand « *laxisme* » potentiel du juge d'instruction, voire de celui supposé de la chambre de l'instruction.⁴⁸⁶⁴ Il s'agit ni plus ni moins d'un renversement de perspective entraîné par des velléités répressives en entière contradiction avec le caractère prétendument « *exceptionnel* » de la mesure.⁴⁸⁶⁵

925. Lorsqu'il est saisi, le juge des libertés et de la détention fait comparaître devant, lui la personne mise en examen, assistée de son avocat et lui indique s'il envisage de la placer en détention provisoire après avoir, s'il l'estime nécessaire, recueilli ses observations (art. 145, al. 1 et 2 CPP). Si tel n'est pas le cas, le magistrat peut placer l'intéressé sous contrôle judiciaire

⁴⁸⁶¹ LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 504, n° 797.

⁴⁸⁶² BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 157.

⁴⁸⁶³ En ce sens not. GUÉRY, Christian, « Une détention provisoire exceptionnelle... mais souhaitable », *AJP*, n° 6, 2004, p. 238 et s. ; BEN KEMOUN, Laurent, « Modestes propositions pour limiter la détention provisoire, cette autre addiction française », *Rec. Dal.*, 16-2013, *art. cit.*, p. 1080.

⁴⁸⁶⁴ V. GUÉRY, Christian, « Une détention provisoire exceptionnelle... mais souhaitable », *AJP*, 6-2004, *art. cit.*, p. 238 et s.

⁴⁸⁶⁵ *Ibid.*

(art. préc. al. 3). Dans le cas où il envisage le placement en détention provisoire, le juge des libertés et de la détention informe la personne concernée que cette mesure ne peut intervenir qu'à l'issue d'un débat contradictoire et qu'elle a le droit de demander un délai pour préparer sa défense (art. préc. al. 4). L'avocat, commis d'office en cas d'empêchement, doit être présent à ce débat (art. préc. al. 5), qui aura lieu, dans la mesure où la personne concernée est majeure, en principe en audience publique, le parquet ou le mis en examen disposant cependant de la possibilité de s'opposer à cette publicité selon les modalités des articles 706-73 et 706-73-1 du Code de procédure pénale (art. 145, al. 6 CPP). En vertu de l'art. 706-71 du CPP encore en vigueur au moment du dépôt de cette thèse, il est par ailleurs permis de recourir à une visio-conférence dans la mesure où celle-ci est nécessaire, l'utilisation de cette technologie ne devant toutefois pas devenir la règle puisque l'échange verbal en présence des différents protagonistes demeure assurément une meilleure garantie du principe du contradictoire.⁴⁸⁶⁶ C'est d'ailleurs ce qu'est venu rappeler le Conseil des sages en censurant pour partie les dispositions prévues par le légiférant à ce sujet dans la dernière loi de programmation 2018-2022 en ce qu'elles imposaient le recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle à l'intéressé, sans être justifiées par des risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion. En ce sens, ces règles portaient « *une atteinte excessive aux droits de la défense* ». ⁴⁸⁶⁷ Le nouvel article 706-71 du Code de procédure pénale, qui entrera en vigueur au 1^{er} juin prochain, prévoit donc en considération de cette jurisprudence que le recours à la visio-conférence sera facilité dans le contentieux de la détention provisoire à l'exception de la première comparution, dans le cadre de laquelle le mis en examen a le droit de la refuser dès lors que son transport ne présente pas de risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion.⁴⁸⁶⁸ Corrélativement, l'intéressé devra faire connaître son refus selon les conditions de moments ou de délais prévus (art. 706-71-1 CPP à venir).⁴⁸⁶⁹ Si le mis en examen, ou son avocat, émet le souhait de disposer d'un délai pour préparer sa défense, le juge des libertés et de la détention diffère l'audience avant de faire comparaître l'intéressé à nouveau devant lui (art. 145 al. 7 et 8 CPP). Il pourra alors faire incarcérer de nouveau la personne pour une

⁴⁸⁶⁶ V. not. LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 506, n° 802.

⁴⁸⁶⁷ CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, ici spéc. al. 234. V. à ce propos égal. JACQUIN, Jean-Baptiste, « Réforme de la justice partiellement censurée », *Le Monde*, 23.03.2019, *art. cit.*, p. 12.

⁴⁸⁶⁸ BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.*, n° 36.

⁴⁸⁶⁹ Sur ce point égal. *ibid.*

durée maximale de quatre jours qui s'imputera le cas échéant sur la durée de la détention provisoire (art. préc. al. 8). La décision de placement sous le régime de la détention provisoire est prise immédiatement après le débat contradictoire et doit comporter « *l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et le motif de la détention par référence aux seules dispositions des articles 143-1 et 144* » (137-3 CPP). À noter que les obligations de motivation prévues à l'article 137-3 du Code de procédure pénale s'étendent à compter du 1^{er} juin 2019 explicitement à l'assignation à résidence avec surveillance électronique.⁴⁸⁷⁰ Le juge doit ici être précis et ne peut se contenter d'une motivation de principe par la seule référence au texte de loi.⁴⁸⁷¹ Il devra bien plus avancer les raisons concrètes qui justifient l'insuffisance du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique afin de s'assurer du caractère subsidiaire de la mesure voulue par le législateur.⁴⁸⁷² L'ordonnance de placement en détention provisoire pourra être contestée par le biais d'un appel non suspensif sur le fondement de l'article 186 du Code de procédure pénale dans le cadre duquel la chambre de l'instruction sera appelée à statuer au plus tard dans les dix jours suivant l'appel (art. 194 dernier al. CPP) ou au moyen d'un « référé-liberté » selon l'art. 187-1 du CPP. Ce dernier dispositif, instauré par la loi du 24 août 1993 dans le but d'accélérer l'examen du recours formé par la personne détenue,⁴⁸⁷³ suppose que l'appel contre l'ordonnance de placement ait été interjeté au plus tard le jour suivant cette décision (art. préc. al. 1). Dans cette hypothèse, le mis en examen ou le parquetier peut requérir du président de la chambre de l'instruction, parallèlement à l'appel formé devant la chambre de l'instruction à peine de nullité, d'examiner aussitôt l'appel sans attendre l'audience devant la chambre de l'instruction (art. préc.). Celui-ci statuera alors au plus tard dans les trois jours ouvrables suivant la requête par une ordonnance non motivée et insusceptible de recours (art. préc. al. 2). Il pourra à cet égard infirmer l'ordonnance du juge des libertés et de la détention et ordonner la remise en liberté du mis en examen (art. préc., al. 3 et s.). La personne qui fait appel a également la possibilité

⁴⁸⁷⁰ V. à ce sujet not. art. 54 IV de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice de même que FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.*

⁴⁸⁷¹ V. not. STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 785, n° 901 ; LEROY, Jacques, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 507, n° 802.

⁴⁸⁷² Cass. crim., déc. du 16.07.1997, n° 97-82.539, publiée au *bull.*, n° 273, p. 933 ; Cass. crim., déc. du 26.02.2008, n° 07-88.336, publiée au *bull.* n° 50, p. 228.

⁴⁸⁷³ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 788, n° 904. Cette loi fut ensuite modifiée comme il a été évoqué plus haut par la loi du 30 déc. 1996, v. n° 918, p. 810.

de demander, à l'occasion de son référé-liberté, que son recours soit examiné directement par la chambre de l'instruction qui statuera dans cette hypothèse au plus tard le cinquième jour ouvrable qui suit la demande (art. 187-2 CPP).

926. Dans la mesure où elle est provisoire, la détention ne peut excéder un délai raisonnable (art. 144-1 al. 1 CPP) et est nécessairement limitée aux fins de réaliser des investigations menées par le juge d'instruction, ce qui exclut son usage pour faire pression sur le mis en examen.⁴⁸⁷⁴ Sa durée maximale s'oriente d'abord selon la nature des faits reprochés au mis en examen (criminels ou délictueux), ensuite, d'après l'état de récidive légale ou non et enfin en fonction de l'avancée des investigations.⁴⁸⁷⁵ En matière criminelle, la détention provisoire pourra être décidée initialement en principe pour une durée maximale d'un an (art. 145-2, al. 1^e, 1^e phrase CPP). Néanmoins, le juge des libertés et de la détention peut prolonger cette durée pour six mois, après débat contradictoire, dans la limite de deux ans lorsque la peine encourue est inférieure à vingt ans de réclusion ou de détention criminelle (dix ans et moins) et de trois ans dans les autres cas (art. préc. al. 1 et 2). Cette durée peut même être portée à quatre ans en cas de crime commis hors du territoire national ou pour les crimes en matière de trafic de stupéfiants, de terrorisme, de proxénétisme, d'extorsion de fonds ou pour un crime commis en bande organisée (art. préc. al. 2 *in fine*). Par ailleurs, la chambre de l'instruction peut, à titre exceptionnel, lorsque les investigations se poursuivent et que la mise en liberté de la personne mise en examen causerait un risque d'une particulière gravité pour la sécurité des personnes et des biens, prolonger la durée de la détention provisoire de quatre mois supplémentaires et renouveler sa décision une fois (art. préc. al. 3). En matière correctionnelle, le mandat initial ne peut excéder quatre mois si le mis en examen n'a pas déjà été condamné pour crime ou délit de droit commun à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée supérieure à un an et s'il n'encourt pas une peine d'emprisonnement de plus de cinq ans (art. 145-1, al. 1 CPP). Dans le cas contraire, la durée de la détention peut faire l'objet de prolongations de quatre mois prononcées par le juge des libertés et de la détention sur saisine du juge d'instruction (art. préc. al. 2). Dans cette hypothèse, la durée totale de la détention ne peut excéder un ou deux ans si l'infraction a été commise hors du territoire national, en matière de trafic de stupéfiants, association de malfaiteurs,

⁴⁸⁷⁴ V. à ce propos not. DAVY, Miranda, « Détention provisoire et surpopulation carcérale », *AJP*, n° 7-8, 2018, p. 342.

⁴⁸⁷⁵ V. *ibid.*

proxénétisme, extorsion de fonds ou pour une infraction commise en bande organisée et si le mis en examen encourt une peine de dix ans d'emprisonnement (art. préc.). Enfin, à l'issue de ces deux années de détention provisoire, la chambre de l'instruction peut, à titre exceptionnel, lorsque les investigations se poursuivent, et que la mise en liberté de la personne mise en examen causerait un risque d'une particulière gravité pour la sécurité des personnes et des biens, prolonger la durée de la détention provisoire de quatre mois supplémentaires (art. préc. al. 3). Quelle que soit l'hypothèse, la loi exige que la décision prorogeant la durée de détention au-delà de la durée d'un an en matière criminelle, ou de huit mois en matière délictuelle, comporte les indications particulières qui justifient la poursuite de l'information et le délai prévisible d'achèvement de la procédure (art. 145-3 CPP).

927. Concernant la question de la remise en liberté, le juge des libertés et de la détention n'est pas le seul investi du pouvoir de prononcer cette mesure.⁴⁸⁷⁶ Il partage bien plus cette prérogative avec le magistrat instructeur, auquel le détenu doit adresser sa requête de mise en liberté (art. 148, al. 1 CPP), et la chambre de l'instruction, à laquelle la haute juridiction reconnaît le pouvoir d'apprécier souverainement l'estimation de la durée de la détention provisoire afin de ne pas dépasser le délai raisonnable⁴⁸⁷⁷.⁴⁸⁷⁸ Ici encore, il ne dispose d'aucune initiative et il ne pourra libérer un détenu que s'il est préalablement saisi de cette question par le magistrat instructeur.⁴⁸⁷⁹ Indépendamment de l'existence d'une requête en ce sens de l'intéressé, le juge d'instruction doit gérer les détentions provisoires qui concernent son cabinet, s'assurer que les délais maximaux de détention ne sont pas atteints et que les conditions des art. 144 et s. du Code de procédure pénale sont bien toujours réunies afin d'éviter toute détention provisoire arbitraire, cette obligation s'étendant également aux personnes mises en examen mineures dont la durée de détention provisoire peut différer de

⁴⁸⁷⁶ V. à ce propos not. MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, art. cit, p. 1494 et s. ; GUÉRY, Christian, « Le nouveau JLD : premiers problèmes pratiques », *Gaz. Pal.*, 253-2000, art. cit., p. 2 et s.

⁴⁸⁷⁷ V. not. Cass. crim., déc. du 03.06.2003, n° 03-81.389, publiée au *bull.* n° 111, p. 432.

⁴⁸⁷⁸ V. not. MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, art. cit, p. 1494 et s.

⁴⁸⁷⁹ V. GUÉRY, Christian, « Le nouveau JLD : premiers problèmes pratiques », *Gaz. Pal.*, 253-2000, art. cit., p. 2 et s. ; MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, art. cit, p. 1494 et s. ; LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, art. cit., p. 11, n° 7.

celle des détenus majeurs⁴⁸⁸⁰.⁴⁸⁸¹ Toutefois, s'il peut décider de mettre l'intéressé en liberté à sa demande ou d'office après avis du procureur avec ou sans contrôle judiciaire (dans ce dernier cas assorti des obligations particulières prévues à l'art. 147 CPP), il est en revanche tenu, lorsqu'il est saisi d'une demande de mise en liberté ou que la question de la prolongation de la détention se pose, de communiquer sans délai le dossier au procureur de la République aux fins de réquisitions, puis de transmettre le dossier au juge des libertés et de la détention dans les cinq jours suivant la communication au parquet, avec son avis motivé, par voie d'ordonnance (art. 148 CPP). À noter qu'il demeure possible pour le procureur, dans l'hypothèse d'une décision de remise en liberté (cela est en revanche exclu dans le cas d'une prolongation) contraire à ses réquisitions, d'interjeter appel devant le greffier du juge des libertés et de la détention (ou du juge d'instruction), en saisissant en même temps le premier président de la cour d'appel en vertu des art. 148-1-1 et 187-3 du Code de procédure pénale d'un référé-détention, qui pourra le cas échéant suspendre les effets de l'ordonnance de mise en liberté rendue précédemment jusqu'à ce que la chambre de l'instruction ait statué sur la question, affaiblissant de la sorte le rôle tant du juge des libertés et de la détention que, dans le cas échéant, de son collègue de l'instruction.⁴⁸⁸² De même, dans le cas où le juge des libertés et de la détention ne statue pas dans le délai de trois jours ouvrables qui lui est imparti, tant le parquetier que la personne détenue, peuvent saisir la chambre de l'instruction qui est alors tenue de se prononcer dans un délai de vingt jours, à défaut duquel l'intéressé est mis d'office en liberté (art. 148 dern. al. CPP). Ce dernier peut également saisir directement la chambre de l'instruction de sa demande de mise en liberté lorsqu'un délai de quatre mois s'est écoulé depuis sa dernière comparution devant le magistrat instructeur sans que celui-ci ait rendu d'ordonnance de règlement (art. 148-4 CPP). Bien entendu, ces dispositions ne s'opposent pas à la compétence propre de la chambre de l'instruction de mettre en liberté une personne, dont elle estime la détention injustifiée ou inutile, cette juridiction étant investie en vertu de l'art. 221-3 II du Code de procédure pénale d'une véritable mission de contrôle sur les placements en détention provisoire. Ses compétences ne se limitent d'ailleurs pas au pouvoir

⁴⁸⁸⁰ V. s'agissant des délais particuliers applicables pour la détention provisoire de mineurs l'exposé détaillé de GUÉRY, Christian et CHAMBRON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, op. cit., p. 585-587, n° 434.81 et s.

⁴⁸⁸¹ BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal.*, art. cit., n° 159.

⁴⁸⁸² En ce sens not. MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, art. cit, p. 1494 et s.

d'ordonner la mise en liberté, mais elle dispose bien plus de très larges prérogatives au titre desquelles elle peut aussi prononcer la nullité d'actes ou procéder selon les articles 201 à 205 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire évoquer partiellement le dossier, renvoyer ce dernier au juge en lui prescrivant d'accomplir certains actes, désigner un ou plusieurs magistrats instructeurs, voire dessaisir le juge pour en désigner un autre ou encore procéder au règlement partiel ou total de la procédure.⁴⁸⁸³

928. À l'issue de la procédure, et sauf en cas de non-lieu qui, de fait, emporte libération immédiate de la personne mise en examen, la détention provisoire est en principe maintenue jusqu'à comparution devant la Cour d'assises en matière criminelle (art. 181 al. 7 CPP) ou bien, en matière délictuelle sous certaines conditions, jusqu'à comparution devant le tribunal correctionnel (art. 179 CPP). En effet, en matière correctionnelle l'ordonnance de renvoi du magistrat instructeur met en principe fin à la détention provisoire, sauf si ce juge ordonne son maintien (art. 179 al. 2 et 3 CPP). Dans ce dernier cas de figure, il est tenu de rendre une ordonnance distincte et motivée par référence aux éléments de l'espèce en vue d'empêcher une pression sur les témoins ou les victimes, de prévenir le renouvellement de l'infraction, de protéger le prévenu ou garantir son maintien à la disposition de la justice (art. préc. al. 3). Cette obligation de motivation n'oblige selon la haute juridiction toutefois pas le juge d'instruction à répondre à l'argumentation formulée par l'avocat du mis en examen puisque la décision non contradictoire peut être, en tout état de cause, déférée à la chambre de l'instruction.⁴⁸⁸⁴ Cette ordonnance, susceptible d'appel, cesse de produire ses effets à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du renvoi si l'affaire n'a pas été appelée devant le tribunal correctionnel (art. préc. al. 4). En matière criminelle, le mandat de dépôt continue à produire ses effets jusqu'au jugement de l'accusé par la Cour d'assises, sauf si l'accusé n'a pas comparu dans le délai d'un an à compter de la date à laquelle la décision de mise en accusation est devenue définitive (art. 181 al. 7 et 8 CPP).

929. Enfin, nous préciserons, à côté des règles générales en matière de responsabilité des magistrats qui trouvent aussi application,⁴⁸⁸⁵ la possibilité en cas de détention arbitraire, d'engager la responsabilité pénale des magistrats ayant ordonné ou toléré sciemment une

⁴⁸⁸³ STEFANI, Gaston et al., *Procédure pénale, op. cit.*, p. 844, n° 965.

⁴⁸⁸⁴ Cass. crim., déc. du 20.12.2017, n° 17-85.882, publiée au *bull.*

⁴⁸⁸⁵ V. à ce propos not. n° 596 et s., p. 536 et s. Pour plus de précisions sur ce point particulier dans le cadre de l'instruction, v. égal. BELFANTI, Ludovic, « Le JI », dans *Rép. dr. pén. et proc. pén. Dal., art. cit.*, n° 260-274.

telle mesure, le caractère arbitraire étant retenu dès lors que la personne concernée a été retenue pendant plus de 24 heures sans avoir été interrogée (art. 126 CPP).⁴⁸⁸⁶

930. S'appuyant sur les derniers chiffres publiés par le ministère de la Justice, une auteure constatait qu'au 1^{er} avril 2018, le nombre de personnes incarcérées s'élevait à 70 394, pour une capacité de 59 459 places opérationnelles.⁴⁸⁸⁷ Sur ces 70 394 personnes, 20 852 étaient en détention provisoire, soit 29,6 % des détenus, ce qui équivaut à un peu moins d'un tiers des personnes incarcérées.⁴⁸⁸⁸ À cet effet, il convient de garder présente à l'esprit la distinction entre les détenus provisoires (lorsque l'information judiciaire est en cours) des « détenus prévenus », renvoyés devant la juridiction de jugement mais non jugés définitivement (instruction close avec ordonnance de maintien en détention jusqu'à comparution), pour comprendre la très forte problématique des délais d'audience.⁴⁸⁸⁹ En effet, les juges d'instruction interrogés pour les besoins de cette thèse identifièrent l'encombrement des assises et les délais d'audience en résultant comme l'une des causes principales de la durée anormalement longue des détentions, selon eux souvent imputée à tort à la procédure d'instruction ou au juge des libertés et de la détention.⁴⁸⁹⁰ Ce problème, loin d'échapper au législateur poussa le ministère de la Justice récemment, après la remise en liberté à la suite du dépassement des délais raisonnables de détention dans plusieurs affaires très largement médiatisées de personnes accusées de crimes et condamnées en première instance à des peines de réclusion criminelle, à dédier une circulaire à la question cependant trop récente pour que l'on puisse en juger ses effets.⁴⁸⁹¹ L'énoncé de ces seuls éléments alerte déjà sur l'ampleur du phénomène de la détention provisoire en

⁴⁸⁸⁶ V. sur ce point not. BAILLET, Francis, « Le JI : une institution en sursis ? », *Gaz. Pal.*, 14-2006, *art. cit.*, p. 2 et s., sous I, B, 2.

⁴⁸⁸⁷ DAVY, Miranda, « Détention provisoire et surpopulation carcérale », *AJP*, 7/8-2018, *art. cit.*, p. 341.

⁴⁸⁸⁸ *Ibid.* Ces chiffres correspondent égal. au constat établi par la Commission de suivi de la détention provisoire (CSDP) créée par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes (v. spéc. art. 72) et le décret n° 2001-709 du 31 juil. 2001, v. CSDP, « Rapport, suivi de la détention provisoire », Paris, Ministère de la justice, 2018 2017, p. 1-2 concernant l'instauration de cette commission. Pour les chiffres évoqués préc., v. spéc. p. 5, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/le-ministere-de-la-justice-10017/direction-des-affaires-criminelles-et-des-graces-10024/rapport-2018-de-la-commission-de-suivi-de-la-detention-provisoire-31664.html>, consulté dernièrement le 18.01.2019.

⁴⁸⁸⁹ Sur ce problème not. DAVY, Miranda, « Détention provisoire et surpopulation carcérale », *AJP*, 7/8-2018, *art. cit.*, p. 341.

⁴⁸⁹⁰ C'est ce qui ressortit clairement de l'entretien informel pour les besoins de cette thèse, mené not. avec l'ancienne juge d'instruction Magali Lafourcade.

⁴⁸⁹¹ V. not. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Circulaire du 11 mai 2017 relative à l'audience des procédures criminelles (NOR : JUSD1714291C) », *BOMJ*, n° 05, 37.05 2017, p. 1-10, spéc. p. 1, en ligne : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSD1714291C.pdf, consultée dernièrement le 19.01.2019.

France, celle-ci étant d'autant plus inquiétante que la commission spécialement chargée du suivi de la détention provisoire mise en place en 2001 pour contrôler les abus de détention provisoire soulignait dans son dernier rapport la difficulté de trouver à cet égard des données statistiques fiables et interprétables, ce qui la réduisait souvent à des approximations.⁴⁸⁹² La détention provisoire étant en lien étroit avec les mesures de garde à vue, dans le sens où celle-ci est souvent le préalable de toute mesure restrictive de liberté, elle rappelait d'abord qu'en ordre de grandeur, pour l'année 2015 (l'année la plus récente pour laquelle elle disposait en 2018 de l'ensemble des renseignements nécessaires à son évaluation), sur 1,1 million de personnes mises en cause, environ 350.000 ont été placées en garde à vue, dont un peu plus de 80.000 pour une durée supérieure à 24 heures.⁴⁸⁹³ Quant au nombre de personnes incarcérées avant jugement, elle l'estimait pour cette même année de référence, d'après les statistiques policières concernant les « personnes placées sous écrou », à près de 35.000, non sans déplorer le manque de fiabilité de ces chiffres dû à la variabilité de la définition de cette catégorie.⁴⁸⁹⁴ Quant à la durée de la détention provisoire, elle était tout aussi alarmante alors que la commission ne cesse chaque année de dénoncer son augmentation régulière.⁴⁸⁹⁵ Si l'on se reporte ici aux condamnations après détention provisoire dont le chiffre absolu s'élevait en 2017 à 33.298 (dont 1.630 pour crimes et 31.652 pour délits), la durée moyenne de la détention provisoire en matière criminelle était de 28 mois et de 4,2 mois en matière délictuelle, ce qui est énorme.⁴⁸⁹⁶ À titre comparatif, l'Allemagne comptait pour l'année 2017 29.548 détentions provisoires parmi lesquelles seules 1.898 dépassaient 1 an de détention et 5.942 étaient comprises entre 6 mois et 1 an, ce qui amène au constat que seuls 26,5 % des détentions provisoires dépassaient une durée de 6 mois pour l'année 2017.⁴⁸⁹⁷ Le rapport de

⁴⁸⁹² Sur ces difficultés v. not. CSDP, « Rapport, suivi de la détention provisoire », Ministère de la justice, 2017-2018, *rap. préc.*, p. 5-6, 12-13 et 14.

⁴⁸⁹³ *Ibid.*, p. 18

⁴⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁹⁵ *Ibid.* p. 31 et s.

⁴⁸⁹⁶ Concernant les détentions délictuelles, pour celles décidées dans le cadre d'une instruction (16.490), la durée moyenne était de 7,7 mois contre 0,4 mois pour les détentions décidées dans le cadre d'une comparution immédiate (soit environ 12 jours), v. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.18.

⁴⁸⁹⁷ STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafverfolgung - Fachserie 10 Reihe 3 - 2017*, Destatis, Wiesbaden, 2018, p. 380-381, tableau 6.1, en ligne :

<[https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/_inhalt.html;jsessionid=D5B67ACDA7F6069704EB9DD4E20D7426.internet732#sprg235918)

[Rechtspflege/_inhalt.html;jsessionid=D5B67ACDA7F6069704EB9DD4E20D7426.internet732#sprg235918](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/_inhalt.html;jsessionid=D5B67ACDA7F6069704EB9DD4E20D7426.internet732#sprg235918)>, consulté dernièrement le 19.01.2019.

la commission d'Outreau avait déjà relevé cette supériorité du système germanique en matière de contrôle de la décision concernant cette mesure, d'autant plus remarquable que le Code de procédure pénale allemand ne prévoit aucune limite absolue à la durée de la détention pour mieux pouvoir s'adapter aux cas d'espèce.⁴⁸⁹⁸ En effet, conformément au § 121 al. 1 StPO, le délai de détention ne peut en principe pas excéder 6 mois. Il pourra toutefois être prolongé par la Cour régionale supérieure de 6 mois en 6 mois jusqu'au jugement si une raison majeure, des difficultés ou l'ampleur particulière des investigations le justifient (v. §§ 121, 122 StPO). La Cour Constitutionnelle a toutefois pris la peine de préciser qu'une détention provisoire de plus d'un an ne pouvait être décidée que dans des « *circumstances d'espèce très exceptionnelles* ». ⁴⁸⁹⁹ Le rapport de la commission d'Outreau avait, selon nous à juste titre, attribué ce succès moins au juge de l'enquête, dont nous avons révélé les nombreuses insuffisances, qu'au contrôle minutieux de la cour supérieure régionale (qui correspond à la cour d'appel) prévu au § 122 StPO en cas de prolongation de la détention provisoire.⁴⁹⁰⁰ Le problème demeure à notre sens toutefois qu'un tel contrôle par cette juridiction supérieure, s'il est assurément efficace, n'est pas la règle pour la vérification de l'ensemble des mesures d'investigation, mais bien plus l'exception, comme nous l'avons dénoncé dans nos développements précédents,⁴⁹⁰¹ ce qui pourrait expliquer en partie les défaillances relevées concernant le contrôle des autres actes d'investigation.

931. Par ailleurs, la commission de suivi de la détention provisoire critiquait pareillement le fait que les éléments qui permettaient de 2002 à 2012, de rendre compte de l'intervention des juges des libertés et de la détention, étaient désormais inaccessibles.⁴⁹⁰² Elle n'était en conséquence qu'en mesure de se fonder sur les auditions de certains de ces magistrats qu'elle avait menées à cet effet afin de récolter des données concernant leur cabinet ou leur juridiction.⁴⁹⁰³ En prenant connaissance des résultats de celles-ci, les juges des libertés et de

⁴⁸⁹⁸ HOUILLON, Philippe, « Juger après Outreau », n° 3125, 2006, *rap. préc.*, p. 344-349 ; concernant l'absence de délai absolu fixe, v. e. a. égal. MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « § 121 StPO », dans *StPO-Ko., op. cit.*, n° 1.

⁴⁸⁹⁹ „Ein Vollzug von U-Haft von mehr als 1 J. bis zum Beginn der Hauptverhandlung oder dem Erlaß des Urteils kann nur in ganz besonderen Ausnahmefällen als gerechtfertigt angesehen werden“, v. BVerfG, déc. du 05.12.2005 - 2 BvR 1964/05, reproduite dans *StV*, 2-2006, p. 73 - 81, ici spéc. p. 78.

⁴⁹⁰⁰ HOUILLON, Philippe, « Juger après Outreau », n° 3125, 2006, *rap. préc.*, p. 347

⁴⁹⁰¹ Se rapporter à ce propos not. aux dév. aux n° 665-666, p. 589 et s. de cette thèse.

⁴⁹⁰² CSDP, « Rapport, suivi de la détention provisoire », Ministère de la justice, 2017-2018, *rap. préc.*, p. 22.

⁴⁹⁰³ *Ibid.*, p.23.

la détention interrogés exprimèrent leur surprise de constater le caractère relativement systématique de la délivrance du mandat de dépôt, dès lors qu'ils sont saisis d'une demande de placement en détention provisoire.⁴⁹⁰⁴ Ainsi pour la période 2001-2011 cela était-il le cas environ neuf fois sur dix.⁴⁹⁰⁵ Concernant l'utilisation du référé-liberté et du référé-détention, les données statistiques actuelles faisaient également défaut et empêchaient de ce fait un suivi sérieux.⁴⁹⁰⁶ Dans le cadre de l'instruction, il n'était en revanche pas constaté de changement notable par rapport à 2015 avec un total de 15 800 mandats de dépôt, soit un taux de 50 % des personnes mises en examen.⁴⁹⁰⁷ Il demeure toutefois possible de remarquer pour l'année 2016 un recours proportionnellement plus important à la détention provisoire dans le cadre des instructions que lors des années 1990-2000, tout en relevant une nette diminution de son nombre absolu, conséquence directe de l'érosion de l'instruction.⁴⁹⁰⁸ En effet, depuis la mise en œuvre de la procédure de comparution immédiate (art. 393 et s. CPP), la part des affaires faisant l'objet d'une procédure d'information s'est largement réduite, même si ce cadre juridique de l'avant-procès reste obligatoire en matière criminelle.⁴⁹⁰⁹ Par ailleurs, il convient de tenir compte du fait que le tribunal correctionnel (ou le juge des libertés et de la détention saisi par le procureur le cas échéant) peut, dans le cadre d'une comparution immédiate, accorder au prévenu, à sa demande, le temps nécessaire pour préparer sa défense, dans quel cas il peut alors décider de placer celui-ci en détention provisoire jusqu'à l'examen au fond de l'affaire dans un délai fixé par la loi (v. art. 396 et 397-1 CPP). Si les durées moyennes de détention sont dans ces cas de figures beaucoup plus courtes (environ 12 jours pour l'année 2017),⁴⁹¹⁰ les inconvénients de la détention et ses conséquences préjudiciables pour le prévenu n'en restent pas moins considérables et graves au niveau psychologique,

⁴⁹⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁰⁵ CSDP, « Rapport 2013, suivi de la détention provisoire », Ministère de la justice, 2014, p. 54-55, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_csdp_2013.pdf>, consulté dernièrement le 19.01.2019. Établissant un constat similaire égal. MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, *art. cit.*, p. 1494 et s. ; LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 11, n° 6 ; HOUILLON, Philippe, « Juger après Outreau », n° 3125, 2006, *rap. préc.*, p. 262.

⁴⁹⁰⁶ CSDP, « Rapport, suivi de la détention provisoire », Ministère de la justice, 2017-2018, *rap. préc.*, p. 23.

⁴⁹⁰⁷ *Ibid.*, p.21.

⁴⁹⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁰⁹ V. not. DAVY, Miranda, « Détention provisoire et surpopulation carcérale », *AJP*, 7/8-2018, *art. cit.*, p. 341.

⁴⁹¹⁰ V. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Les chiffres-clés de la justice 2018 », 2018, *rap. préc.*, p.18.

social, et juridique⁴⁹¹¹ raison pour laquelle les dernières données statistiques, qui marquent une tendance à l'augmentation du nombre de détentions provisoires prononcées dans le cadre de la comparution immédiate, alors qu'on observe corrélativement une baisse continue du nombre de détentions dans le cadre des ouvertures d'informations judiciaires du fait de la baisse des saisines continuent d'inquiéter⁴⁹¹².

932. Ces constatations sont assurément préoccupantes, beaucoup y voyant le fait de l'inefficacité, pour ne pas dire l'inexistence, du contrôle du juge des libertés et de la détention, auquel on reproche de valider systématiquement les demandes qui lui sont adressées.⁴⁹¹³ L'affaire d'Outreau en fut l'illustration, ces magistrats ayant, à l'exception d'une personne mise en examen, toujours entériné les décisions du juge d'instruction, alors même que beaucoup d'entre elles étaient manifestement peu fondées.⁴⁹¹⁴ Pourtant, si cette critique nous semble justifiée concernant l'intervention de ce juge dans le cadre de l'enquête,⁴⁹¹⁵ ce constat ne s'applique pas dans les mêmes termes concernant la détention provisoire, l'effectivité du contrôle se vérifiant, nous semble-t-il, par le taux de décisions d'infirmer des demandes du juge d'instruction qui est loin d'être négligeable.⁴⁹¹⁶ Il est vrai, certains points de critiques (notamment concernant le manque de suivi du dossier et le contrôle sporadique de la procédure) demeurent ici pertinents.⁴⁹¹⁷ Toutefois, on constate concernant la détention, que les magistrats en charge de la décision ont mieux conscience de l'importance de cette mesure et des graves préjudices qu'elle fait encourir à la personne envers laquelle

⁴⁹¹¹ V. sur les inconvénients de la détention provisoire p. ex. PRADEL, Jean, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 770-771, n° 838 ; BEN KEMOUN, Laurent, « Modestes propositions pour limiter la détention provisoire, cette autre addiction française », *Rec. Dal.*, 16-2013, *art. cit.*, p. 1079. Pour les impacts négatifs particuliers dans le cadre de la comparution immédiate, se reporter au n° 415, p. 378 et s.

⁴⁹¹² V. sur cette évolution not. CSDP, « Rapport, suivi de la détention provisoire », Ministère de la justice, 2017-2018, *rap. préc.*, p. 20-21 ; DAVY, Miranda, « Détention provisoire et surpopulation carcérale », *AJP*, 7/8-2018, *art. cit.*, p. 341.

⁴⁹¹³ En ce sens p. ex. REBUT, Didier, « La nécessaire reconnaissance du statut du JLD (n° 209) », *JCP G*, 7-2016, *art. cit.*, p. 374 ; LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 11-12, n° 6-8 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, *art. cit.*, p. 1494 et s.

⁴⁹¹⁴ HOUILLON, Philippe, « Juger après Outreau », n° 3125, 2006, *rap. préc.*, p. 261-262

⁴⁹¹⁵ Se reporter à ce propos aux n° 786 et s., p. 692 et s.

⁴⁹¹⁶ IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s. », 2013, *rap. préc.*, p. 129.

⁴⁹¹⁷ V. sur ces aspects not. LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 11-12, n° 7-8 ; MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, *art. cit.*, p. 1494 et s. À noter que nous nous démarquons ici des conclusions de ces auteurs en ce que nous reconnaissons le rôle protecteur du JLD en matière de détention provisoire (v. la suite des développements).

elle est ordonnée.⁴⁹¹⁸ On dénote en ce sens une majorité de juges des libertés et de la détention, soucieux de bien remplir leur mission qui se livrent, à ce titre, à un véritable contrôle des demandes dont ils sont juges.⁴⁹¹⁹ Comme le confirmèrent les professionnels interrogés pour les besoins de cette thèse, le retrait du pouvoir de placer en détention au juge d'instruction fut perçu par les magistrats concernés comme une véritable délivrance et il semble que le fait de séparer cette question des investigations a permis à ces dernières de devenir beaucoup plus sereines.⁴⁹²⁰ Pour le prévenu, c'est une véritable double chance puisque, le juge d'instruction, garde, malgré la perte du pouvoir final décisionnel de placement, un rôle clef, de telle sorte que le mis en cause concerné bénéficiera du contrôle de deux magistrats du siège, garants par excellence des libertés individuelles, dont l'un connaît de manière approfondie son dossier.⁴⁹²¹ En outre si l'on considère que le constat dressé à la veille de l'an 2000 faisait état de 56.000 personnes placées en détention provisoire en 1997 et d'un taux de 36,2 % de détenus avant jugement parmi l'ensemble des personnes incarcérées,⁴⁹²² on peut retenir une baisse effective des personnes placées en détention provisoire depuis l'introduction du juge des libertés et de la détention, le taux de prévenus étant, d'après les dernières études de la commission de suivi de la détention provisoire sus-évoquées, descendu légèrement en dessous de 30 % et le chiffre absolu estimé se portant aux alentours de 35.000 détenus provisoires.

933. Que cette diminution n'ait pas été aussi importante que celle escomptée ne s'explique à l'heure actuelle, à notre sens, plus par les faiblesses de l'instruction qui ont aujourd'hui presque entièrement disparu. Le haut pourcentage de détentions provisoires dans ce segment

⁴⁹¹⁸ V. p. ex. CEAUX, Pascal, « JLD, de la difficulté d'incarcérer », *Le Monde*, 20.02.2006, *art. cit.*, p. 20.

⁴⁹¹⁹ V. not. REBUT, Didier, « La nécessaire reconnaissance du statut du JLD (n° 209) », *JCP G*, 7-2016, *art. cit.*, p. 374.

⁴⁹²⁰ V. aussi LAZERGES, Christine, « Rapport d'information sur l'évaluation de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », n° 3501, 2001, *rap. préc.*, p. 14. Le Monde faisait un constat similaire dans un art. sur le JLD, v. CEAUX, Pascal, « JLD, de la difficulté d'incarcérer », *Le Monde*, 20.02.2006, *art. cit.*, p. 20.

⁴⁹²¹ V. en ce sens p. ex. LAZERGES, Christine, « Rapport d'information sur l'évaluation de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », n° 3501, 2001, *rap. préc.*, p. 14.

⁴⁹²² V. à ce propos e. a. LAZERGES, Christine, « Rapport d'information sur l'évaluation de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », n° 3501, 2001, *rap. préc.*, p. 29 et s. ; LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, *op. cit.*, p. 22-23, n° 8, spéc. n. 30. À noter que nous ne partageons pas ici la conclusion de l'auteure qui en déduit que le nombre de détentions provisoires ne faiblit pas. Les chiffres actuels sontm nous semble-t-il en effet, bien en dessous de ceux évoqués à l'aube de l'an 2000,

procédural repose bien plus d'une part sur le fait que ce cadre d'investigation traite actuellement essentiellement de la criminalité la plus grave pour laquelle la détention apparaît difficilement évitable et, d'autre part, dans les pouvoirs attribués à d'autres acteurs, dont principalement le procureur en vertu de l'article 137-4 du CPP ou dans le cadre de la procédure de comparution immédiate dans lequel il joue, comme nous l'avons démontré plus haut un rôle décisif, à côté des prérogatives également particulières dévolues à la juridiction de jugement.⁴⁹²³ En effet, il suffit ici pour prendre la mesure de l'impact de ce phénomène de rappeler que sur les 35.000 placements en détention provisoire, seuls 15800 étaient adoptés dans le cadre d'une information.⁴⁹²⁴ Plus de la moitié étaient donc décidés en dehors de l'instruction, dans le cadre de procédures de comparution immédiate où le rôle du procureur est prépondérant et le juge d'instruction inexistant.⁴⁹²⁵ Or, comme nous l'avons démontré précédemment, l'intérêt social dont la défense lui incombe explicitement, donne une perspective assurément plus répressive à cet acteur qui nous semble pour cette raison moins à même de garantir la prise en compte de tous les intérêts au même titre que ses collègues du siège, pour lesquels aucun intérêt ne domine dès le départ pour des raisons statutaires.⁴⁹²⁶ Cette large place accordée au ministère public en matière de privation de liberté nous paraît (dans le prolongement de ce qu'il a été dit pour la garde à vue) pour ces raisons dangereuse.⁴⁹²⁷ Et, à l'image de ce qui a été préconisé pour la garde à vue, l'enseignement que peut nous apporter l'étude comparative avec l'Allemagne réside moins dans la structure de son avant-procès, que dans la plus grande modération de son système et de ses tendances, à l'heure actuelle toujours moins répressives que cela n'est le cas en France, même si l'on déplore malheureusement depuis la crise des réfugiés en 2015 un renversement progressif de perspective à la suite d'appels populistes au durcissement de la réponse pénale. Il s'agirait somme toute pour le législateur français de ne laisser aucun doute sur le caractère

⁴⁹²³ Dénonçant cet aspect not. LAMY, Bertrand (de), « Le JLD : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.*, p. 11-12, n° 6 ; GUÉRY, Christian, « Une détention provisoire exceptionnelle... mais souhaitable », *art. cit.* ; MATSOPOULOU, Haritini, « Le JLD : acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, 22-2008, *art. cit.*, p. 1494 et s. ; BEN KEMOUN, Laurent, « Modestes propositions pour limiter la détention provisoire, cette autre addiction française », *Rec. Dal.*, 16-2013, *art. cit.*, p. 1080.

⁴⁹²⁴ Se rapporter aux chiffres préc. aux n° 930-931, p. 822 et s.

⁴⁹²⁵ Sur ce point, se rapporter aux dév. n° 412 et s., p. 376 et s.

⁴⁹²⁶ V. à ce propos l'ensemble du titre 2 de la 1^e partie aux n° 175 et s., p. 195.

⁴⁹²⁷ V. à ce propos not. 2^e partie, Titre 1, Chap. 2, Sect. 1 sous § 1, B -, à partir du n° 517, p. 466 et s.

exceptionnel souhaité de la mesure, ce qui n'est en l'état du Code actuel, pas le cas.⁴⁹²⁸ Ce n'est qu'à cette condition qu'il pourra sans contradiction attendre un véritable changement de mentalité chez les professionnels concernés.⁴⁹²⁹ En consacrant les nombreuses exceptions à sa règle de principe, il a pour le moment bien plus encouragé le recours à la détention et vidé de sens le caractère en principe exceptionnel de la mesure.⁴⁹³⁰ Ainsi ne pouvons-nous que partager l'avis d'un juge des libertés et de la détention qui demandait explicitement, pour un véritable changement, de mettre fin aux prérogatives exceptionnelles en matière de détention du procureur et de modifier les délais légaux exagérément longs.⁴⁹³¹ Par ailleurs, concernant l'impact très négatif des délais d'audience et de l'encombrement aux assises sur les détentions provisoires, il est évident que la situation actuelle appelle un effort budgétaire considérable afin de mettre les moyens humains à disposition.⁴⁹³² Oui, une justice efficace et opérationnelle coûte cher, mais cet aspect est une absolue nécessité, la justice constituant un vecteur essentiel de toute cohésion sociale.⁴⁹³³

Conclusion Section II

934. En résumé, si les divers mécanismes de protection par une autorité tierce à la procédure d'information ne sont pas sans limites, les parties privées, et le témoin assisté dans une moindre mesure, disposent de possibilités de recours assurément plus nombreuses et offrant une protection beaucoup plus étendue que cela n'est le cas pour les acteurs privés, notamment s'agissant du mis en cause, au stade de l'enquête. À côté du contrôle par le biais d'une requête en nullité, également possible lors de l'enquête, ce dernier pourra également faire appel de la plupart des ordonnances du magistrat instructeur. Véritable juridiction du second degré de l'instruction et investie à cet effet de puissants pouvoirs d'évocation et de révision, la chambre de l'instruction joue un véritable rôle de régulation dont l'efficacité se

⁴⁹²⁸ V. en ce sens not. l'ens. des réf. préc. en n. 4923.

⁴⁹²⁹ En ce sens not. BEN KEMOUN, Laurent, « Modestes propositions pour limiter la détention provisoire, cette autre addiction française », *Rec. Dal.*, 16-2013, *art. cit.*, p. 1080 ; GUÉRY, Christian, « Une détention provisoire exceptionnelle... mais souhaitable », *art. cit.*

⁴⁹³⁰ V. l'ens. des réf. préc. en n. 4929.

⁴⁹³¹ V. les préconisations du JLD BEN KEMOUN, Laurent, « Modestes propositions pour limiter la détention provisoire, cette autre addiction française », *Rec. Dal.*, 16-2013, *art. cit.*, p. 1080.

⁴⁹³² En ce sens égal. DAVY, Miranda, « Détention provisoire et surpopulation carcérale », *AJP*, 7/8-2018, *art. cit.*, p. 343.

⁴⁹³³ Nous rejoignons en ce sens les conclusions présentées par le professeur Thomas Weigend lors d'un de ses exposés oraux tenus aux États-Unis, « Forward to the past – Judges and Pretrial Investigation ». Dans un sens similaire : PRADEL, Jean, « Le prix à payer pour une proc. Pén. efficace », *Rec. Dal.*, 34-2017, *art. cit.*, p. 1986-1992.

vérifie par l'abondante jurisprudence existante en matière d'instruction, bien que ce cadre ne concerne que peu d'affaires. Le législateur a également veillé à une surveillance *a priori* générale du magistrat instructeur par le biais des compétences spéciales du président de la chambre de l'instruction. De même, dans le domaine de la détention provisoire, prenant toute la mesure de l'impact négatif que pouvait avoir les fonctions d'enquête sur l'impartialité fonctionnelle du juge d'instruction dans ce domaine, le légiférant a de manière efficace accentué le contrôle des libertés individuelles en réservant la décision du placement et la prolongation de cette mesure au juge des libertés et de la détention, tout en maintenant un rôle d'initiative important du magistrat instructeur qui permet au juge des libertés et de la détention de tirer profit de ses connaissances approfondies du dossier tout en apportant un regard nouveau extérieur. Le mis en cause bénéficie ainsi, grâce à l'intervention de deux autorités judiciaires, aux fonctions différentes, d'un véritable double-regard générant un contrôle maximal *a priori* dont l'efficacité se vérifie dans la pratique en raison du nombre non négligeable des décisions infirmatives du juge des libertés et de la détention.

– CONCLUSION CHAPITRE II –

935. Afin de s'assurer du respect des principes encadrant l'action du magistrat instructeur, le législateur a prévu des mécanismes très étroits de contrôle faisant de cet acteur un des juges les plus surveillés du système judiciaire. C'est ici d'abord aux parties qu'il revient d'exercer ou d'impulser ce contrôle. Si les droits accordés à cet égard varient en fonction de la partie concernée, les plus larges étant ici confiés au ministère public, les parties privées, dont notamment le mis en examen, et dans une certaine mesure le témoin assisté, disposent de prérogatives beaucoup plus importantes qu'au stade de l'enquête. Ensuite, l'efficacité et l'indépendance de ce contrôle se voient considérablement accrues en ce qu'il relève d'autorités tierces judiciaires dont le rôle est spécifique à l'instruction.

– CONCLUSION TITRE 2 –

936. En définitive, il n'est ainsi pas étonnant que le cadre juridique de l'instruction soit souvent qualifié d'un vrai « *luxe* »⁴⁹³⁴ ou de la version « *Rolls Royce* »⁴⁹³⁵ de la justice française. En effet elle présente d'abord du fait de l'intervention d'un juge statutairement et fonctionnellement indépendant, à la plénitude de compétences dont l'action est encadrée et délimitée précisément, une véritable garantie d'efficacité et d'impartialité bénéfique à toutes les parties. En outre, ces garanties et le caractère équitable de cette procédure se voient largement assurés et confortés par le contrôle de ce magistrat exercé d'abord par les parties elles-mêmes, qui disposent de droits beaucoup plus élaborés qu'au stade de l'enquête, et ensuite, mis en œuvre par des autorités judiciaires tierces indépendantes, telles notamment la chambre de l'instruction, juridiction du second degré propre à ce segment procédural aux larges compétences et dont le président exerce une mission de surveillance étroite et continue de l'action du magistrat instructeur, ou encore le juge des libertés et de la détention, intervenant, entre autres également *a priori*, en cas de détention.

937. Toutefois, ces garanties sont aussi synonymes d'un important formalisme qui se traduit par un allongement de la durée des investigations. Et, bien que nous ayons démontré à notre sens la nécessité d'une certaine lenteur à titre de garantie d'efficacité et des droits des parties, et émis des doutes sur le fait que le cadre même de l'instruction serait à l'origine des lenteurs excessives parfois constatées, qui selon nous relèvent bien plus d'autres facteurs tels par exemple les déficits organisationnels des assises, eux-mêmes expression dans une certaine mesure des moyens très faibles alloués à la justice, on ne peut ignorer la tendance législative préoccupante à l'éviction du magistrat instructeur, telle qu'elle s'exprimait encore tout récemment dans la dernière loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice d'ailleurs largement censurée pour ces raisons par la juridiction constitutionnelle.⁴⁹³⁶ Se

⁴⁹³⁴ V. not. PRADEL, Jean, « Haro sur le JI ! », *Rec. Dal.*, 4-2006, *art. cit.*, p. 244 et s., sous II ; DUFOUR, Olivia, « Le JI, un luxe français... », *Gaz. Pal.*, 43-2016, *art. cit.*, p. 6 et s.

⁴⁹³⁵ HODGSON, Jacqueline, « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, 4-2010, *art. cit.*, p. 1381.

⁴⁹³⁶ V. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. À ce sujet, v. e. a. égal. CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, nov. 2018, p. 1-36 ; GOETZ, Dorothee, « Réforme de la justice », *Dal. act.*, 16.03.2018, *art. cit.*; BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.* ; « Loi de programmation 2018-2020, alerte 5 », *Procédures*, 4-2019, *art. cit.* ; FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* V. égal. CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation

saisissant de cette prétendue anomalie et des nombreuses similitudes entre les deux cadres de la mise en état de l'affaire pénale, le législateur n'a en effet eu de cesse d'accentuer ces rapprochements tant au niveau matériel qu'institutionnel comme s'il s'agissait pour lui de laisser paraître la différenciation comme une inutile complication.

2018-2022 et de réforme de la justice, ici spéc. al. 161-165.V. à ce sujet égal. JACQUIN, Jean-Baptiste, « Réforme de la justice partiellement censurée », *Le Monde*, 23.03.2019 , *art. cit.*, p. 12.

— CONCLUSION DEUXIÈME PARTIE —

938. C'est ainsi qu'en France, « *alors que l'enquête effectuée sous le régime de l'instruction respecte globalement les "meilleurs" standards des droits de la défense mais ne s'applique qu'à environ 4 % du contentieux, le cadre juridique des 96 % d'enquêtes pénales conduites sous la direction du ministère public, avec une proximité toujours plus accrue entre enquêteur et procureur dans le cadre du traitement en temps réel, n'a connu que des évolutions partielles dans sa nature inquisitoire. Tout juste un équilibre improvisé, donc précaire, jamais conceptuellement défini, toujours dessiné au gré des décisions de jurisprudence, entre parquet et juge des libertés et de la détention est venu mâtiner de contrôle (concept différent des droits de la défense mais de proche parenté) l'enquête de police judiciaire* ». ⁴⁹³⁷

939. Toutes deux tournées vers la recherche de la vérité, l'instruction et l'enquête présentent originellement, il est vrai, de nombreux traits communs. ⁴⁹³⁸ La police est par exemple un « *véritable trait d'union* » entre ces deux cadres. ⁴⁹³⁹ C'est elle qui dans la pratique conduit la très grande majorité des investigations nécessaires dans la mise en état des affaires pénales : du fait du recours très fréquent aux commissions rogatoires, la police continue dans la pratique à mener dans une large mesure le travail commencé. ⁴⁹⁴⁰ En ce sens, il peut alors être difficile de voir en quoi le déclenchement d'une instruction serait utile, d'autant plus que l'enquête, moins réglementée et donc moins complexe, offre l'avantage apparent de la simplicité. En effet, cette dernière, adaptée au traitement de la délinquance de masse dans les délais les plus brefs possibles, est privilégiée par les praticiens pour la souplesse de sa réglementation, eux-mêmes suivis du législateur, qui crée à cet effet toujours plus de procédures parallèles rapides et alternatives dont le procureur est l'acteur dominant. L'équilibre voulu par les textes procéduraux français consacrant le magistrat instructeur comme enquêteur de principe s'est ainsi inversé et les investigations, loin d'être aujourd'hui

⁴⁹³⁷ BEAUME, Jacques et DANET, Jean, « Les droits de la défense et les évolutions à venir de l'enquête, entretien », *Arch. po. crim.*, n° 37, 2015, p. 109.

⁴⁹³⁸ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1006 et s., n° 1489 et s. THOMAS-TAILLANDIER, Delphine, « Focus sur l'évolution de la mise en état », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 74 et s.

⁴⁹³⁹ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1027, n° 1521.

⁴⁹⁴⁰ V. sur ce phénomène n° 814 et s., p. 724 et s. de cette thèse.

toujours l'apanage de cet acteur, reposent désormais majoritairement dans les mains de la police judiciaire sous le contrôle (plus ou moins effectif) du procureur.

940. Le législateur français a largement contribué à brouiller les frontières en opérant un rapprochement matériel très net de l'enquête et de l'instruction,⁴⁹⁴¹ finissant même par pousser le Conseil constitutionnel à réagir, alors qu'il mettait un terme clair à cette stratégie insidieuse qui consistait à vider petit à petit de sens la fonction du juge d'instruction en accordant toujours plus de ses pouvoirs propres au procureur, sans faire le pas de sa suppression⁴⁹⁴². C'est à ce propos indéniablement dans le domaine des mesures d'investigation que ce phénomène est le plus visible.⁴⁹⁴³ Initialement, l'instruction présentait la particularité par rapport à l'enquête de permettre le recours à des mesures d'investigation beaucoup plus diverses et plus coercitives. Si cette différence caractéristique n'a, à l'heure actuelle, pas entièrement disparu, elle s'amenuise au fil des réformes, un grand nombre d'actes d'investigation étant désormais commun aux deux cadres juridiques de la mise en état, sans que les écarts de régime ne présentent de différences notables (celles-ci étant parfois même inexistantes), le législateur, accordant continuellement plus de pouvoirs d'investigation essentiellement aux forces de police et au parquet dont les relations sont « *d'ailleurs simplifiées* »⁴⁹⁴⁴ au détriment du juge d'instruction. Cela fait désormais plus d'une quinzaine d'années que le légiférant tend progressivement vers une unicité du cadre juridique de la mise en état des affaires pénales, en estompant partiellement les spécificités de l'instruction.⁴⁹⁴⁵ Ainsi nombreux sont les actes d'investigation que l'on retrouve tant dans les dispositions concernant l'enquête de flagrance et préliminaires que dans celles régissant l'information. En

⁴⁹⁴¹ V. à ce sujet not. RIBEYRE, Cédric, « Crime organisé - Loi du 3 juin 2016 – Et maintenant ? - Ét. 17 », *Dr. Pén.*, 9-2016, *art. cit.*, n° 24-29 ; THOMAS-TAILLANDIER, Delphine, « Focus sur l'évolution de la mise en état », *Gaz. Pal.*, 27-2017, *art. cit.*, p. 74 et s. ; CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, *art. cit.*, p. 409.

⁴⁹⁴² CC, déc. du 21.03.2019 n° 2019-778 DC, loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, ici spéc. al. 161-165.V. à ce sujet égal. FUCINI, Sébastien, « Loi de réforme de la justice », *Dal. act.*, 02.04.2019, *art. cit.* ; JACQUIN, Jean-Baptiste, « Réforme de la justice partiellement censurée », *Le Monde*, 23.03.2019, *art. cit.*, p. 12. V. égal. CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, nov. 2018, p. 5-6 qui dénonce clairement cette stratégie.

⁴⁹⁴³ Se rapporter à l'ens. des réf. préc. en n. 4941.

⁴⁹⁴⁴ RIBEYRE, Cédric, « Crime organisé - Loi du 3 juin 2016 – Et maintenant ? - Ét. 17 », *Dr. Pén.*, 9-2016, *art. cit.*, n° 24.

⁴⁹⁴⁵ C'est ce que constatait not. le Conseil d'état dans son avis relatif au projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé et son financement, l'efficacité et les garanties de la procédure pénale du 28.01.2016 (CENOR : JUUSD1532276L), p. 3, n° 9. V. égal. les constatations de la CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », *rap. préc.*, nov. 2018, p. 9 et s.

toute conscience de cet alignement progressif des deux cadres juridiques de la mise en l'état, il a même été créé un chapitre consacré aux dispositions communes à l'enquête et à l'information (Livre 1^{er}, Titre IV), véritable signe annonciateur du mouvement législatif l'uniformisation progressive des différents cadres juridiques de la mise en l'état.⁴⁹⁴⁶ La loi du 9 mars 2004 est particulièrement illustrative de cette tendance à la confusion des genres et amorce un véritable tournant.⁴⁹⁴⁷ Elle concerne le champ de la recherche des infractions relevant de la criminalité organisée, de terrorisme et de trafic de stupéfiants ou de la délinquance de nature sexuelle, considérées en droit français comme particulièrement complexes car généralement perpétrées en réseau. Cette complexité, sur laquelle le législateur s'est fondée pour justifier une procédure dérogatoire, aurait dû logiquement amener à saisir sans délai ni grande réflexion le juge d'instruction dont la compétence est à proprement parler d'instruire les crimes et délits complexes.⁴⁹⁴⁸ Et pourtant, le mouvement fut bien plus inverse : le parquet bénéficia de nouveaux pouvoirs pour développer dans le cadre de l'enquête des investigations complexes faisant de ce cadre une voie véritablement concurrente de l'instruction, marginalisée alors même qu'il s'agit de son champ d'application substantiel.⁴⁹⁴⁹ Cette tendance était toute aussi claire dans la dernière loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice alors que le législateur réservait une place importante au procureur dans le cadre coercitif aux articles 706-73 et suivants du Code de procédure pénale qu'il créait,⁴⁹⁵⁰ pourtant domaine de prédilection du magistrat instructeur.

941. L'exercice du principe d'opportunité par le procureur participe également de manière considérable à l'érosion de l'instruction malgré l'important contrepoids apporté par l'ouverture d'une information à la suite d'une constitution de partie civile. Une obligation légale d'ouverture d'instruction n'étant prévue qu'en matière criminelle, la pratique tend ici souvent, compte tenu de l'encombrement des cabinets d'instruction, à n'ouvrir une

⁴⁹⁴⁶ DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 1028, n° 1523.

⁴⁹⁴⁷ SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 72-73, n° 91 ; ALIX, Julie, « Quel visage pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 74-75 ; CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, art. cit., p. 408-409 ; THOMAS-TAILLANDIER, Delphine, « Focus sur l'évolution de la mise en état », *Gaz. Pal.*, 27-2017, art. cit., p. 74 et s.

⁴⁹⁴⁸ ALIX, Julie, « Quel visage pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (éd.), *Figures du parquet*, art. cit., p. 74-75.

⁴⁹⁴⁹ V. à ce propos l'ens. des réf. préc. en n. 4947.

⁴⁹⁵⁰ BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de proc. pén. (l. de programmation 2018-2022), ét. 6 », *Procédures*, 4-2019, art. cit., n° 18-19.

information qu'en cas d'extrême nécessité, c'est-à-dire, dès lors que les délits reprochés apparaissent multiples, complexes, impliquant des investigations longues et difficiles, tel étant par exemple le cas en matière économique et financière.⁴⁹⁵¹ L'information ne s'impose en pratique bien souvent que pour des motifs tenant à la nécessité de la preuve et corrélativement d'une coercition sur les personnes et sur les choses, sachant que la nécessité factuelle d'y recourir est de plus en plus réduite, du fait des pouvoirs d'investigation de plus en plus importants accordés au procureur de la République ces dernières années.⁴⁹⁵² Et, s'il est ouvert un recours effectif et important à la victime par le biais de la constitution de partie civile, il est regrettable que le principal intéressé, soit le mis en cause ne dispose d'aucun moyen de demander l'ouverture d'une information pour un meilleur respect de ses droits comme cela était par exemple prévu dans les §§ 178 al. 1, 2^e et 3^e phrases, 201 al. 1, 2^e phrase StPO [anc. vers.] en Allemagne. Les juges d'instruction interrogés pour les besoins de cette thèse soulignèrent également tous leur marginalisation même dans des affaires politico-financières, dans lesquelles leur intervention aurait pourtant été toute indiquée. Cette tendance, loin de s'atténuer était accentuée lors de la loi du 3 juin 2016 alors que le législateur entérinait un recours massif par le parquet à des investigations attentatoires aux libertés individuelles qui auraient dû être réservées au cadre plus protecteur de l'information judiciaire (v. p. ex. art. 706-24-2 CPP),⁴⁹⁵³ mouvement poursuivi ensuite, comme nous l'avons montré à plusieurs reprises, par la dernière loi de programmation 2018-2022⁴⁹⁵⁴.

942. Enfin, si, choisissant de faire coexister les anciennes institutions avec celle, nouvelle, du juge des libertés et de la détention, le législateur refusa de remettre en cause l'architecture d'ensemble du procès pénal français, il n'en reste pas moins, que ce nouvel acteur eut un impact décisif sur le déclin progressif du magistrat instructeur, alors qu'il le concurrence souvent directement.⁴⁹⁵⁵

943. Mais, tandis que le mouvement de rapprochement du procureur dans les textes est bel et bien amorcé, il en va tout différemment du rapprochement concernant les garanties

⁴⁹⁵¹ GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, op. cit., p. 887-888, n° 1574-1575.

⁴⁹⁵² *Ibid.*

⁴⁹⁵³ CNCDH, « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », 20.11.2018, *rap. préc.*, p. 9 et s.

⁴⁹⁵⁴ V. p. ex. dév. en fin du n° 940, p. 835 et s.

⁴⁹⁵⁵ THOMAS-TAILLANDIER, Delphine, « Focus sur l'évolution de la mise en état », *Gaz. Pal.*, 27-2017, art. cit., p. 74 et s ; CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chap. I du titre I de la l. du 3 juin 2016 », *AJP*, 9-2016, art. cit., p. 409.

entourant l'action du procureur qui, elles, demeurent minimales et en l'état assurément insuffisantes.⁴⁹⁵⁶ En ce sens, les dernières réformes législatives n'ont que très partiellement aligné le régime de l'enquête préliminaire sur celui de l'instruction.⁴⁹⁵⁷ Ont en effet été transposées à l'enquête de larges prérogatives coercitives qui permettent des investigations efficaces, tandis que les garanties, qui font de l'information une procédure respectueuse du principe du procès équitable, tels notamment, outre celles attachées au statut et aux fonctions même du magistrat instructeur, les puissants mécanismes de contrôle *a priori* et *a posteriori* encadrant strictement l'action de ce magistrat, étaient majoritairement laissées de côté.

944. Or, la comparaison avec le système allemand, dans lequel on a constaté une érosion du juge de l'avant-procès au détriment des droits et libertés individuelles des parties, faute de contrôles effectifs et suffisants par l'autorité judiciaire, similaire à celle existant au stade de l'enquête en France, prouve, à notre sens, que la direction choisie par le législateur français est erratique.

945. Consacrer le parquet comme souverain des investigations à l'image de l'Allemagne accentue l'emprise policière sur les investigations, déjà problématique à l'heure actuelle dans le cadre de l'enquête en France.⁴⁹⁵⁸ Davantage que le magistrat instructeur, le parquetier est contraint, pour réaliser toutes les missions qui lui incombent et ne cessent de croître, de s'adonner plus à la gestion de la justice pénale qu'à la recherche et à la poursuite des infractions.⁴⁹⁵⁹ Si l'on confie la charge au ministère public de diriger les investigations dans toutes les affaires, y compris celles actuellement relevant de l'instruction, la pression de déléguer des mesures sera d'autant plus forte et la police risque de devenir de fait également dans ces affaires graves le principal acteur des investigations. Et, même si l'on doit convenir que le rôle du parquet est en Allemagne plus important et protecteur dans les affaires graves et complexes, la protection et les garanties dont bénéficient les mis en cause du fait de l'intervention du ministère public n'est en rien comparable avec les standards actuels qu'offrent l'instruction française. Or, pour garantir une composition objective du dossier pénal,

⁴⁹⁵⁶ BOTTON, Antoine, « Renforcement du rôle du procureur », *AJP*, 12-2016, *art. cit.*, p. 562.

⁴⁹⁵⁷ BOTTON, Antoine, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, aperçu rapide 777 », *JCP G*, 27-2016, *art. cit.*, p. 1339.

⁴⁹⁵⁸ À cet égard Heike Jung perçoit la police comme le « véritable gestionnaire de l'enquête », v. cet auteur dans « Vers un nouveau modèle de procédure pénale ? », *Rev. sc. crim.*, 3-1991, *art. cit.*, p. 526.

⁴⁹⁵⁹ GIUDICELLI, Catherine, « Regards croisés sur la direction de l'enquête », *AJP*, 11-2008, *art. cit.*, p. 439 et s.

il nous semble impératif que la police soit soumise à un contrôle strict exercé par un juge indépendant, du moins dans les affaires complexes ou graves dans lesquelles les libertés individuelles du suspect sont plus sérieusement menacées.⁴⁹⁶⁰ En effet, confrontée à une croissance continue du nombre des infractions constatées, la police doit agir sous une forte pression pour éclaircir des affaires dans un bref délai et pour appréhender au plus vite les coupables.⁴⁹⁶¹ C'est pourquoi dès qu'elle estime avoir démasqué le coupable, elle limite parfois ses investigations aux éléments de nature à prouver l'inculpation.⁴⁹⁶² À noter qu'une réelle protection ne nous semble ici possible que par le biais d'un juge d'instruction doté d'une plénitude de compétences, qui intervient une fois saisi, de manière continue et d'office, dont l'intervention est soumise à des contrôles *a priori* et *a posteriori* nombreux et efficaces. Car, un juge intervenant seulement ponctuellement et n'ayant pas la compétence d'agir sur son initiative, tels le juge de l'enquête ou le juge des libertés et de la détention, n'a, de prime abord, pas la possibilité de réunir lui-même les éléments nécessaires pour évaluer l'opportunité des mesures à prendre et dépendra en ce sens pleinement des acteurs qu'il est censé contrôler, ce qui se manifeste en pratique par un taux marginal d'infirmité des mesures requises par les autorités de poursuite. Un système consacrant (du moins selon les textes) la pleine souveraineté du procureur accentue par ailleurs le déséquilibre déjà criant des pouvoirs lors de l'avant-procès alors que cet acteur est à l'heure actuelle continuellement investi de nouvelles prérogatives quasi-juridictionnelles de sanction et d'appréciation, compétences en principe réservées au juge, que son statut et ses fonctions ne devraient pas lui permettre d'exercer, et ce d'autant plus en Allemagne où sa dépendance par rapport au pouvoir exécutif en tant que fonctionnaire se trouve encore exacerbée.

⁴⁹⁶⁰ Dans un sens similaire DELMAS-MARTY, Mireille, *Procédures pénales d'Europe*, *op. cit.*, p. 419. Le contrôle n'est ici toutefois pas limité au juge mais inclut le contrôle du procureur que nous ne trouvons, pour les raisons évoquées au long de cette thèse, pas suffisant concernant les affaires les plus graves et les plus complexes.

⁴⁹⁶¹ Ibid. V. égal. COSTE, François-Louis, « L'instruction : à la recherche des fondamentaux », *AJP*, 10-2010, *art. cit.*, p. 423.

⁴⁹⁶² DELMAS-MARTY, Mireille, *Procédures pénales d'Europe*, *op. cit.*, p. 419.

— CONCLUSION GÉNÉRALE —

946. L'interrogation originelle à la base de cette thèse, émergeant à la suite de l'annonce faite en 2009 par l'ancien chef de l'État français Nicolas Sarkozy de la suppression du juge d'instruction, avant que ce projet ne soit finalement abandonné, était, pour reprendre la formule de Marcel Dorwling-Carter dans ce contexte actuel plus récent, la suivante :

« Datant de deux siècles, ayant, avec l'évolution des concepts et les aménagements et perfectionnements successifs, acquis une place solide dans notre système judiciaire, l'institution du juge d'instruction aurait-elle à ce point déçu ou démerité, pour que l'on conçoive à son sujet un sort aussi funeste ? Quelle autre institution, supposée sans faille et sans reproche, voudrait-on lui substituer, et quel nouveau système souhaiterait-on instaurer en France ? N'y-a-t-il rien de mieux à faire que table rase du présent et du passé, et n'y aurait-il pas de solution moyenne et équilibrée à concevoir pour améliorer l'institution actuelle et la rendre plus amplement satisfaisante ? »⁴⁹⁶³

947. Pour justifier cet avant-projet Léger, il fut souvent fait une brève comparaison avec le modèle allemand auquel cette réforme empruntait, à de nombreux égards, sa nouvelle structure. S'agissant de la deuxième question, nous en avons donc conclu qu'un des systèmes *« supposés sans faille »*⁴⁹⁶⁴ avait pu être le système allemand. Suivant le conseil de ce même auteur, selon lequel le bon sens commandait *« avant de bouleverser ou de détruire certaines de nos institutions [de] s'assurer si les avantages qu'elles comportent ne valent pas aisément ceux des institutions étrangères dont nous admirons trop naïvement les apparentes vertus, sans voir leur réels défauts »*⁴⁹⁶⁵, une comparaison approfondie avec le modèle de référence allemand nous amène ici à donner une réponse catégorique aux deux autres questions : non, l'instruction n'a pas démerité au point d'être abolie. Bien au contraire la comparaison nous a prouvé que les dysfonctionnements de l'avant-procès ne se situaient aujourd'hui plus au stade de l'instruction, qui a su devenir véritablement contradictoire, de même que respectueuse des droits des parties, et apporte à l'heure actuelle toutes les garanties nécessaires à un procès équitable, mais étaient bien plus localisés au niveau de l'enquête, en France comme

⁴⁹⁶³ DORWLING CARTER, Marcel, « Faut-il supprimer le JI ?, doct. I 3458 », *JCP G*, 1990, *art. cit.*, n° 1.

⁴⁹⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁶⁵ *Ibid.*, n° 40.

en Allemagne. Loin d'être inutile, l'instruction nous semble bien plus constituer un véritable atout de la procédure française dans lequel on voit ici, après son renforcement, une véritable clef pour rééquilibrer les pouvoirs en présence dans l'avant-procès.

948. Les systèmes allemands et français reposent sur une structure mi-inquisitoire-mi-accusatoire similaire et sont, comme appartenant aux mêmes organisations européennes soumis à des principes communs, ce qui rend une comparaison particulièrement intéressante du fait de la proximité des systèmes. Façonnés par le droit de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, toutefois sans autre grande conséquence qu'une éventuelle condamnation en cas de contradiction avec les principes prônés, et de manière plus contraignante encore par le droit de l'Union Européenne, dont les directives doivent être transposées dans un délai précis, les juridictions internes devant en plus veiller au respect du principe d'interprétation conforme,⁴⁹⁶⁶ cela n'étonne pas que les deux modèles soient liés par le même socle de droits de la défense et les principes européens du procès équitable.

949. Toutes deux confrontées au dilemme cornélien de trouver la balance idéale entre efficacité et respect des libertés individuelles au stade de la mise en état de l'affaire, l'équation de départ était idéale pour la comparaison puisque ces procédures avaient originellement réservé, à côté du procureur, une large place au juge de l'avant-procès, l'Allemagne s'étant essentiellement inspirée du modèle napoléonien fondé sur l'intervention du juge d'instruction. Le procureur ne présentant en France malgré son statut de magistrat, et encore moins en Allemagne, où sa soumission au pouvoir exécutif est renforcée par son statut de fonctionnaire, les garanties fonctionnelles et statutaires nécessaires à son indépendance et impartialité, l'intervention d'un juge dans l'avant-procès pour préserver les libertés individuelles était impérative. L'Allemagne se distingua quelque peu toutefois dès le départ de son modèle d'inspiration, en ce qu'elle consacra originellement également le cadre de l'enquête sous le contrôle ponctuel d'un juge de l'enquête à côté du cadre juridique de l'instruction, ce qui empêcha dans une certaine mesure le magistrat instructeur de prendre l'importance qui lui revint dans la procédure française qui originellement ne connaissait pas le cadre de l'enquête en dehors de la flagrance. Cet aspect facilita sans doute l'abolition du cadre juridique de l'information judiciaire par le législateur allemand, lors de sa réforme de 1974 alors qu'il constatait la perte d'importance pratique de ce régime usité seulement dans une très petite

⁴⁹⁶⁶ ALIX, Julie, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police », *Rec. Dal.*, 25-2011, *art. cit.*, n° 13.

minorité d'affaires et souhaitait en supprimant celle-ci, accélérer la procédure pénale. C'est à partir de là que l'Allemagne se démarqua plus clairement du système procédural français, l'avant-procès ne se déroulant désormais plus que dans le cadre unique de l'enquête dont le procureur est souverain sous le contrôle ponctuel d'un juge du siège, le plus souvent, le juge de l'enquête. La comparaison gagne alors tout son intérêt, alors que le législateur français, connaissant toujours l'instruction doute régulièrement de l'utilité de cette institution. La tentation de prendre modèle à son tour sur son homologue germanique était donc grande. Pourtant, bien que l'avant-procès allemand et français ne partagent désormais plus depuis cette réforme la structure dualiste de l'avant-procès, cela ne les empêche pas l'un comme l'autre d'être confrontés à une source de problèmes communs situés, non au niveau de l'instruction, comme cela le fut souvent soupçonné par le législateur français et dénoncé dans la doctrine, mais bien plus au stade de l'enquête.

950. Une phrase du communiqué de presse de novembre 2018 de la CNCDH commentant le dernier projet de réforme de la justice française en date et qui aurait pu en son temps parfaitement correspondre à la réforme allemande ayant supprimé l'instruction, met à notre sens le doigt sur le fond de ce problème universel : « *Une réforme de la justice qui ne sert que les seuls objectifs de simplification ne peut permettre de répondre aux attentes des justiciables et de garantir le respect des droits fondamentaux, à l'inverse elle risque d'éloigner encore les citoyens de la justice, alerte Christine Lazerges, [alors] présidente de la CNCDH. La CNCDH s'inquiète d'une dérive de la procédure pénale qui sacrifie une justice de qualité et humaine* ». ⁴⁹⁶⁷ Or, on est ici des deux côtés de la frontière bel et bien en présence d'une véritable « *dérive* » ⁴⁹⁶⁸ de la procédure pénale caractérisée par une dépossession progressive du juge de ses prérogatives traditionnelles au profit du procureur et au détriment des droits

⁴⁹⁶⁷ CNCDH, « Communiqué de presse, Réforme de la justice pénale - Vers un nouveau recul du respect des droits fondamentaux », Paris, 20.11.2018, p. 1-36, en ligne : <<https://www.cncdh.fr/fr/publications/reforme-de-la-justice-penale-vers-un-nouveau- recul-du-respect-des-droits-fondamentaux>>, consulté dernièrement le 18.02.19.

⁴⁹⁶⁸ Sur ce phénomène du côté français, v. not. LAZERGES, Christine, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 3-2003, *art. cit.*, p. 644 et s. ; CAPDEPON, Yannick, « Juge du siège et évolution de la procédure pénale », *Dr. Pén.*, 9-2007, *art. cit.* Dans un sens similaire du côté allemand, e.a. SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, *op. cit.*, p. 24 et s. ; FEZER, Gerhard, « Richterliche Kontrolle der Ermittlungstätigkeit vor Anklageerhebung », dans *GS-Schröder*, 1978, *art. cit.*, p. 412 et s. ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, *op. cit.*, p. 12-17 ; SCHÜNEMANN, Bernd, « Wohin treibt der deutsche Strafprozess? », *ZStW*, 1-2002, *art. cit.*, p. 22 et s.

des parties privées qui aboutit à un profond déséquilibre des forces à ce stade de la procédure que la suppression de l'instruction ne ferait que renforcer.

951. Ce phénomène est selon nous particulièrement préoccupant à deux égards :

952. D'abord, l'histoire allemande a prouvé dans des circonstances particulièrement dramatiques les dangers qu'il pouvait y avoir à réunir trop de pouvoirs dans les mains du procureur. De par leur statut, les juges étaient par nature plus difficiles à contrôler et opposèrent effectivement plus de résistance que les procureurs, raison pour laquelle le régime nazi se servit délibérément de ces derniers pour prendre le contrôle sur les juges et la justice.⁴⁹⁶⁹ Ainsi, à côté de la relativisation du principe de légalité et de la procédure intermédiaire jusqu'à leur abolition pure et simple, n'est-il pas étonnant que le régime nazi ait également considéré l'instruction comme une épine dans le pied.⁴⁹⁷⁰ Celle-ci fut abolie entièrement devant les tribunaux spéciaux et sa part se réduisit drastiquement dans les procédures de droit commun passant de 5.061 instructions ouvertes en 1935 à 248 en 1939.⁴⁹⁷¹ Si un tel détournement du droit trouve ses fondements moins dans une structure procédurale particulière que dans le totalitarisme, il n'en reste pas moins que les faiblesses structurelles existantes, accentuées et tournées à son profit par le pouvoir nazi, a assurément facilité la mise en place d'un régime autoritaire et anti-démocratique. Et, l'on ne saurait craindre d'être trop prudent, en évitant de recréer des conditions similaires qui pourraient servir de terreau fertile à de tels agissements.

953. De plus, ce déséquilibre est à l'heure actuelle d'autant plus inquiétant que l'avant-procès est devenu, à l'inverse, de ce que prévoyait originellement les textes, la phase décisive de la procédure pénale au détriment du procès qui n'a effectivement plus lieu que dans une petite minorité d'affaires.⁴⁹⁷² Une grande majorité des mis en cause ne pourra donc plus

⁴⁹⁶⁹ SCHUMACHER, Ulrich, *Kontinuität und Diskontinuität im Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 10, 15 et s. et 23 et s. SCHMITT-FASSBINDER, Ralf, *Die sogenannten Krisen in der Strafrechtsprechung*, op. cit., p. 291 et s.

⁴⁹⁷⁰ SCHUMACHER, Ulrich, *Kontinuität und Diskontinuität im Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 15 et s., 23 et s.

⁴⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 26-27.

⁴⁹⁷² SCHLACHETZKI, Nikolas, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, op. cit., p. 24 et s. ; FEZER, Gerhard, « Richterliche Kontrolle der Ermittlungstätigkeit vor Anklageerhebung », dans *GS-Schröder*, 1978, art. cit., p. 412 et s. ; DENGLER, Christoph, *Richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der StA im EV*, op. cit., p. 12-17 ; SCHÜNEMANN, Bernd, « Wohin treibt der deutsche Strafprozess? », *ZStW*, 1-2002, art. cit., p. 22 et s. ; du côté français en ce sens égal. MULLER, Yvonne, « Réforme de la GAV ou la figure brisée de la proc. pén. fr. - Ét. n° 2 », *Dr. pén.*, 2-2011, art. cit., n° 13-14 ; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève, « La figure du juge de l'avant-procès entre symboles et pratique », dans *Mélanges Pradel*, 2006, art. cit., p. 336 ; VOLFF, Jean, « Évolutions de la procédure pénale en Europe après 1945 - ét. 19 », *Dr. pén.*, 9-2007, art. cit., spéc. n° 1, 7 et 23.

bénéficiaire des mécanismes protecteurs et contradictoires du procès censés rétablir l'équilibre des forces. Par ailleurs quand bien même un procès sera ouvert, il est évident que le dossier d'enquête ou d'instruction, malgré le principe d'immédiateté des débats, constitue la base principale qu'il s'agira pour le juge de vérifier et qui aura en ce sens une influence déterminante sur le cours du procès, les erreurs ayant eu lieu lors des investigations dans le cadre de l'avant-procès y étant très difficiles à voir et quasi-impossibles, à corriger.⁴⁹⁷³ La fonction protectrice primaire du procès, procédure pleinement équitable et contradictoire, n'est donc plus la pierre angulaire de la procédure telle qu'elle avait été originellement conçue, ce qui remet l'équilibre originellement voulu en question, puisque ce n'était qu'à cette condition qu'il était admis un avant-procès dominé majoritairement par des traits fortement inquisitoires (procédure en principe écrite secrète et non contradictoire). Face à ce constat, il est impératif de réagir pour rétablir une balance acceptable pour l'ensemble des intérêts en jeu, y compris des parties privées, dès l'avant-procès.

954. Pour ce faire, renforcer la procédure d'instruction telle qu'elle existe en France, déjà respectueuse des principes du procès équitable et des droits des parties, ou la réintroduire en Allemagne, permettrait à notre sens de décharger les procureurs eux-mêmes dépassés par la multiplication de leurs attributions, ces dernières années⁴⁹⁷⁴ pour leur permettre d'assurer un meilleur contrôle de la phase d'enquête, tout en redonnant au juge une place plus importante et efficace dans l'avant-procès afin de garantir dans les affaires les plus graves et les plus complexes une procédure pleinement équitable. Cela pourrait à notre sens contribuer à rétablir un meilleur équilibre des forces.

955. En effet, il a été constaté que l'Allemagne n'avait pas su abolir l'instruction sans qu'il en résulte une perte importante de garanties des droits concernant la criminalité la plus grave qui faisait autrefois l'objet d'une instruction. Il convient ici certes de rappeler que l'information allemande n'a jamais réellement occupé une place aussi importante que cela n'est le cas de l'instruction française, son champ d'application étant rapidement limité aux

⁴⁹⁷³ FEZER, Gerhard, « Richterliche Kontrolle der Ermittlungstätigkeit vor Anklageerhebung », dans *GS-Schröder*, 1978, art. cit., p. 413-414 ; PETERS, Karl, *Fehlerquellen im Strafprozeß, Band 2 : Systematische Untersuchungen und Folgerungen*, op. cit., p. 195 et s., spéc. 211 et s., 215.

⁴⁹⁷⁴ À ce sujet, l'auteur Christian Guéry indiquait à propos de la question d'un transfert des compétences du juge d'instruction au procureur : « comment croire en effet que les membres du ministère public pourraient ajouter à leurs charges déjà lourdes, celles de se charger de la notification des charges et de procéder de surcroît, dans certains cas aux interrogatoires et confrontations ? », v. « De la vérité absolue à la clarification préalable », *AJP*, 10-2010, art. cit., p. 425.

infractions les plus graves et le pouvoir décisionnel du juge d'instruction à la clôture de cette procédure inexistant.⁴⁹⁷⁵ Il faut également concéder au système allemand une meilleure gestion des temps procéduraux, la durée des procédures y étant largement plus raisonnable.⁴⁹⁷⁶ Si cela peut s'expliquer en partie par le fait que l'enquête n'est pas le temps de la contradiction, la raison de cette efficacité repose selon nous avant tout dans les effectifs et moyens matériels des enquêteurs et procureurs largement supérieurs à ceux dont dispose la justice française.⁴⁹⁷⁷ Sur ce point, le gouvernement français pourrait d'ailleurs assurément prendre exemple sur l'Allemagne en augmentant considérablement le budget alloué à la justice, pour que celle-ci dispose des moyens humains, matériels et financiers. Comme le constatait d'ailleurs un auteur français très pertinemment : « *si l'on veut favoriser une évolution favorable, il existe pourtant une solution simple : mettre à la disposition de la justice les moyens proportionnés aux surcharges de travail que la multiplication des réformes a accrues dans des proportions inégalées* ». ⁴⁹⁷⁸ De plus, la célérité des procédures allemandes n'empêche pas de constater que le système mis en place, fondé sur la souveraineté plus affirmée que réelle du procureur sous le contrôle du juge de l'enquête, n'est en rien aussi efficace et respectueux des droits des personnes que ne peut l'être une procédure d'information judiciaire. Or, comme nous l'avions déjà précisé sans équivoque, s'il faut choisir, c'est assurément les droits et libertés individuels qui doivent primer sur l'exigence de célérité.⁴⁹⁷⁹ Le législateur allemand en a pourtant décidé autrement, alors qu'il poursuivait ouvertement l'objectif principal de célérité à l'adoption de sa réforme supprimant l'instruction au mépris des autres principes du procès équitable, pourtant impérativement nécessaires pour garantir l'équité. Et, si c'est relativement tardivement que ce cadre en France est devenu

⁴⁹⁷⁵ Se rapporter à ce propos aux n° 241, p. 245 et s. ; n° 725, p. 641 et s. de cette thèse.

⁴⁹⁷⁶ Faisant ce constat not. HOUILLON, Philippe, « Juger après Outreau », n° 3125, 2006, *rap. préc.*, p. 348-349 ; Pour les deniers chiffres, se référer à STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafgerichte, Fachserie 10 Reihe 2.3 - 2017*, Destatis, 2018, *rap. préc.*, p. 42, p. ex. sous 2.5 concernant l'activité des tribunaux d'instance ; STATISTISCHES BUNDESAMT, *StAen, Fachserie 10 Reihe 2-6 - 2017*, Destatis, 2018, *rap. préc.*, p. 43 et s., p. ex. concernant les procédures d'enquête des ministères publics des tribunaux d'instance et de grande instance.

⁴⁹⁷⁷ V. not. HOUILLON, Philippe, « Juger après Outreau », n° 3125, 2006, *rap. préc.*, p. 348-349, après la réforme de 1975, l'accélération était jugée réussie (toutefois non sans conséquences négatives corrélatives pour les droits de la défense), v. not. RUDOLPHI, Hans-Joachim, « Strafprozeß im Umbruch », *ZRP*, 1976, *art. cit.*, p. 167.

⁴⁹⁷⁸ CONTE, Philippe, « Les galeux de la République - À propos de "l'affaire d'Outreau", doct. 101 » *JCP G*, n 1-2, janvier 2006, qui compare finalement le juge d'instruction à un « *alibi commode* » pour ceux le critiquant.

⁴⁹⁷⁹ LUCAZEAU, Gilles, « Le délai raisonnable est-il bien raisonnable ? », doct. 103 », *JCP G*, 3-2009, *art. cit.*, n° 6 ; RUDOLPHI, Hans-Joachim, « Strafprozeß im Umbruch », *ZRP*, 1976, *art. cit.*, p. 167 ; GRÜNWARD, Gerald, « Empfiehlt es sich, bes. strafprozessuale Vorschriften für Großverf. einzuführen?, Gutachten C », dans *50. DJT*, *art. cit.*, p. 43 et s.

pleinement conforme aux principes fondamentaux édictés par la CEDH, une telle évolution nous semble difficile, voire impossible, dans le cadre de l'enquête, puisqu'indépendamment de son statut, le procureur ne pourra jamais présenter le même éloignement des parties et la même indépendance fonctionnelle que ses collègues du siège. Cela n'est d'ailleurs pas souhaitable puisqu'il lui revient à titre légitime de représenter l'intérêt public et donc de s'identifier plus étroitement aux intérêts de l'État, que n'est tenu de le faire un juge. S'il ne nous semble donc pas judicieux de prendre la structure de l'avant-procès allemand adoptée par le législateur allemand comme modèle pour une réforme de l'avant-procès français, le législateur français pourrait en revanche s'inspirer directement des tendances moins répressives et plus réfléchies du législateur allemand pour pouvoir diminuer significativement le nombre endémique de privations de liberté en France, qu'il s'agisse de gardes à vue ou de détentions provisoires, et créer une plus grande stabilité de la procédure. En effet, le législateur de ce côté de la frontière tend à agir, face aux menaces que constituent le terrorisme ou la criminalité organisée, particulièrement impétueusement tout en tentant de se persuader lui-même - et les justiciables, que « *nécessité fait loi* »⁴⁹⁸⁰ sans mener de véritable réflexion de fond ni d'analyse concrète des modifications antérieures déjà proposées⁴⁹⁸¹.

956. En définitive, nous proposons ici de maintenir la structure actuelle de l'avant-procès français en renforçant les garanties comme suit :

- Aligner le mode de nomination des procureurs sur leur collègue du siège en imposant à l'exécutif de se conformer à l'avis du CSM afin de rendre cet acteur plus indépendant.
- Privilégier l'intervention du juge d'instruction sur celle du procureur lorsqu'il s'agit d'attribuer de nouveaux moyens d'enquête coercitifs et tendre à revenir au principe d'une enquête non coercitive hors cas de flagrance.
- Retirer le contrôle des gardes à vue au procureur pour le confier au juge des libertés et de la détention et faire du délai de 48h un délai ultime assorti d'un véritable contrôle en légalité et en opportunité par le juge des libertés et de la détention des nécessités de l'enquête dès les premières heures de retenue.

⁴⁹⁸⁰ OTTENHOF, Reynald, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 1987, p. 608.

⁴⁹⁸¹ TOUILLIER, Marc, « Quelle politique criminelle (droits de la défense/ procédures dérogatoires) ? », *Arch. po. crim.*, 37-2015, *art. cit.*, p. 55.

- Élargir les possibilités de recours du mis en cause au stade de l'enquête afin que ceux-ci ne soient plus lacunaires, en soumettant par exemple pleinement le procureur à un contrôle de la chambre de l'instruction en opportunité et en légalité.
- Limiter les pouvoirs du procureur à la fin de l'enquête lorsque ceux-ci tendent à lui procurer des prérogatives proches de la sanction ou de l'appréciation de la culpabilité, ceux-ci ne pouvant relever que du dernier mot du juge qui ne saurait être à cet égard lié par la décision préalable du procureur.
- Encadrer plus strictement l'ouverture d'une information par le procureur en s'orientant selon des critères objectifs⁴⁹⁸² tels la gravité de l'infraction selon la peine encourue (la distinction entre crimes et délits est à la différence du système allemand trop radicale, la première catégorie ne concernant qu'une très petite minorité d'infractions, il pourrait être imposé une procédure d'instruction à partir d'une peine attendue estimée à plus de 5 ans d'emprisonnement)⁴⁹⁸³, la complexité de l'affaire, les moyens de coercitions et de techniques d'investigation fortement attentatoires aux libertés individuelles envisagés ou encore la nature politico-judiciaire de l'affaire et soumettre cette décision à un contrôle en opportunité par une autorité judiciaire tierce.
- Créer un contrôle du juge du siège pour vérifier le respect des critères d'ouverture de l'information.
- Retirer au procureur la possibilité de saisir directement le juge des libertés et de la détention en cas de refus du magistrat instructeur de saisir ce juge aux fins d'un placement en détention provisoire.

957. Concernant l'Allemagne, force est de constater que le législateur comme la doctrine se montrent très préoccupés de la relative inefficacité des mécanismes de contrôle de l'action du procureur, tels notamment l'intervention du juge de l'enquête ou encore les divers dispositifs mis à la disposition de la partie civile dont essentiellement l'injonction de mise en mouvement de l'action publique. À cet égard, le statut des membres du parquet nous paraît également poser un vrai problème, puisque le procureur est consacré par les textes comme véritable souverain de l'avant-procès. Comment accorder une telle position à une institution

⁴⁹⁸² CHIUSA ALDRIN, Céline, *De l'utilité du juge d'instruction, Mémoire sous la direction du Professeur D. ALLIX, op. cit.*, p. 46-47; MARÉCHAL, Jean-Yves, « Droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler ! », *JCP G*, 17-2013, *art. cit.*, p. 820.

⁴⁹⁸³ Se rapporter ici sur cette distinction au n° 405, p. 369 et s. de cette thèse.

à laquelle la qualité d'autorité judiciaire au sens de la convention européenne, n'est pas garantie, faute d'indépendance fonctionnelle, statutaire de même que d'impartialité ? Il est évident que ces failles transparaîtront tôt ou tard au désavantage du mis en cause. Le législateur de 1974 aurait dû porter plus d'attention aux différentes garanties apportées par un juge et par un procureur, alors qu'il supprimait l'intervention du magistrat instructeur pleinement indépendant et impartial intervenant, après sa saisie, d'office et de manière continue. Un auteur français résume en l'espèce très justement, s'agissant des modifications législatives portant atteinte aux pouvoirs du juge de l'avant procès : « *Les artifices de langage, les écrans de fumée, les petites manigances ne peuvent rien contre l'évidence : oui un monde procédural sépare le statut de la personne suspectée au cours d'une enquête et le statut de la personne mise en examen ; non, un procureur n'est pas un juge* »⁴⁹⁸⁴. Concernant les déficits constatés au niveau des contrôles *a priori* et *a posteriori* de l'intervention des autorités de poursuite au cours de l'enquête (contrôle lacunaires et disparates des actes de l'enquête du fait d'une intervention seulement ponctuelle du juge, procédure intermédiaire validée quasi-systématiquement, ineffectivité des mécanismes d'injonction de mise en mouvement de l'action publique par la partie lésée etc.), force est à notre sens de constater que la réintroduction d'une procédure d'instruction doublée de l'action civile selon le modèle renforcé proposé plus haut, permettrait de remédier efficacement à la plupart de ceux-ci. En conséquence nous proposons ici :

- de réintroduire le juge d'instruction, non comme il existait avant la réforme de 1975, la position de cet acteur n'étant à l'époque pas assez forte pour proposer un contrepois suffisant au procureur, mais bien plus en augmentant ses prérogatives, à l'image de celle du magistrat instructeur français tout en créant une juridiction du second degré au niveau des cours régionales supérieures, moins chargées que les juridictions de première instance, auxquelles serait confié l'ensemble du contrôle de l'action tant du procureur que du magistrat instructeur. Le mis en cause pourrait ainsi disposer de recours plus efficaces que ceux que lui apportent actuellement les recours disparates et lacunaires contre l'action du procureur et la procédure intermédiaire.
- De garder le juge de l'enquête dans ses fonctions actuelles intervenant majoritairement dans l'enquête et pour les questions de détention provisoire à côté du juge

⁴⁹⁸⁴ CONTE, Philippe, « Bas les masques ! - Repère 6 », *Dr. Pén.*, 6-2016, *art. cit.*

d'instruction, en en faisant un juge spécialisé. Si la réintroduction de l'instruction était perçue comme une réforme trop radicale, il pourrait ici être proposé, à défaut d'introduire un magistrat instructeur, d'accorder au juge de l'enquête des prérogatives d'enquête pour agir d'office et augmenter l'efficacité de son contrôle.

- De remplacer les mécanismes inefficaces de contrôle du ministère public ouvert à la victime par une action civile unique qui déclencherait l'action du juge d'instruction.

- Supprimer le statut de fonctionnaire politique applicable à certains membres du parquet et modifier le statut des autres procureurs pour tendre à une plus grande indépendance, en interdisant par exemple les directives dans les affaires individuelles et en imposant une forme écrite à toutes les directives afin que soit possible un contrôle et une évaluation de celles-ci et de leur impact.

BIBLIOGRAPHIE

DIVERS

I/ OUVRAGES

A – EN ALLEMAND

GÜNTHER, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, Frankfurt/Main [e.a.], Ullstein, 1973.

MÜLLER, Ingo, *Furchtbare Juristen*, Berlin, edition TIAMAT, 2014.

NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte 1800 - 1866, Band I: Bürgerwelt und starker Staat*, vol. 1, München, Beck, 1983.

B – EN FRANÇAIS

BALZAC, Honoré (de), dans *Splendeur et misère des courtisanes*, vol. 5, Paris, Le Club français du livre, 1962.

BALZAC, Honoré, (de) « L'interdiction », dans *La Comédie humaine, Scènes de la vie privée*, vol. 2, Paris, Seuil, réédité en 1965 1836, p. 350-378.

GERBER, François, *De l'inutilité du juge d'instruction*, Paris, Bourin, 2010.

LACOUR, Laurence, *Le bûcher des innocents: l'affaire Villemin*, Paris, France, Plon, 1993.

LAMBERT, Jean-Michel, *Le petit juge*, Paris, France, A. Michel, 1987.

LAROCHE-FLAVIN, Charles, *La machine judiciaire*, Paris, Éd. du Seuil, 1968.

LAVILLE, Alain, *Le juge Michel*, Paris, Presses de la Cité, 1982.

LOMBARD, Paul, *Le crépuscule des juges*, Paris, Robert Laffont, 1988.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (de), baron de La Brède, *De L'Esprit des lois*, Paris, Garnier frères, 1871.

VILLENEUVE, Charles et PÉRET, Jean-Pierre, *Histoire secrète du terrorisme : les juges de l'impossible*, Paris, Plon, 1987.

II/ ARTICLES, FILMS, SITES INTERNET

A – EN ALLEMAND

FRIEDRICHSEN, Gisela,

- « Keine Wurzeln, keine Identität », *Der Spiegel*, 2011, en ligne : <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-81562338.html>, consulté dernièrement le 11.09.2014.

- « „Viel geglaubt, wenig gewußt“ », *Der Spiegel*, 1997, en ligne : <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-8653825.html>, consulté dernièrement le 18.05.2017.
- « Grenzen des Vorstellbaren », *Der Spiegel*, 1995, en ligne : <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-9157898.html>, consulté dernièrement le 18.05.2017.

GOETSCH, Monika, « Die stille Wut », *Deutsches Allgemeines Sonntagsblatt*, 1997, en ligne : <http://web.archive.org/web/20010118182700/www.sonntagsblatt.de/1997/34/34-s2.htm>, consulté dernièrement le 18.05.2017.

GREVEN, Ludwig, « Wulff-Freispruch: Endlich Schluss », *Die Zeit*, 13 juin 2014, en ligne : <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2014-06/wulff-staatsanwaltschaft-urteil-rechtskraft-kommentar>, consulté dernièrement le 23.04.2019.

MÜLLER, Reinhard,

- « Generalbundesanwalt Range wehrt sich gegen Einflussnahme », *FAZnet*, 4 août 2015, en ligne, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/generalbundesanwalt-range-wehrt-sich-gegen-einflussnahme-13733596.html>, consulté le 28.08.2016.
- « Wulff und die Staatsanwaltschaft „Nicht der Hauch einer Weisung“ », *FAZnet*, 21 février 2012, en ligne : <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/wulff-und-die-staatsanwaltschaft-nicht-der-hauch-einer-weisung-11656615.html>, consulté le 14.04.2013.

WITTE, Julia, « Justizbehörde: Weckruf durch den Chefankläger », *Die Welt*, 4 août 2015, en ligne : <https://www.welt.de/regionales/hamburg/article144819041/Weckruf-durch-den-Chefanklaeger.html>, consulté le 14.10.2016.

« Chronik der Affäre Wulff: Die Vorwürfe, sein Kampf ums Amt, die Folgen », *FOCUS Online*, 27 février 2014, en ligne : http://www.focus.de/politik/deutschland/wulff-unter-druck/chronik-der-afiaere-wulff-die-vorwuerfe-sein-kampf-ums-amt-die-folgen_aid_696704.html, consulté le 27.08.2016.

B – EN FRANÇAIS

BADINTER, Robert, « La mort programmée du juge d’instruction », *Le Monde*, 21 mars 2009, p. 17.

CARCASSONNE, Guy et MOLFESSIS, Nicolas, « La Cour de cassation à l’assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde.fr*, 22 avril 2010, en ligne : http://www.lemonde.fr/idees/article/2010/04/22/la-cour-de-cassation-a-l-assaut-de-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-par-guy-carcassonne-et-nicolas-molfessis_1341147_3232.html, consulté le 22.04.2018.

CEAUX, Pascal, « Juge des libertés et de la détention, de la difficulté d’incarcérer », *Le Monde*, 20 février 2006, p. 20.

CHEMIN, Anne, « Fichiers Edvige : Les points inquiétants pour les libertés », *Le Monde.fr*, 6 septembre 2008, en ligne : <http://www.lemonde.fr/politique/article/2008/09/06/fichier>

[edvige-les-points-inquietants-pour-les-libertes_1092225_823448.html](http://www.lemonde.fr/justice/article/2016/08/30/edvige-les-points-inquietants-pour-les-libertes_1092225_823448.html), consulté le 30.08.2016.

CZARNY, Raphaël, « La France est souvent condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme à cause de son système judiciaire. Comme toute l'Europe », *Slate.fr*, 10 janvier 2014, en ligne, <http://www.slate.fr/monde/82129/cour-europeenne-des-droits-de-homme>, consulté le 28.08.2016.

DAVET, Gérard, « L'autodéfense du procureur », *Le Monde*, 13 juillet 2010, p. 3.

DAVET, Gérard et LHOMME, Fabrice,

- « Nicolas Sarkozy renvoyé en correctionnelle pour "corruption" et "trafic d'influence" à la Cour de cassation », *Le Monde.fr*, 29 mars 2018, en ligne : https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2018/03/29/nicolas-sarkozy-renvoye-en-correctionnelle-pour-corruption-et-trafic-d-influence-a-la-cour-de-cassation_5278185_1653578.html, consulté le 09.09.2018.
- « Affaire Bettencourt : non-lieu pour Nicolas Sarkozy », *Le Monde.fr*, 7 octobre 2013, en ligne : http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/10/07/affaire-bettencourt-non-lieu-pour-nicolas-sarkozy_3491099_3224.html, consulté le 07.10.2013.

DINTILHAC, Jean-Pierre, « La garde à vue à la dérive », *Terra Nova*, février 2010, p. 1-10.

FACHE, Alexandre, « "Le retour d'un exercice vertical du pouvoir", entretien avec Katia Dubreuil, présidente du Syndicat de la magistrature », *l'Humanité*, 2 octobre 2018, p. 10.

FANSTEN, Emmanuel et HALISSAT, Ismaël, « À Paris, Macron veut poser son parquet », *Libération.fr*, 27 septembre 2018, en ligne : https://www.liberation.fr/france/2018/09/27/a-paris-macron-veut-poser-son-parquet_1681731, consulté le 22.12.2018.

FRANCE 2, *Faites entrer l'accusé - L'assassinat du petit Gregory*, France, 10 juillet 2014, en ligne : http://www.dailymotion.com/video/x216wi0_l-assassinat-du-petit-gregory-faites-entrer-l-accuse-fela_tv, consulté le 06.06.2016.

GARÇON, Maurice, « Garde à vue et inquisition », *Le Monde*, 11 janvier 1963.

GATTEGNO, Hervé, « Les tontons flingueurs des Hauts-de-Seine », *Le Point*, 25 septembre 2008, p. 58.

GOULLIAUD, Philippe, « Les juges traitent-ils Nicolas Sarkozy de manière impartiale ? Retour sur l'histoire tumultueuse entre l'ancien président et la magistrature », *Atlantico*, 6 septembre 2016, en ligne : <http://www.atlantico.fr/decryptage/juges-traitent-nicolas-sarkozy-maniere-impartiale-retour-histoire-tumultueuse-entre-ancien-president-et-magistrature-philippe-2811699.html>, consulté dernièrement le 10.09.2017.

JACQUIN, Jean-Baptiste,

- « Justice : l'Elysée prend la main sur les parquets », *Le Monde*, 27 septembre 2018, p. 9.
- « Juge des libertés et de la détention à Créteil : "On peut avoir l'impression de ne servir à rien" », *Le Monde*, 18 mai 2016, p. 11.
- « La réforme de la justice partiellement censurée », *Le Monde*, 23 mars 2019, p. 12.
- « Vers un statut protecteur pour le juge des libertés et de la détention », *Le Monde*, 6 mai 2016, p. 7.

JOHANNÈS, Franck, « Quelles suites pour François Fillon après sa mise en examen ? », *Le Monde.fr*, 1 mars 2017, en ligne :

https://www.lemonde.fr/politique/article/2017/03/01/quelles-suites-pour-francois-fillon-apres-sa-convocation-par-les-juges_5087694_823448.html, consulté le 14.08.2018.

KANNER, Patrick, « Une réforme constitutionnelle, vite ! », *Le Monde*, 5 octobre 2018, p. 19.

LHOMME, Fabrice et DAVET, Gérard :

- « Philippe Courroye : "Mes relations avec M. Sarkozy n'ont jamais porté sur aucune affaire que je traitais" », *Le Monde*, 13 octobre 2012, p. 9.
- « Pour le juge Van Ruymbeke, "il faut supprimer le juge d'instruction" », *Le Monde*, 20 janvier 2006, p. 3.

MARTINEL, Agnès et GOANVIC, Isabelle, « La suppression du juge d'instruction : une réforme dangereuse et inefficace en l'état », *Terra Nova*, 12 février 2010, p. 1-11.

PIEL, Simon :

- « Bygmalion : Nicolas Sarkozy renvoyé en procès pour financement illégal de campagne électorale », *Le Monde.fr*, 7 février 2017, en ligne : https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2017/02/07/affaire-bygmalion-nicolas-sarkozy-renvoie-en-proces-pour-financement-illegal-de-campagne-electorale_5075768_1653578.html, consulté le 09.09.2018.
- « La garde à vue, machine à intimider », *Le Monde*, 15 novembre 2014, p. 7.

RICŒUR, Paul, « Cultures, du deuil à la traduction », *Le Monde*, 24 mai 2004, p. 19.

ROBERT-DIARD, Pascale et DAVET, Gérard, « Le jour où le procureur Philippe Courroye a été lâché », *Le Monde*, 28 octobre 2010, p. 9.

SAINT-SERNIN, Yann, « La magistrate relaxée », *Sud Ouest (site web)*, 3 juillet 2015, en ligne : <https://www.sudouest.fr/2015/07/03/la-magistrate-relaxee-1985006-2780.php>, consulté dernièrement le 13.09.2018.

SALLES, Alain,

- « Le procureur général de Riom dénonce une mutation "arbitraire" », *Le Monde.fr*, 7 juillet 2009, en ligne : https://www.lemonde.fr/societe/article/2009/07/07/le-procureur-general-de-riom-denonce-sa-mutation-arbitraire_1216067_3224.html, consulté le 03.09.2018.
- « Les procureurs français sont-ils vraiment des magistrats ? », *Le Monde.fr*, 7 mai 2009, en ligne, http://www.lemonde.fr/societe/article/2009/05/07/les-procureurs-francais-sont-ils-vraiment-des-magistrats_1190072_3224.html, consulté le 10.09.2017.
- « Réforme de la procédure pénale : chronique d'une mort annoncée », *Le Monde.fr*, 6 mai 2010, en ligne : http://www.lemonde.fr/societe/article/2010/05/06/reforme-de-la-procedure-penale-chronique-d-une-mort-annoncee_1347266_3224.html, consulté le 27.08.2016.

SENNEVILLE, Valérie (de), « Parquet de Paris : les coulisses d'une succession à rebondissements », *Les Echos*, 17 octobre 2018, p. 13.

SERVICE FRANCE, « L'ensemble du dossier Woerth-Bettencourt sera dépaysé », *Le Monde*, 28 octobre 2010, p. 9.

SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel et DALLE, Hubert, « Les procureurs français sont-ils vraiment des magistrats ? », *Le Monde.fr*, 21 mai 2009, en ligne : http://www.lemonde.fr/idees/article/2009/05/21/les-procureurs-francais-sont-ils-vraiment-des-magistrats_1196324_3232.html, consulté le 22.08.2017.

« Affaire de Karachi : Nicolas Sarkozy entendu comme témoin par la Cour de justice de la République », *Le Monde.fr*, 1 juin 2017, en ligne, https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2017/06/01/affaire-de-karachi-nicolas-sarkozy-entendu-comme-temoin-par-la-cour-de-justice-de-la-republique_5137288_1653578.html, consulté le 09.09.2018.

« Ces affaires qui empoisonnent Sarkozy », *lesechos.fr*, 7 février 2017, en ligne, <https://www.lesechos.fr/politique-societe/dossiers/0203608586597/0203608586597-ces-affaires-qui-empoisonnent-nicolas-sarkozy-1020418.php#Xtor=AD-6000>, consulté le 06.09.2017.

« Faits divers », *L'Assiette au beurre*, n° 284, 8 septembre 1906, p. 1209-1224.

« Fiasco judiciaire et dérives médiatiques : l'enquête de tous les excès », *Le Figaro*, 4 décembre 2008, en ligne, <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2008/12/04/01016-20081204ARTFIG00011-fiasco-judiciaire-et-derives-mediatiques-l-enquete-de-tous-les-exces-.php>, consulté dernièrement le 06.06.2016.

« Financement libyen de la campagne de 2007 : Nicolas Sarkozy est mis en examen », *Le Monde.fr*, 21 mars 2018, en ligne : https://www.lemonde.fr/politique/article/2018/03/21/financement-libyen-de-la-campagne-de-2007-fin-de-la-garde-a-vue-de-nicolas-sarkozy_5274484_823448.html, consulté le 09.09.2018.

« L'affaire Grégory, 30 ans après: un naufrage judiciaire toujours sans vérité », *Le Huffington Post*, 16 octobre 2014, en ligne : http://www.huffingtonpost.fr/2014/10/16/affaire-petit-gregory-villemin-30-ans-nauffrage-judiciaire-verite_n_5990572.html, consulté le 06.06.2016.

« Le Conseil de l'Europe sceptique sur la suppression du juge d'instruction », *Le Monde.fr*, 23 juin 2009, en ligne : http://www.lemonde.fr/europe/article/2009/06/23/le-conseil-de-l-europe-sceptique-sur-la-suppression-du-juge-d-instruction_1210545_3214.html, consulté le 27.08.2016.

« Les dix affaires dans lesquelles Nicolas Sarkozy est cité ou mis en cause », *Le Monde.fr*, 21 mars 2018, en ligne : https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2018/03/21/les-dix-affaires-dans-lesquelles-nicolas-sarkozy-est-cite-ou-mis-en-cause_5274274_4355770.html, consulté le 09.09.2018.

« Les gaietés de l'instruction », *L'Assiette au beurre*, n° 391, 26 septembre 1908, p. 417-432

I/ OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS

A – EN ALLEMAND

EISENBERG, Ulrich, *Kriminologie*, München, Beck, 2005.

ENGLÄNDER, Armin, *Examens-Repetitorium Strafprozessrecht*, 8^e édition, Heidelberg, München, Landsberg [e.a.], C. F. Müller, 2017.

ENGLÄNDER, Armin et VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, 9^e édition, München, Beck, 2018.

ERBGUTH, Wilfried, MANN, Thomas, SCHUBERT, Mathias et TETTINGER, Peter J., *Besonderes Verwaltungsrecht*, 12^e édition, Heidelberg [e.a.], Müller, 2015.

FEZER, Gerhard, *Strafprozessrecht*, 2^e édition, München, Beck, 1995.

KAISER, Günther, *Kriminologie*, 3^e édition, Heidelberg, Müller, 1996.

KINDHÄUSER, Urs, *Strafprozessrecht*, 4^e édition, Baden-Baden, Nomos, 2016.

KRIES, August von, *Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts*, Freiburg i.B., Mohr, 1892.

KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, Heidelberg [e.a.], Müller, 2015.

KÜRZINGER, Josef, *Kriminologie*, 2^e édition, Stuttgart [e.a.], Boorberg, 1996.

ROXIN, Claus, SCHÜNEMANN, Bernd et KERN, Eduard, *Strafverfahrensrecht*, 29^e édition, München, C.H. Beck, 2017.

RÜPING, Hinrich, *Das Strafverfahren*, München, Vahlen, 1983.

SCHÄFER, Karl, *Strafprozeßrecht*, Berlin, de Gruyter, 1976.

SCHMIDT, Eberhard,

- *Deutsches Strafprozeßrecht, Hauptband*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.
- *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1965.
- *Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts*, vol. 1, 2^e édition, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1964.

SEILER, Stefan, *Strafprozessrecht*, Wien, facultas.wuv, 2015.

B – EN FRANÇAIS

DESPORTES, Frédéric et LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, Paris, Economica, 4^e édition, 2015.

DESPORTES, Frédéric et LE GUNEHÉC, Francis, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2011.

DREYER, Emmanuel, *Droit pénal général*, Paris, LexisNexis, 2014.

DREYER, Emmanuel et MOUYSSET, Olivier, *Procédure pénale*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2016.

ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Frankfurt am Main, Sauer & Auvermann, rééd. 1882.

FAVOREU, Louis et PHILIP, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2003.

GARRAUD, René,

- *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, vol. 1, Paris, Sirey, 1907.
- *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, vol. 3, Paris, Sirey, 1912.
- *Précis de droit criminel*, 11^e édition, Paris, Recueil Sirey, 1912.

GARSONNET, Eugène et CÉZAR-BRU, Charles, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, vol. 1, Paris, Recueil Sirey, 1912.

GUÉRY, Christian et CHAMBON, Pierre, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Paris, Dalloz, 2019 2018.

GUINCHARD, Serge et BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, Paris, LexisNexis, 11^e éd., 2018 (l'usage de l'éd. précédente [10^e, 2014] a fait l'objet, le cas échéant, d'une mention particulière marquée d'une *, le n° de l'éd. et l'année correspondante dans la note de bas de page correspondante).

HÉLIE, Faustin,

- *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle, Histoire et théorie de la procédure criminelle*, vol. 1, Paris, Henri Plon, 1866.
- *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle, De la mise en prévention, de la mise en accusation, du règlement de la compétence*, vol. 5, Paris, Henri Plon, 1867.
- *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle, De l'action publique et de l'action civile*, vol. 2, Paris, Charles Hingray, 1846.

KUTY, Franklin, *Justice pénale et procès équitable. vol. 1. Notions générales. Garanties d'une bonne administration de la justice*, Bruxelles, Larcier, 2006.

LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. 1, Paris/Nancy, Berger-Levrault et Cie, 1896.

LAINGUI, André et LEBIGRE, Arlette, *Histoire du droit pénal, la procédure criminelle*, Paris, Cujas, 1979.

LAMBERT, Louis, *Traité théorique et pratique de police judiciaire à l'usage des commissaires de police et des autres officiers de police judiciaire, Tome 1 - Tome 2*, Lyon, JDesvigne et Cie, 1947.

LEROY, Jacques, *Procédure pénale*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2017.

MERLE, Roger et VITU, André, *Traité de droit criminel, Tome 2. Procédure pénale*, vol. 2, 5e édition, Paris, Cujas, 5e éd., 2001.

MORIZOT-THIBAUT, Charles, *De L'Instruction préparatoire (étude critique du Code d'instruction criminelle)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1906.

PRADEL, Jean,

- *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 2014.
- *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 19^e éd., 2017 (l'usage de l'éd. précédente [18^e, 2015] a fait l'objet, le cas échéant, d'une mention particulière marquée d'une *, le n° de l'éd. et l'année correspondante dans la note de bas de page correspondante).

RASSAT, Michèle-Laure, *Traité de procédure pénale*, Paris, PUF, 2001.

STEFANI, Gaston, LEVASSEUR, Georges et BOULOC, Bernard, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 26^e éd., 2018.

C – EN ITALIEN

CHIAVARIO, Mario, *Diritto processuale penale*, 6e édition, Turin, UTET, 2015.

TONINI, Paolo, *Manuale di procedura penale*, Mailand, Giuffrè, 2009.

II/ OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, OUVRAGES

A – EN ALLEMAND

ALBRECHT, Hans-Jörg, DORSCH, Claudia et KRÜPE, Christiane, *Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen*, Freiburg i. Br., Ed Iuscrim, 2003.

AMELUNG, Knut, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976.

ARZT, Gunther, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, Tübingen, Mohr, 1976.

BACHMANN, Gregor, *Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994.

BANNENBERG, Britta, *Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV)*, München, Beck, 2001.

BAUMANN, Claude, *Die Stellung des Geschädigten im schweizerischen Strafprozeß*, Aarau, Sauerländer, 1958.

BEULKE, Werner, *Strafprozessrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2016.

BISCHOFF, Georg, *Das Klageerzwingungsverfahren*, Gelsenkirchen, Mannhold, 1987.

BLANKENBURG, Erhard, SESSAR, Klaus et WIEBKE, Steffen, *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978.

BOSCH, Nikolaus, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998.

BRÜNING, Janique, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2005.

CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, Breslau, Freiburg, 1932.

- COLLIN, Peter**, « *Wächter der Gesetze* » oder « *Organ der Staatsregierung* »? : *Konzipierung, Einrichtung und Anleitung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium ; von den Anfängen bis 1860*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000.
- CONSTANTINESCO, Léontin-Jean**, *Die rechtsvergleichende Wissenschaft*, Cologne, Heymann, 1983.
- DENGLER, Christoph Clemens**, *Die richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren*, Frankfurt am Main [e.a.], Lang, 2003.
- DOHNA, Alexander (von)**, *Das Strafprozeßrecht*, 3^e édition, Berlin, Heymann, 1929.
- EIDAM, Lutz**, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Frankfurt a. M., Lang, 2007.
- ELLING, Karl**, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, Breslau, Schletter, 1911.
- ERNST, Christoph**, *Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung*, Frankfurt a. M. [e.a.], Lang, 1986.
- FRAU, Robert**, *Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.
- GAEDE, Karsten**, *Fairness als Teilhabe - Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2007.
- GÄRTNER, Reinhard**, *Die Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren*, Saarbrücken, Scharlotte Schön, 1964.
- GROßFELD, Bernhard**, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr, 1996.
- HAAS, Volker**, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- HAUG, Helmut**, *Die gerichtliche Voruntersuchung und die Frage ihrer Reformbedürftigkeit*, Württemberg, Eberhard-Karls-Universität Tübingen, 1930.
- HEGHMANN, Michael**, *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, München, VVF, 1991.
- HERTZ, Adolf**, *Die Geschichte des Legalitätsprinzips*, Borna-Leipzig, Noske, 1935.
- HÜLS, Silke**, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, Berlin (Uni. Bielefeld), Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007.
- JANS, Sigrid**, *Die Aushöhlung des Klageerzwingungsverfahrens*, Frankfurt am Main [e.a.], Lang, 1990.
- KAUSCH, Erhard**, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980.
- KERBEL, Paul**, *Zur Stellung, Organisation und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft*, Frankfurt a. M., J. W. Goethe-Universität, 1974.
- KIRCH, Hermann Josef**, *Das Strafbefehlsverfahren nach dem Strafverfahrensänderungsgesetz 1987*, 1987.
- KISCHEL, Uwe**, *Rechtsvergleichung*, München, Beck, 2015.
- KOHLER, Eva**, *Beschleunigte Strafverfahren im deutschen und französischen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.

- KOHLHAAS, Max**, *Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt*, Neuwied a. Rhein, Luchterhand, 1963.
- KREY, Volker**, *Deutsches Strafverfahrensrecht, Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung*, vol. 2, Stuttgart, Kohlhammer, 2007.
- KÜHL, Kristian**, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, Koeln, Heymann, 1983.
- KUNZ, Karl-Ludwig**, *Die Einstellung wegen Geringfügigkeit durch die Staatsanwaltschaft*, Königstein/Ts., Athenäum-Verl., 1980.
- LANDSBERG, E. (éd.)**, *Die Gutachten der Rheinischen Immediat-Justiz-Kommission und der Kampf um die rheinische Rechts- und Gerichtsverfassung 1814 - 1819*, Düsseldorf, Droste, 2000.
- LANGE, Regina**, *Fehlerquellen im Ermittlungsverfahren*, Heidelberg, Kriminalistik Verl., 1980.
- LANGER, Wolfgang**, *Staatsanwälte und Richter*, Stuttgart, Enke, 1994.
- LARENZ, Karl**, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6^e édition, Berlin, Heidelberg, New York, Springer, 1991.
- LIN, Yu-hsiung**, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, Frankfurt a.M [e.a.], Lang, 1998.
- LISZT, Franz (von)**, *Aufsätze und kleinere Monographien*, vol. 1, Hildesheim [e. a.], Olms-Weidmann, 1905.
- LOHNER, Erwin**, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren*, Frankfurt am Main, Lang, 1994.
- MACHALKE, Annette**, *Die Funktion des Oberlandesgerichts im Klageerzwingungsverfahren*, Aachen, Shaker, 1996.
- MARQUARDT, Hanno**, *Die Entwicklung des Legalitätsprinzips*, Mannheim, 1982.
- MARXEN, Klaus**, *Straftatsystem und Strafprozess*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984.
- MEYER-KRAPP, Edda**, *Das Klageerzwingungsverfahren*, Göttingen, 2008.
- MITTERMAIER, Carl Joseph Anton**,
- *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren: nach ihrer neuesten Fortbildung*, Erlangen, F. Enke, 1856.
 - *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen*, Stuttgart [e.a.], Cotta, 1845.
 - *Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Europa and Amerika, über ihre Vorzüge, Mängel und Abhülfe [sic]*, Erlangen, F. Enke, 1865.
- NELLES, Ursula**, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980.
- OTTO, Gustav**, *Die preußische Staatsanwaltschaft*, Berlin, Guttentag, 1899.
- PETERS, Karl**, *Fehlerquellen im Strafprozeß, Band 2: Systematische Untersuchungen und Folgerungen*, vol. 2, Karlsruhe, Müller, 1972.
- PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard, KNIESEL, Michael, KINGREEN, Thorsten et POSCHER, Ralf**, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9^e édition, München, C.H. Beck, 2016.

- PRECHTEL, Günter**, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter: eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, Munich, VVF, 1995.
- RABE VON KÜHLEWEIN, Malte**, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, Frankfurt a.M. [e.a.], Lang, 2001.
- RIESS, Peter**, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C*, München, Beck, 1984.
- ROGALL, Klaus**, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977.
- RZEPKA, Dorothea**, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000.
- SANDERMANN, Almut**, « *Waffengleichheit* » im Strafprozeß, 1975.
- SATZGER, Helmut**, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens*, München, Beck, 2004.
- SAVIGNY, Friedrich Carl (von) et SCHUBERT, Werner**, *Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung*, Frankfurt a.M [e.a.], Peter Lang, rééd. 1846.
- SCHEERBARTH, Hans Walter, HÖFFKEN, Heinz, BAUSCHKE, Hans-Joachim et SCHMIDT, Lutz**, *Beamtenrecht*, 6^e éd., Siegburg, Reckinger, 1992.
- SCHINNERER, Erich**, *Wirkungskreis und Organisation der Staatsanwaltschaften*, Berlin, Junker u. Dünnhaupt, 1938.
- SCHLACHETZKI, Nikolas**, *Die Polizei - Herrin des Strafverfahrens?*, Berlin, Mensch & Buch Verlag, 2003.
- SCHLAURI, Regula**, *Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren*, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2003.
- SCHMIDT, Eberhard**, *Fiskalat und Strafprozeß*, München [e.a.], Oldenburg, 1921.
- SCHMITT-FASSBINDER, Ralf**, *Die sogenannten Krisen in der Strafrechtsprechung*, Trier, Université de la Sarre, 1978.
- SCHUMACHER, Ulrich**, *Kontinuität und Diskontinuität im Strafverfahrensrecht*, Köln, Pahl-Rugenstein, 1987.
- SCHUMACHER, Ulrich**, *Staatsanwaltschaft und Gericht im Dritten Reich: zur Veränderung der Kompetenzverteilung im Strafverfahren unter Berücksichtigung der Entwicklung in der Weimarer Republik und in der Bundesrepublik*, Köln, Pahl-Rugenstein, 1985.
- STEINER, Dirk**, *Das Fairneßprinzip im Strafprozeß*, Frankfurt am Main [e.a.], Peter Lang, 1995.
- STRAFVERTEIDIGERVEREINIGUNGEN et DEUTSCHER ANWALTSVEREIN (éds.)**, *Annexion des Strafverfahrens durch die Polizei: Strafverteidiger protestieren gegen den Entwurf eines Strafverfahrensänderungsgesetzes 1989 (StVÄG)*, Köln, Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen, 1990.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich**, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, Berlin [u.a.], de Gruyter, 1998.
- TALASKA, Claudia Elisabeth**, *Der Richtervorbehalt*, Hamburg, Kovač, 2007.

TAUBALD, Claudia, *Konsensuale Erledigung von Strafverfahren in Deutschland und Frankreich*, Tübingen, Eberhard-Karls-Universität Tübingen, 2009.

WARSCHKO, Jeannette, *Vorbeugende Verbrechensbekämpfung. Prävention oder Repression?*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 1995.

WEHLER, Hans-Ulrich, *Von der « Deutschen Doppelrevolution » bis zum Beginn des Ersten Weltkrieges 1849 - 1914*, vol. 3, Munich, Beck, 1995.

WEIGEND, Thomas,

- *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden-Baden, Nomos, 1978.
- *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.

WERNER, Karin, *Der Einfluß des Verletzten auf Verfahreneinstellungen der Staatsanwaltschaft*, München, Wilhelm Fink Verl., 1986.

WESEL, Uwe, *Der Gang nach Karlsruhe*, München, Blessing, 2004.

WINZER, Stephanie, *Der Vollzug der Untersuchungshaft nach dem niedersächsischen Justizvollzugsgesetz*, Göttingen, Univ.-Verl. Göttingen, 2010.

WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994.

WOLFF, Heinrich Amadeus, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.

ZACHARIAE, Heinrich Albert, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens*, Göttingen, Dieterich, 1846.

B – EN FRANÇAIS

ALIX, Julie, *Terrorisme et droit pénal: étude critique des incriminations terroristes*, Paris, France, Dalloz, 2010.

ANCEL, Marc, *Utilité et méthodes du droit comparé : éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Ides et calendes, 1971.

ANGIBAUD, Brigitte, *Le parquet*, Paris, PUF, 1999 (Que sais-je ? 3474).

ARNAL-DONNEDIEU DE VABRES, Marguerite, *Le Projet de Code d'Instruction criminelle: les réformes qu'il introduit, les critiques qu'il soulève*, Paris, Paris, 1952.

AUBENAS, Florence, *La méprise*, Paris, Éd. du Seuil, 2005.

AUTEXIER, Christian, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997.

BASTARD, Benoit et MOUHANNA, Christian, *Une justice dans l'urgence : le traitement en temps réel des affaires pénales*, Paris, PUF, 2007.

CARNOT, Joseph-François-Claude, *De l'instruction criminelle, considérée dans ses rapports généraux et particuliers avec les lois nouvelles et la jurisprudence de la Cour de cassation*, vol. 1, Paris, Nêve, 1829.

CHIUSA ALDRIN, Céline, *De l'utilité du juge d'instruction, Mémoire sous la direction du Professeur D. ALLIX*, Assas Paris II, 2003 2002.

COULON, Jean-Marie et SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel, *La justice à l'épreuve*, Paris, Odile Jacob, 2002.

DECOCQ, André, MONTREUIL, Jean et BUISSON, Jacques, *Le droit de la police*, Paris, Litec, 1998.

DELGA, Jacques, *Manuel de l'innocent : « De l'atteinte à la présomption d'innocence »*, Paris, Éditions Eska, 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille,

- (dir.), *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne = introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, Paris, Economica, 1997.
- *Procédures pénales d'Europe*, Paris, PUF, 1995.
- *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, Textuel, 2005.
- *Pour un droit commun*, Paris, Éd. du Seuil, 1994.

DELPON, Jacques-Antoine, *Essai sur l'histoire de l'action publique et du ministère public*, vol. 2, Paris, A. Désauges, 1830.

DUBY, Georges, *La société aux XIe et XIIe siècles dans la région mâconnaise*, Paris, Editions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1982.

EYMERICH, Nicolau et PEÑA, Francisco, *Le manuel des inquisiteurs*, Paris, La Haye, Mouton, 1973.

FOURNIER, Paul, *Les officialités au moyen âge: Étude sur l'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques en France, de 1180-1328*, Paris, E. Plon et cie, 1880.

FROMONT, M. et RIEG, A. (éds.), *Introduction au droit allemand: République fédérale*, vol. 2, Paris, Cujas, 1984.

GARAPON, Antoine, *La raison du moindre état: le néolibéralisme et la justice*, Paris, OJacob, 2010.

GARAPON, Antoine et SALAS, Denis, *Les nouvelles sorcières de Salem : leçons d'Outreau*, Paris, Seuil, 2006.

GARNOT, B. (éd.), *Les victimes, des oubliées de l'histoire ?*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 8 juillet 2015 (Histoire).

GRUNVALD, Sylvie et DANET, Jean, *Une première évaluation de la composition pénale: rapport final*, France, 2004.

INCHAUSPÉ, Dominique, *L'erreur judiciaire*, Paris, PUF, 2010.

LAMBERT, Louis, *Formulaire des officiers de police judiciaire: formulation, style droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985.

LE MONNIER DE GOUVILLE, Pauline, *Le juge des libertés et de la détention*, Paris, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 2011.

LEGRAND, Pierre, *Le droit comparé*, Paris, PUF, 2011.

LEMESLE, Laurent et PANSIER, Frédéric-Jérôme, *Le procureur de la République*, Paris, PUF, 1998.

MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit*, Paris, CNRS, 1999.

MOLÈNES, Alexandre-Jacques-Denis-Gaston (de), *Traité pratique des fonctions de procureur du roi, suivi d'une discussion sur la question de duel*, vol. 2, Paris, France, 1843.

ORTOLAN, Joseph-Louis-Elzéar, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridiction, procédure*, vol. 2, Paris, Plon, 1864.

PARIZOT, Raphaële, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée : le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment d'argent en France et en Italie*, Paris, Panthéon-Sorbonne (Paris 1), 2010.

PERNOUD, R. (éd.), *Les statuts municipaux de Marseille*, Monaco, Paris, Archives du Palais, A. Picard, 1949.

PLUYETTE, Charles, *Du ministère public*, Thèse, Rennes, France, 1877.

PRADEL, Jean,

- *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2008.
- *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes : rapports de synthèses des colloques de l'ISISC*, Ramonville-Saint-Agne, Erès, 1998.

PRADEL, Jean, CORSTENS, Geert et VERMEULEN, Gert, *Droit pénal européen*, Paris, Dalloz, 2009.

RASSAT, Michèle-Laure, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967.

RODIÈRE, René, *Introduction au droit comparé*, Barcelone, Institut de Droit Comparé du Conseil Supérieur des Recherches Scientifiques de l'Espagne [e.a.], 1967.

ROYER, Jean-Pierre, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 1996.

ROYER, Jean-Pierre, JEAN, Jean-Paul, DURAND, Bernard, DERASSE, Nicolas et DUBOIS, Bruno, *Histoire de la justice en France : du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 2010.

SCHENIQUE, Laurie, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, Paris, l'Harmattan, 2014.

SÉGAUT, Julie, *Essai sur l'action publique, version électronique*, Reims, Atelier national de reproduction des thèses, 2010.

TARDIF, Adolphe, *La procédure civile et criminelle aux XIII^e et XIV^e siècles : ou procédure de transition*, Paris, A. Picard L. Larose et Forcel, 1885.

TRILLES, Olivier, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire*, Toulouse, 2005.

VALKENEER, Christian (de), *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale : analyse en droits belge et international complétée par des éléments de droits français et néerlandais*, Bruxelles, Larcier, 2000.

VAN RUYMBEKE, Renaud, *Le juge d'instruction*, Paris, PUF, 2002.

VERCIER, Jean, *La justice criminelle dans le département de l'Hérault pendant la Révolution, 1789-1800*, Causse-Graille et Castelnau, Montpellier, 1925.

VLAMYNCK, Hervé, *Droit de la police*, Paris, Vuibert, 2017.

C – EN ANGLAIS

HODGSON, Jacqueline, *French criminal justice*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

D – EN ITALIEN

CHIAVARIO, Mario, *La riforma del processo penale*, Torino, UTET, 1990.

III/ OUVRAGES COLLECTIFS ET MÉLANGES (LE CAS ÉCHÉANT BILINGUES) UTILISÉS À PLUSIEURS REPRISES POUR CETTE THÈSE

ASSOCIATION FRANÇAISE DES MAGISTRATS INSTRUCTEURS (éd.), *Le devenir du juge d'instruction en Europe, actes du colloque du 20 mars 2013*, Paris, 2015, en ligne :

<https://www.fichier-pdf.fr/2015/07/16/colloque-afmi-integrale/colloque-afmi-integrale.pdf>, consulté dernièrement le 24.04.2019.

CARBASSE, J.-M. (éd.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000.

CENTRE DE DROIT PÉNAL DE L'UNIVERSITÉ DE JEAN-MOULIN-LYON 3 (éd.), *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges en l'honneur de Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006 (abrégé *Mélanges Pradel*, 2006).

CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ (éd.), *Le droit comparé : aujourd'hui et demain. Colloque, 1^{er} décembre 1995*, Paris, Société de législation comparée, 1996.

C. CASS. (éd.),

- *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, Dalloz, 2007.
- *Quel avenir pour le ministère public ?*, actes de la conférence tenue le 12 octobre 2007 au Sénat, Paris, Dalloz, 2008.

COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la garde à vue : actes du colloque du 16 décembre 2011*, Nice, Paris, l'Harmattan, 2012.

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT PRIVÉ, PARIS 2 (éd.), *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2010 (abrégé *CP et CIC, livre du Bicentenaire*, 2010).

FARCY, J.-C. et CLÈRE, J.-J. (éds.), *Le juge d'instruction : approches historiques*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2010.

LAZERGES, C. (éd.), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006.

LEBLOIS-HAPPE, J. et INSTITUT DROIT ET ÉCONOMIE DES DYNAMIQUES EN EUROPE. METZ (éds.), *Vers un nouveau procès pénal ? Neue Wege des Strafprozesses ?*, Paris, Société de législation comparée, 2008.

LEBLOIS-HAPPE, J. et STUCKENBERG, C.-F. (éds.), *Was wird aus der Hauptverhandlung?*, Göttingen, V&R unipress, 2014.

LEGRAND, P. (éd.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009.

LELIEUR, J. (éd.), *Combattre la corruption sans juge d'instruction : colloque*, Université de Rouen, Secure finance, 2011.

MALABAT, V., LAMY, B. de et GIACOPELLI, M. (éds.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Paris, Dalloz, 2009.

IV/ ARTICLES EXTRAITS D'OUVRAGES COLLECTIFS OU DE MÉLANGES

A – EN ALLEMAND

AMELUNG, Knut, « Entwicklung, gegenwärtiger Stand und zukunftsweisende Tendenzen der Rechtsprechung zum Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe », dans ROXIN, C. (éd.), *Strafrecht, Strafprozeßrecht*, vol. 4, Bonn, Verl. des wissenschaftl. Instituts der Steuerberater, 2000, p. 911-932.

BARTON, Stephan et al., « Einführung in den Band », dans dans BARTON, S., KÖLBEL, R. et LINDEMANN, M. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 2015, p. 11-31.

BERCKHAUER, Friedhelm et STEINHILPER, Gernot, « Opferschutz durch Strafrecht und Strafverfahren? », dans JANSSEN, H. (éd.), *Verbrechensopfer, Sozialarbeit und Justiz*, 2^e édition, Bonn Bad-Godesberg, 1986, p. 81 et s.

DREHER, Eduard, « Die Behandlung der Bagatellkriminalität », dans *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin [e. a.], de Gruyter, 1974 (abrégeé *FS-Welzel*, 1974), p. 917-940.

DÖLEMEYER, Barbara, « Ministère public und Staatsanwaltschaft - Der Einfluss des "modèle judiciaire français" im Rheinland », dans [e.a.] DURAND, B. (éd.), *Staatsanwaltschaft, europäische und amerikanische Geschichten*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, p. 85-103.

ELLSCHIED, Günter, « Rechtsstaatliche Defizite in der Stellung der Staatsanwaltschaft », dans JUNG, H. (éd.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, Baden-Baden, Nomos-Verl. ges., 1996, p. 79-94.

ENGELHARD, Hans Arnold, « Ist eine große Strafprozessreform notwendig? », dans EYRICH, H. (éd.), *Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 1989 (abrégeé *FS-Rebmann*, 1989), p. 45-62.

FEZER, Gerhard, « Richterliche Kontrolle der Ermittlungstätigkeit vor Anklageerhebung », dans *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, 1978 (abrégeé *GS-Schröder*, 1978), p. 407-423.

FRISTER, Helmut, « Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme », dans LEBLOIS-HAPPE, J. et STUCKENBERG, C.-F. (éds.), *Was wird aus der Hauptverhandlung?*, Göttingen, V&R unipress, 2014, p. 65 et s.

FROMMEL, Monica, « Die Implementation der liberalen Forderung nach einer Reform des Strafverfahrens in der jüngeren Strafrechtsgeschichte », dans MOHNHAUPT, H. (éd.), *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1991, p. 548 et s.

GNEIST, Rudolf, « Die Staatsanwaltschaft und die Privatanklage », dans GNEIST, R. (éd.), *Vier Fragen zur Deutschen Strafprozeßordnung mit einem Schlußwort über die Schöffengerichte [sic]*, Berlin, Heidelberg, Springer, 1874, p. 16-57.

GRÜNWARD, Gerald, « Empfiehlt es sich, besondere strafprozessuale Vorschriften für Großverfahren einzuführen? », dans *50. Deutscher Juristentag. Verhandlungen des fünfzigsten Deutschen Juristentages, Hamburg, Band I (Gutachten)*, München, Beck, 1974.

Gusy, Christoph, « Zukunft der Richtervorbehalte », dans BARTON, S., KÖLBEL, R. et LINDEMANN, M. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 2015, p. 195-217.

HANACK, Ernst-Walter, « Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsreform », dans LACKNER, K. (éd.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin [e.a.], de Gruyter, 1973 (abrégeé *FS-Gallas*, 1973), p. 339-364.

HARTUNG, Fritz, « Einführung angloamerikanischen Strafverfahrensrechtes in Deutschland », dans *Festschrift für Ernst Heinrich Rosenfeld zu seinem 80. Geburtstag am 14. August 1949*, Berlin, de Gruyter, 1949, (abrégeé *FS-Rosenfeld*, 1949), p. 231-243.

HEFTER, Heinrich, « Der nachmärzliche Liberalismus: die Reaktion der fünfziger Jahre », dans WEHLER, H.-U. (éd.), *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, Köln, Kiepenheuer & Witsch, 1976, p. 177-196.

HEINZ, Wolfgang,

- « Die Staatsanwaltschaft, eine Sanktionsinstanz mit zunehmend ausgebauter, aber regional extrem gehandhabter und nicht hinreichend kontrollierter Sanktionsmacht », dans ESSER, R. (éd.), *Festschrift für Hans-Heiner Kühne*, Heidelberg ; München ; Landsberg [e.a.], C.F. Müller, 2013, (abrégeé *FS-Kühne*, 2013), p. 213-233.
- « Die Abschlußentscheidung des Staatsanwalts aus rechtstatsächlicher Sicht », dans GEISLER, C. (éd.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, Wiesbaden, Kriminologische Zentralstelle e. V., 1999, p. 125-206.
- « Die Staatsanwaltschaft, Selektions- und Sanktionsinstanz im statistischen Graufeld », dans ALBRECHT, H.-J. (éd.), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 85-125.

HELLMANN, Uwe, « Anfangsverdacht und Begründung der Beschuldigteneigenschaft », dans R. ESSER (éd.), *Festschrift für Hans-Heiner Kühne*, Heidelberg (e. a.), C.F. Müller, 2013 (abrégeé *FS-Kühne*, 2013), p. 235-249.

HILGER, Hans,

- « Über den „Richtervorbehalt“ im Ermittlungsverfahren », dans GEPPERT, K. (éd.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlin, de Gruyter, 1990, (abrégeé *GS-Meyer*, 1990), p. 209-225.
- « Über verfassungs- und strafverfahrensrechtliche Probleme bei gesetzlichen Regelungen grundrechtsrelevanter strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen », dans ESER, A. (éd.), *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin*, Köln, Heymanns, 1995, p. 319-336.

JAHN, Mathias, « Das heutige strafprozessuale Ermittlungsverfahren aus Sicht von Wissenschaft und Justiz: Die Entwicklung in den letzten drei Jahrzehnten und die rechtspolitischen Baustellen », dans BARTON, S., KÖLBEL, R. et LINDEMANN, M. (éds.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 2015, p. 35-91.

JUNG, Heike,

- « Der Untersuchungsrichter – ein Nachruf? », dans MOOS, R. (éd.), *Strafprozessrecht im Wandel. Festschrift für Roland Miklau zum 65. Geburtstag*, Innsbruck (e.a.), Studien-Verl., 2006, (abrégé *FS-Miklau*, 2006), p. 229-237.
- « Einführung », dans JUNG, H. et FINCKE, M. (éds.), *Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen*, Berlin [u.a.], de Gruyter, 1990, p. 1-6.

JUNG, Heike et BRITZ, Guido, « Anmerkung zur “Flexibilisierung” des Katalogs von § 153 a Abs. 1 StPO », dans ESER, A. (éd.), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis*, München, C.H. Beck, 2001, p. 307-320.

KINTZI, Heinrich, « Plädoyer für eine Neuordnung des Amtsrechts der Staatsanwälte », dans BRODA, C. (éd.), *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Neuwied, Luchterhand, 1985, (abrégé *FS-Wassermann*, 1985), p. 899-914.

KNIESEL, Michael, « Neuzuschnitt der Polizeigesetze zum Nachteil der Strafverfolgung? », dans BULL, H.-P. (éd.), *Sicherheit durch Gesetze?*, 1^e éd., Baden-Baden, Nomos, 1987.

KUNERT, Karl-Heinz, « Wie abhängig ist der Staatsanwalt? », dans BRODA, C. (éd.), *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Neuwied, Luchterhand, 1985, (abrégé *FS-Wassermann*, 1985), p. 915-925.

LENCKNER, Theodor, « Zum Tatbestand der Strafvereitelung », dans STREE, W. (éd.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, München, Beck, 1978, (abrégé *GS-Schröder*, 1978), p. 339-357.

LISZT, Franz (von), « Zur Einführung - Rückblick und Zukunftspläne », dans INTERNATIONALE KRIMINALISTISCHE VEREINIGUNG (éd.), *Die Strafgesetzgebung, der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*, vol. 1, Berlin, O. Liebmann, 1894, p. IX-XXVII.

LORENZEN, Henning, « Legalität und Opportunitätsprinzip - Kritische Betrachtungen aus der und für die Strafverfolgungspraxis - », dans OSTENDORF, H. (éd.), *Strafverfolgung und Strafverzicht*, Köln [e.a.], Heymanns, 1992, p. 541-558.

MEYER, Karlheinz,

- « Grenzen der Unschuldsvermutung », dans HANS-HEINRICH JESCHECK (éd.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, Berlin, de Gruyter, 1989 (abrégé *FS-Tröndle*, 1989), p. 61-75.
- « Zur Anfechtung der durch Vollzug erledigten Maßnahmen der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren », dans HASSENPLUG, H. (éd.), *Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag*, Berlin [e.a.], De Gruyter, 1980 (abrégé *FS-Schäfer*, 1980), p. 119-135.

NEHM, Kay, « Umfang der Bindung des Ermittlungsrichters an Anträge der Staatsanwaltschaft », dans ESER, A. (éd.), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Meyer-Goßner*, München, Beck, 2001 (abrégé *FS-Meyer-Goßner*, 2001), p. 277-291.

NITSCHMANN, Kathrin, « Untersuchungsrichter vs Staatsanwalt – Eine Strukturfrage. Überlegungen vor dem Hintergrund von Claude Chabrols Film “l’ivresse du pouvoir” », dans LEBLOIS-HAPPE, J. et INSTITUT DROIT ET ÉCONOMIE DES DYNAMIQUES EN EUROPE. METZ (éds.), *Vers un nouveau procès pénal? Neue Wege des Strafprozesses?*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 81-93.

PAEFFGEN, Hans-Ullrich, « Der Vorbefasste Richter », dans HERZOG, F. (éd.), *Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016, p. 217 et s.

RIESS, Peter,

- « Gerichtliche Kontrolle des Ermittlungsverfahrens », dans SCHLÜCHTER, E. (éd.), *Kriminalistik und Strafrecht*, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1995, p. 501-518.
- « Grundfragen zur Reform des Ermittlungsverfahrens », dans DUTTGE, G. (éd.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, Köln; München [e.a.], Heymanns, 2002 (abrégé *GS-Schlüchter*, 2002), p. 15-27.
- « Prozeßmaximen und Ermittlungsverfahren », dans EYRICH, H. (éd.), *Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 1989 (abrégé *FS-Rebmann*, 1989), p. 381-399.

ROXIN, Claus, « Zur Beschuldigteneigenschaft im Strafprozess », dans DÖLLING, D., GÖTTING, B. et MEIER, B.-D. (éds.), *Verbrechen - Strafe - Resozialisierung: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010*, Berlin, Walter de Gruyter, 2010 (abrégé *FS-Schöch*, 2010), p. 824-838.

SATZGER, Helmut, « Die Rolle des Richters im Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich », dans JUNG, H. (éd.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle - Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 93-107.

SCHAEFFER, Hans Christoph, « Die Staatsanwaltschaft - ein politisches Instrument? », dans MICHALKE, R. et HAMM, R. (éds.), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, Berlin, De Gruyter, 2008 (abrégé *FS-Hamm*, 2008), p. 643-654.

SCHMIDT, Eberhard, « Staatsanwalt und Gericht », dans BOCKELMANN, P. (éd.), *Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch* (abrégé *FS-Kohlrausch*, 1944), Berlin, de Gruyter, rééd. 1944, p. 263-318.

SCHULZ, Hans, « Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung », dans JESCHECK, H.-H. et KAISER, G. (éds.), *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, p. 7-25.

SCHÜNEMANN, Bernd, « Der Ausbau der Opferstellung im Strafprozeß », dans MICHALKE, R. (éd.), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, Berlin, de Gruyter Recht, 2008 (abrégé *FS-Schünemann* 2008), p. 687-700.

SPANIOL, Margret, « Grundrechtsschutz im Ermittlungsverfahren durch qualifizierten Richtervorbehalt und wirksame richterliche Kontrolle », dans ARNOLD, J. (éd.), *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2005 (abrégé *FS-Eser*, 2005), p. 473.

WENDISCH, Günter, « Zur Ausschließung und Ablehnung des Staatsanwalts », dans HASSENPLUG, H. (éd.), *Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag*, Berlin [e.a.], De Gruyter, 1980 (abrégé *FS-Schäfer*, 1980), p. 243-274.

WOHLERS, Wolfgang, « Vorbefassung durch Erlass des Eröffnungsbeschlusses », dans HEINRICH, M. (éd.), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Zurich, De Gruyter, 2011 (abrégé *FS-Roxin*, 2011), p. 1313-1327.

B – EN FRANÇAIS

ALIX, Julie, « Quel visage pour le parquet en France ? », dans LAZERGES, C. (éd.), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, p. 67-84.

ANCEL, Marc,

- « Intérêt et nécessité nouvelle de la recherche pénaliste comparative », dans *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Paris, Pédone, 1980, (abrégé *Mélanges Bouzat*, 1980).
- « Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative », dans ROTONDI, M. (éd.), *Buts et méthodes du droit comparé*, Padova, Cedam, 1973.

BACQUET, Alain, « La réflexion sur l'éthique et la déontologie des magistrats du parquet », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, Dalloz, 2007, p. 55-65.

BEAUME, Jacques, « Le parquet : après trois décennies, la nécessité d'un nouvel équilibre », dans C. CASS. (éd.), *Quel avenir pour le ministère public ?, actes de la conférence tenue le 12 octobre 2007 au Sénat*, Paris, Dalloz, 2008, p. 155-168.

BENSUSSAN, Jérôme, « Quelques réflexions sur un barbarisme juridique : la place de la victime dans le procès pénal », dans STRICKLER, Y. (éd.), *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 33-36.

BOISVERT, Anne-Marie, « La lutte au terrorisme et les réflexes du législateur canadien à un déplacement des frontières du droit répressif », dans UNIVERSITÉ DE POITIERS (éd.), *Les nouveaux territoires du droit et leur impact sur l'enseignement et la recherche*, Paris, LGDJ, 2004.

BOULAN, Fernand, « La réforme de l'instruction », dans JEANDIDIER, W. et MERLE, P. (éds.), *Droit pénal contemporain : mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989 (abrégé *Mélanges Vitu*, 1989).

CADOPPI, Alberto, « Les six niveaux de la comparaison », dans CENTRE DE DROIT PÉNAL DE L'UNIVERSITÉ DE JEAN-MOULIN-LYON 3 (éd.), *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges en l'honneur de Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006 (abrégé *Mélanges Pradel*, 2006), p. 725-739.

CANIVET, Guy,

- « 1958-2005 : Que reste-t-il du Code de Procédure pénale ? Propos introductifs », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, Dalloz, 2007, p. 5-10.
- « Qui inspire les réformes pénales?, propos introductifs », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, Dalloz, 2007, p. 61-64.

CARBASSE, Jean-Marie, « Introduction », dans CARBASSE, J.-M. (éd.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 7-21.

CHAUVAUD, Frédéric, « Glacial, débonnaire et ambitieux, les représentations brouillées du juge d'instruction (1830-1930) », dans FARCY, J.-C. et CLÈRE, J.-J. (éds.), *Le juge d'instruction : approches historiques*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2010, p. 73-92.

CHEVALLIER, Jean-Yves, « Vol au-dessus d'un nid de réformes. Observations sur des réformes en rafales. L'adaptabilité du législateur dans la lutte contre la criminalité organisée », dans CENTRE DE DROIT PÉNAL DE L'UNIVERSITÉ DE JEAN-MOULIN-LYON 3 (éd.), *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges en l'honneur de Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006 (abrégé *Mélanges Pradel*, 2006), p. 253-269.

CLÈRE, Jean-Jacques, « L'instruction préparatoire depuis les réformes du Consulat et de l'Empire jusqu'à la promulgation du Code de procédure pénale (1799-1958) », dans FARCY, J.-

C. et CLÈRE, J.-J. (éds.), *Le juge d'instruction : approches historiques*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2010.

COTELLE, Guillaume, « La réforme de la garde à vue et la pratique de l'instruction », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la garde à vue : actes du colloque du 16 décembre 2011*, Nice, Paris, l'Harmattan, 2012, p. 77-106.

COURTIN, Christine, « La garde à vue sous haute surveillance », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la garde à vue : actes du colloque du 16 décembre 2011*, Nice, Paris, l'Harmattan, 2012, p. 7-19.

CUTAJAR, Chantal, « L'indépendance du parquet, une condition de l'effectivité de la lutte contre la corruption », dans LELIEUR, J. (éd.), *Combattre la corruption sans juge d'instruction : colloque*, Université de Rouen, Secure finance, 2011, p. 87-102.

DALLE, Hubert, « Juges et procureurs dans la loi Perben II », dans DANET, J. et al., *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Paris, Dalloz, 2004, p. 453.

DECOCQ, André, « Dialogue des morts sur la réforme de la procédure pénale », dans COULON, J.-M. (éd.), *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, (abrégé *Mélanges Guinchard*, 2010), p. 939-949.

DI MARINO, Gaëtan, « La redistribution des rôles dans la phase préparatoire du procès pénal », dans CENTRE DE DROIT PÉNAL DE L'UNIVERSITÉ DE JEAN-MOULIN-LYON 3 (éd.), *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges en l'honneur de Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006 (abrégé *Mélanges Pradel*, 2006), p. 317-334.

DUCOULOUX-FAVARD, Claude, « La position du ministère public italien », dans LELIEUR, J. (éd.), *Combattre la corruption sans juge d'instruction : colloque*, Université de Rouen, Secure finance, 2011, p. 37-44.

EMMANUEL BERGER, « Les origines du juge d'instruction sous la Révolution, le Consulat et l'Empire », dans FARCY, J.-C. et CLÈRE, J.-J. (éds.), *Le juge d'instruction, Approches historiques*, Dijon, Ed. universitaires de Dijon, 2010, p. 22-41.

FRIZON, Philippe, « Le point de vue d'un officier de police judiciaire », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la garde à vue : actes du colloque du 16 décembre 2011*, Nice, Paris, l'Harmattan, 2012, p. 107-118.

GASSIN, Raymond, « Considération sur le but de la procédure pénale », dans CENTRE DE DROIT PÉNAL DE L'UNIVERSITÉ DE JEAN-MOULIN-LYON 3 (éd.), *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges en l'honneur de Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006 (abrégé *Mélanges Pradel*, 2006), p. 109-120.

GIUDICELLI, André, « Action civile devant le juge pénal, Chapitre 1223 », dans LE TOURNEAU, P. (éd.), *Droit de la responsabilité et des contrats - Régimes d'indemnisation 2018-2019*, Paris, Dalloz, 2017.

GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève, « La figure du juge de l'avant-procès entre symboles et pratique », dans CENTRE DE DROIT PÉNAL DE L'UNIVERSITÉ DE JEAN-MOULIN-LYON 3 (éd.), *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges en l'honneur de Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006 (abrégé *Mélanges Pradel*, 2006), p. 335-347.

GLANERT, Simone, « Comparaison et traductions des droits : à l'impossible tous sont tenus », dans LEGRAND, P. (éd.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, p. 279-311.

GLEB, Sabine, LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, MAURO, Christina, MESSNER, Florian et MURSCHEZ, Verena, « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », dans MALABAT, V., LAMY, B. de et GIACOPELLI, M. (éds.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Paris, Dalloz, 2009, p. 203-229.

GOUTTES, Régis (de), « L'encadrement de la procédure pénale par la norme internationale : quelle norme ? Quelle cohérence ? Quel encadrement ? », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, Dalloz, 2007, p. 171-190.

GUINCHARD, Serge,

- « De l'irresponsabilité des juges d'instruction, pour combien de temps encore ? », dans CENTRE DE DROIT PÉNAL DE L'UNIVERSITÉ DE JEAN-MOULIN-LYON 3 (éd.), *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges en l'honneur de Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006 (abrégé *Mélanges Pradel*, 2006), p. 349-367.
- « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », dans TEYSSIÉ, B. (éd.), *CP et CIC : livre du bicentenaire*, 2010, p. 257-286.

HENRION, Hervé et SALTIT, Nicole, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans LAZERGES, C. (éd.), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, p. 29-46.

JEAN, Jean-Paul, « De l'efficacité en droit pénal », dans CENTRE DE DROIT PÉNAL DE L'UNIVERSITÉ DE JEAN-MOULIN-LYON 3 (éd.), *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges en l'honneur de Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006 (abrégé *Mélanges Pradel*, 2006), p. 135-152.

JUNG, Heike, « Le procès pénal en RFA », dans DELMAS-MARTY, M. (éd.), *Procès pénal et droits de l'homme : vers une conscience européenne, actes de colloque, Paris, 26 et 27 mars 1991*, Paris, PUF, 1992, p. 109-116.

KRIEDEL, Blandine, « Le Parquet dans la construction de l'Etat », dans E.N.M. et al. (éd.), *Le Parquet dans la République : vers un nouveau Ministère public ?*, Bordeaux, France, Association d'Études et de recherches de l'E.N.M., 1996, p. 19-26.

LAINGUI, André, « Une révolution permanente : la réforme de la procédure pénale française (1780-1958) », dans ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT PRIVÉ, PARIS 2 (éd.), *CP et CIC, livre du Bicentenaire*, 2010, p. 73-82.

LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne,

- « Éléments de la cohérence de la procédure pénale allemande. L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celles du juge dans la phase préliminaire du procès », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, Dalloz, 2007, p. 241-260.
- « L'"immédiateté" de l'administration de la preuve », dans LEBLOIS-HAPPE, J. et STUCKENBERG, C.-F. (éds.), *Was wird aus der Hauptverhandlung?*, Göttingen, V&R unipress, 2014, p. 83 et s.

LEGRAND, Pierre, « Comparer », dans CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ (éd.), *Le droit comparé : aujourd'hui et demain. Colloque, 1^{er} décembre 1995*, Paris, Société de législation comparée, 1996, p. 21-60.

LELIEUR, Juliette, « Introduction », dans LELIEUR, J. (éd.), *Combattre la corruption sans juge d'instruction : colloque*, Université de Rouen, Secure finance, 2011, p. 5-10.

LEYTE, Guillaume, « Les origines médiévales du ministère public », dans CARBASSE, J.-M. (éd.), *Histoire du Parquet*, Paris, GIP Mission de recherche droit et justice, 1999, p. 23-54.

MAISTRE DU CHAMBON, Patrick,

- « Faut-il supprimer le juge d'instruction? », dans *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, Dalloz Litec, 2006 (abrégé *Mélanges Simler*, 2006), p. 885-902.
- « Propos critiques et désabusés sur une réforme mort-née de la procédure pénale », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1993 (abrégé *Mélanges Larguier*, 1993), p. 191-202.

MARÉCHAL, Jean-Yves, « Le contradictoire dans la procédure pénale française », dans BENILLOUCHE, M. et CENTRE DE DROIT PRIVÉ ET DE SCIENCES CRIMINELLES (éds.), *Les procédures pénales accusatoires*, Paris, PUF, 2012, p. 45-55.

MARI, Eric (de), « Le parquet sous la Révolution, 1789-1799 », dans CARBASSE, J.-M. (éd.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 221-255.

MARIN, Jean-Claude, « L'autorité judiciaire dans l'État. L'indépendance statutaire du parquet est-elle compatible avec la définition d'une politique pénale nationale ? », dans C. CASS. (éd.), *CADEJ - session 2017-2018*, Paris, 19 septembre 2017.

MATHIAS, Éric, « Le ministère public en Allemagne au XIX^{ème} siècle », dans CARBASSE, J.-M. (éd.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 297-311.

MONTGOLFIER, Eric (de), « La réforme de la garde à vue - Le point de vue du parquet », dans COURTIN, Christine, (dir.), *La réforme de la garde à vue : actes du colloque du 16 décembre 2011*, Nice, Paris, l'Harmattan, 2012, p. 65-75.

MOOR, Stefan (de), « La coopération avec l'Union européenne à propos de la corruption des fonctionnaires européens », dans LELIEUR, J. (éd.), *Combattre la corruption sans juge d'instruction : colloque*, Université de Rouen, Secure finance, 2011, p. 27-35.

NADAL, BILON, Jean-Louis, « 1958-2005 : Que reste-t-il du Code de Procédure pénale ? », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, Dalloz, 2007, p. 11-17.

PARIZOT, Raphaële, « Au nom de l'indépendance : Le ministère public en Italie », dans LAZERGES, C. (éd.), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, p. 105-121.

PIGUET, Christophe, « Esquisse de bilan, quatre ans après la suppression des juges d'instruction en Suisse », dans ASSOCIATION FRANÇAISE DES MAGISTRATS INSTRUCTEURS (éd.), *Le devenir du juge d'instruction en Europe, actes du colloque du 20 mars 2013*, Paris, 2015, en ligne : <https://www.fichier-pdf.fr/2015/07/16/colloque-afmi-integrale/colloque-afmi-integrale.pdf>, consulté dernièrement le 24.04.2019.

PONTHOREAU, Marie-Claire, « Le droit comparé et la théorie juridique », dans DU BOIS DE GAUDUSSON, J. (éd.), *Le devenir du droit comparé en France : journée d'études à l'Institut de France, 23 juin 2004*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

POUMARÈS, Jacques, « Le roi, ses "gens" et ses juges : La place du parquet dans l'opposition parlementaire à la fin de l'Ancien Régime », dans CARBASSE, J.-M. (éd.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 205-219.

PRADEL, Jean,

- « La garde à vue et la Cour de cassation », dans *La réforme de la garde à vue : actes du colloque du 16 décembre 2011, Nice*, vol. 33, Paris, l'Harmattan, 2012, p. 21-33.
- « La victime en procédure pénale comparée », dans RIBEYRE, C. (éd.), *La victime de l'infraction pénale*, Paris, Dalloz, 2016, p. 15-28.
- « Un problème français : que faire du juge d'instruction ? », dans MÜLLER-DIETZ, H. (éd.), *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 2007 (abrégé *FS-Jung*, 2007), p. 729-736.

RENOUX, Thierry Serge, « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, Dalloz, 2007, p. 33-54.

ROBERT, Philippe, « Ordre, insécurité, liberté : les incertitudes de la procédure pénale », dans C. CASS. (éd.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, Dalloz, 2007, p. 37-55.

ROYER, Jean-Pierre,

- « Le ministère public, enjeu politique au XIXe siècle », dans CARBASSE, J.-M. (éd.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 257-296.
- « L'évolution historique du parquet », dans C. CASS. (éd.), *Quel avenir pour le ministère public ? actes de la conférence tenue le 12 octobre 2007 au Sénat*, Paris, Dalloz, 2008, p. 21-31.

SCHMID, Jean-Bernard, « La suppression du juge d'instruction en Suisse », dans LELIEUR, J. (éd.), *Combattre la corruption sans juge d'instruction*, Université de Rouen, Secure finance, 2011, p. 57-60.

SEURIN, Michel, « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004. Quel avenir pour l'instruction préparatoire ? », dans CENTRE DE DROIT PÉNAL DE L'UNIVERSITÉ DE JEAN-MOULIN-LYON 3 (éd.), *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges en l'honneur de Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006 (abrégé *Mélanges Pradel*, 2006), p. 565-583.

STASIAK, Frédéric, « Le parquet enquêteur et accusateur », dans LELIEUR, J. (éd.), *Combattre la corruption sans juge d'instruction : colloque*, Université de Rouen, Secure finance, 2011, p. 65-74.

C – EN ANGLAIS

BRAUM, Stefan, « Prosecutorial control of investigations in Europe: a call for judicial oversight », dans E. LUNA et M. WADE (éds.), *The prosecutor in transnational perspective*, Oxford [e.a.], Oxford Univ. Press, 2012, p. 67-81.

ELSNER, Beatrix et PETERS, Julia, « The prosecution service function within the german justice system », dans JEHLE, J.-M. et WADE, M. (éds.), *Coping with overloaded criminal justice systems*, Berlin [e.a.], Springer, 2006.

FRANKEN, Stijn, « The Judge in the Pretrial Investigation », dans KOOIJMANS, T. et GROENHUIJSEN, M.S. (éds.), *The Reform of the Dutch Code of Criminal Procedure in Comparative Perspective*, Leiden, Brill, 2012, p. 31-44.

SPENCER, John R., « The english system », dans DELMAS-MARTY, M. et SPENCER, J.R. (éds.), *European criminal procedures*, Cambridge [e.a.], Cambridge Univ. Press, 2002.

WEIGEND, Thomas,

- « A Judge by Another Name? Comparative Perspectives on the Role of the Public Prosecutor », dans LUNA, E. et WADE, M. (éds.), *The prosecutor in transnational perspective*, Oxford [e.a.], Oxford Univ. Press, 2012, p. 377-391.
- « Germany », dans K. LIGETI (éd.), *Toward a prosecutor for the European Union, Volume 1*, Oxford [u.a.], Hart, 2013.
- « Reform Proposals on Dutch Criminal Procedure - A German Perspective », dans KOOIJMANS, T. et GROENHUIJSEN, M.S. (éds.), *The Reform of the Dutch Code of Criminal Procedure in Comparative Perspective*, Leiden, Brill, 2012, p. 155-173.
- « The prosecution service in the German administration of criminal justice », dans TAK, P.J.P. (éd.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, vol. 1, Nijmegen, Wolf, 2004, p. 201-221.

D – EN LATIN

BONONIENSIS, Tancredus, « Ordo iudiciarius », dans PILLIUS, M., ARETINUS, G. et BONONIENSIS, T. (éds.), *Libri de Iudiciorum Ordine*, Göttingen, rééd. 1842, Scientia Verlag Aalen.

SAXOFERRATO, Bartolus (de), TARTAGNI, BARBAZZA, VADIS, POMATES et JONVELLE, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, Italie, ex officina Ioannis de Ionuelle dicti Piston, 1523.

V/ FASCICULES D'ENCYCLOPÉDIE, COMMENTAIRES DE LOI

A – EN ALLEMAND

ACHENBACH, H. (éd.), *Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 2/Teilband 1, §§ 94-212 b*, vol. 2, Neuwied, Luchterhand, 1992.

FISCHER, Thomas, SCHWARZ, Otto, DREHER, Eduard et TRÖNDLE, Herbert, *Strafgesetzbuch*, 67^e édition, München, Beck, 2020.

HANNICH, R. (éd.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, Beck, 2019 (cité: AUTEUR [NOM], [Prénom], « disposition concernée », dans *KK, op. cit.*).

KISSEL, Otto Rudolf et MAYER Herbert, dans *Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 9^e éd., München, Beck, 2018.

KREKELER, W. (éd.), *Anwaltkommentar - StPO Strafprozessordnung*, Bonn, Dt. Anwaltverlag, 2007 (abrégé AnwK).

LEMKE, M., GERCKE, B. et JULIUS, K.-P. (éds.), *Heidelberger Kommentar zur Strafprozeßordnung*, 6^e édition, Heidelberg, Müller, 2019 (cité: AUTEUR [NOM], [Prénom], « disposition concernée », dans *HK, op. cit.*).

LÖWE, E. et ERB, V. (éds.), *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar*, 26^e éd., (2006-2013), Berlin, de Gruyter Recht (cité: AUTEUR [NOM], [Prénom], « disposition concernée », dans *LR²⁶, op. cit.*).

SCHNEIDER, H. (éd.), *Münchener Kommentar zur StPO*, 1^e édition, Munich, C.H. Beck, 2016 (cité: AUTEUR [NOM], [Prénom], « disposition concernée », dans *MüKo*, *op. cit.*).

MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram (éds), *Strafprozessordnung, Kommentar*, München, Beck, 2018 (cité: MEYER-GÖBNER, Lutz et SCHMITT, Bertram, « disposition concernée », dans *StPO-Ko*, *op. cit.*).

MAUNZ, T. et DÜRIG, G. (éds.), *Grundgesetz-Kommentar*, 86^e éd., München, Beck, janv. 2019 (cité: AUTEUR [NOM], [Prénom], « disposition concernée », dans *MAUNZ/DÜRIG-GG-Ko.*, *op. cit.*).

RUDOLPHI, H.-J. (éd.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, §§ 296-332 StPO*, 5^e édition, Neuwied, Luchterhand, (2010-2016), cité: AUTEUR [NOM], [Prénom], « disposition concernée », dans *SK*, *op. cit.*).

SCHMIDT, Eberhard, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Erläuterungen zur Strafprozeßordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung*, vol. 2, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1957.

SACHS, M. et KÜHNE, J.-D., *Grundgesetz (Kommentar)*, 8^e éd., München, Beck, 2018 (cité: AUTEUR, [NOM], [Prénom], « disposition concernée », dans *SACHS/KÜHNE, GG-Ko.*, *op. cit.*).

SCHÖNKE, A. et SCHRÖDER, H. (éds.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 30^e éd., München, Beck, 2019.

BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, 31^e éd., München, C.H. Beck, 2018 (cité: AUTEUR, [NOM], [Prénom], « disposition concernée », dans *BeckOK*, *op. cit.*).

B – EN FRANÇAIS

AMBROISE-CASTÉROT, Coralie, « action civile », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, juin 2017.

ASCENSI, Lionel, « Art. 151 à 155 - Fasc. 20 : commissions rogatoires », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, Paris, LexisNexis, 23 février 2017.

BELFANTI, Ludovic, « Le juge d’instruction », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, octobre 2015.

BONFILS, Philippe, « Partie civile », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, juin 2018.

CARBONNIER, Jean, « Chapitre II : A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger », dans *Essai sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 227-238.

CARIO, Robert et RUIZ-VERA, Sylvie, « Victime d’infraction », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, juin 2018.

LACROIX, Caroline, « Le juge des libertés et de la détention », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, mars 2014.

LEMOINE, Pascale, « Art. 30 à 44 - Fasc. 20 : Ministère public – Organisation/Attributions du garde des Sceaux », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, Paris, JCl., 26 février 2005.

LEROY, Jacques, « Art. 53 à 73, fasc. 30 : garde à vue », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, Paris, LexisNexis, 24 avril 2018.

LESCLOUS, Vincent, « Art. 75 à 78, fasc. 20 : Enquête préliminaire », dans *Encyclopédie, JCl., Proc. pén.*, Paris, LexisNexis, 24 avril 2018.

RENOUX-ZAGAMÈ, Marie-France, « Jus commune », dans CADIET, L. et AMRANI-MEKKI, S. (éds.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

TRUCHET, Didier, « Recours administratifs », dans *Répertoire de contentieux administratif*, Paris, Dalloz, octobre 2000.

Dictionnaire universel raisonné de justice naturelle et civile. Tome X, OBE-PLU, vol. 10, Yverdon, Impr. de M. De Felice, 1777.

VI/ ARTICLES DE REVUE, COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

A – EN ALLEMAND

ACHENBACH, Hans, « Anmerkung zum BGH, 30.09.1988 - 1 BJs 193/84 - StB 27/88 - Anordnung zur Einrichtung einer Kontrollstelle », *NStZ*, n° 2, 1989, p. 81-83.

ALBRECHT, Peter-Alexis, « Vom Unheil der Reformbemühungen im Strafverfahren », *StV*, n° 7, 2001, p. 416-420.

ALTENHAIN, Gustav, « Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafrechts », *DRiZ*, n° 11, 1966, p. 361-366.

AMBOS, Kai, « Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren - Teil II », *NStZ*, 2003, p. 14-17.

AMELUNG, Knut,

- « Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 25. 8. 1999 - 5 AR (VS) 1/99 (BGHSt 45, 183) », *JR*, n° 11, 2000, p. 479-481.
- « Anm. z. BVerfG, Urte. v. 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00 », *StV*, n° 6, 2001, p. 322-324.
- « Die Entscheidung des BVerfG zur „Gefahr im Verzug“ i.S. des Art. 13 Abs. II GG », *NStZ*, 2001, p. 337-343.

ARBEITSKREIS DEUTSCHER, ÖSTERREICHISCHER UND SCHWEIZERISCHER STRAFRECHTSLEHRER, « Alternativ-Entwurf, Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat », *GA*, n° 1, 2019, p. 1-128.

ASBROCK, Bernd,

- « Der Richtervorbehalt - prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? », *ZRP*, n° 1, 1998, p. 17-19.
- « „Zum Mythos des Richtervorbehalts“ als wirksames Kontrollinstrument im Zusammenhang mit besonderen polizeilichen Eingriffsbefugnissen », *KritV*, vol. 80, n° 3, 1997, p. 255-262.

ASPER, Sigur, « Anm. z. OLG Hamm, 03.12.1991 - 1 Ws 619/91 », *NStZ*, 1992, p. 555-556.

BACKES, Otto et Gusy, Christoph, « Dokumentation - Wer kontrolliert die Telefonüberwachung? - Eine empirische Untersuchung von Richtervorbehalten bei Telefonüberwachungen », *StV*, n° 4, 2003, p. 249-252.

BADER, Karl, « Staatsanwalt und Rechtspflege », *JZ*, vol. 11, n° 1, 1956, p. 4-6.

BARROT, Johannes, « Die Unschuldsvermutung in der Rechtsprechung des EGMR », *ZJS*, n° 6, 2010, p. 701-706.

BARTON, Stephan,

- « Kennzeichen und Effekte der modernen Revisionsrechtsprechung. Führt die Materialisierung des Strafrechts auf den Weg nach Pappenheim? », *StV*, n° 6, 2004, p. 332-340.
- « Strafverteidigung und Kriminaltechnik », *StV*, n° 3, 1988, p. 124-130.

BAUMANN, Thomas, « Staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit in Deutschland », *WISTA*, n° 3, 2015, p. 74-87.

BEICHEL, Stephan et KIENINGER, Jörg, « „Gefahr im Verzug“ auf Grund Selbstausschaltung des erreichbaren, jedoch „unwilligen“ Bereitschaftsrichters? », *NStZ*, n° 1, 2003, p. 10-13.

BERNSMANN, Klaus et SOTOLSEK, Marc, « Telefonüberwachung bei Verdacht der Geldwäsche, Verwertbarkeit, BGH, Beschl. v. 26.02.2003 - 5 StR 423/02 », *StV*, n° 3, 2004, p. 113-115.

BEULKE, Werner,

- « Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen », *ZStW*, vol. 103, n° 3, 2009, p. 657-680.
- « Die Vernehmung des Beschuldigten - Einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozeßrechtswissenschaft », *StV*, n° 4, 1990, p. 180-184.

BEULKE, Werner et FAHL, Christian, « Anm. z. LG Bonn, 28. 2. 2001 - 27 AR 2/01 - Untreue zum Nachteil der CDU durch Dr. Kohl », *NJW*, n° 23, 2001, p. 426-429.

BIECHTLER, Hans, « Die gerichtliche Anklageprüfung », *NJW*, n° 14, 1950, p. 530-532.

BINDEL, Frank-Michael, « Verhältnis Staatsanwaltschaft (StA) - Polizei », *DRiZ*, 1997, p. 165-174.

BISCHOFF, Georg, « Die Praxis des Klageerzwingungsverfahrens », *NStZ*, n° 2, 1988, p. 63-64.

BOHLANDER, Michael, « Zu den Anforderungen an die Privatklageschrift nach § 381 StPO », *NStZ*, n° 9, 1994, p. 420-421.

BOPP, « Der öffentliche Ankläger und der Staats-Procurator in Hessen bei Rhein », *Zeitschrift für deutsches Strafverfahren einschließlich des Gefängniswesens*, n° 2, 1842, p. 316-351.

BÖRKER, Rudolf, « Über hundert Jahren Staatsanwaltschaft im einstigen Preußen, insbesondere in Berlin », *JR*, n° 7, 1953, p. 237-240.

BORNHAK, Conrad, « 4. Zur Vereinfachung des Strafprozesses », *GS*, vol. 85, 1917, p. 115-119.

BORNKAMM, Joachim, « Die Berichterstattung über schwebende Strafverfahren und das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten », *NStZ*, n° 3, 1983, p. 102-108.

BÖSE, Martin, « Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes „Nemo tenetur se ipsum accusare“ », *GA*, 2002, p. 98-128.

BOTTKE, Wilfried,

- « Rechtsbehelfe der Verteidigung im Ermittlungsverfahren - eine Systematisierung », *StV*, n° 3, 1986, p. 120-125.
- « Zur Anklagepflicht der Staatsanwaltschaft », *GA*, 1980, p. 298-311.

BRAND, Christian, « Anm. zum BGH-Beschluss vom 15.7.2016 – GSSt 1/16 », *NJW*, 2017, p. 100-101.

BRAUSE, Hans Peter, « Faires Verfahren und Effektivität im Strafprozeß », *NJW*, n° 45, 1992, p. 2865-2870.

BRÄUTIGAM, Margarete, « Probleme der Sachleitungsbefugnis des Staatsanwaltes », *DRiZ*, 1992, p. 214-217.

BRÜNING, Janique, « Der Richtervorbehalt - ein zahnloser Tiger? », *ZIS*, n° 1, 2006, p. 29-35.

BRÜNING, Janique et WENSKE, Marc, « Der Ermittlungsrichter - Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft? », *ZIS*, n° 7, 2008, p. 340-347.

BURGSTALLER, Manfred, « Kriminalpolitik nach 100 Jahren IKV/AIDP. Versuch einer Bestandsaufnahme », *ZStW*, vol. 102, n° 3, 1990, p. 637–677.

CIRENER, Gabriele, « Anm. z. BVerfG, Beschluß vom 27.05.1997 - 2 BvR 1992/92 », *JR*, n° 9, 1997, p. 389-391.

DAHM, Georg, « Bemerkungen zur Reform des Strafverfahrens », *ZStW*, vol. 54, n° 1, 1935, p. 394–409.

DAHS, Hans, « Die kleine Strafprozeßreform », *NJW*, n° 3, 1965, p. 81-86.

DEITERS, Mark, « Plädoyer für die Abschaffung des § 153a StPO und die Einführung eines neuen abgekürzten Verfahrens », *GA*, 2015, p. 371-386.

DEMKO, Daniela, « Zur Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK bei Einstellung des Strafverfahrens und damit verknüpften Nebenfolgen », *HRRS*, n° 7, 2007, p. 286-292.

DENCKER, Friedrich, « Die Bagatelldelikte im Entwurf des EGStGB », *JZ*, 1973, p. 144-151.

DETTE, Sebastian, « Zur Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft, Zwischenruf », *DRiZ*, n° 6, 2014, p. 213.

DÖHRING, Erich, « Die deutsche Staatsanwaltschaft in ihrer geschichtlichen Entwicklung », *DRiZ*, 1958, p. 282-287.

DVORAK, Heinz, « Unverzüglichkeit der Vorführung vor den zuständigen Richter - nur eine unverbindliche Empfehlung für die Behandlung vorläufig festgenommener Personen? », *StV*, n° 12, 1983, p. 514-517.

EISENBERG, Ulrich, « Zur „besonderen Qualität“ richterlicher Vernehmung im Ermittlungsverfahren », *NStZ*, n° 11, 1988, p. 488-489.

EISENBERG, Ulrich et CONEN, Stefan, « § 152 Absatz II StPO: Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum? », *NJW*, n° 31, 1998, p. 2241-2249.

EL-GHAZI, Mohamad et MEROLD, Andreas, « Die Vernehmung des Richters als Verhörperson vor dem Hintergrund des § 252 StPO », *StV*, n° 4, 2012, p. 250-255.

ELSNER, Beatrix, « Entlastung der Staatsanwaltschaft durch Übertragung von Einstellungsbefugnissen auf die Polizei? », *ZRP*, 2010, p. 49-53.

ENDRIß, Rainer et KINZIG, Jörg, « Anm. z. BGH, 18. 11. 1999 - 1 StR 221/99 - „Strafzumessungslösung“ auch bei konventionswidrigem Lockspitzeinsatz », *NStZ*, n° 5, 2000, p. 271-274.

ESER, Albin, « Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rechtsstellung des Beschuldigten », *ZStW*, vol. 79, n° 3, 1967, p. 541-720.

FELTES, Thomas, « Die Erledigung von Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft », *KJ*, n° 1, 1984, p. 50-62.

FERBER, Sabine, « Stärkung der Opferrechte im Strafverfahren – Das 3. Opferrechtsreformgesetz », *NJW*, n° 5, 2016, p. 279-282.

FEUERBACH, Paul-Johann-Anselm (von), « Versuch einer Criminaljurisprudenz des Koran », *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, vol. 2, 1804, p. 163-193.

FEZER, Gerhard,

- « Anmerkung zum BGH, 5. 8. 1998 - 5 ARs VS 2–98 - Rechtsweg für Überprüfung der Art und Weise einer Durchsuchung », *NStZ*, n° 3, 1999, p. 151-152.
- « Anm. z. BGH, Urteil vom 27.09.1989 - 3 StR 188/89 - LG Lübeck », *StV*, n° 5, 1990, p. 195-196.
- « BGH, 28. 4. 1987 — 5 StR 666/86. Zur Verwertung der Aussage eines Mitgefangenen, der einen Beschuldigten auf polizeiliche Veranlassung „aushorchen“ sollte », *JZ*, vol. 42, n° 19, 1987, p. 936-939.
- « Fortwirkungen des Einsatzes verbotener Vernehmungsmethoden, Anforderungen an Revisionsbegründung, Anm. z. BGH, Beschluß vom 20.12.1995 - 5 StR 445/95 », *StV*, n° 2, 1997, p. 57-59.
- « Rechtsschutz gegen erledigte strafprozessuale Zwangsmaßnahmen », *Jura*, n° 1, 1982, p. 18-28.
- « Überwachung der Telekommunikation und Verwertung eines „Raumgesprächs“ », *NStZ*, n° 12, 2003, p. 625-630.

FICKENSCHER, Guido et DINGELSTADT, Andreas, « Richterlicher Bereitschaftsdienst „rund um die Uhr“? », *NJW*, n° 48, 2009, p. 3473-3476.

FINCKE, Martin, « Zum Begriff des Beschuldigten und den Verdachtsgraden », *ZStW*, vol. 95, n° 4, 1983, p. 918-972.

FRANK, Christoph, « Abschaffung des externen Weisungsrechts — Die Zeit ist reif », *ZRP*, vol. 43, n° 5, 2010, p. 147-149.

FRANK, Christoph et DIECKMANN, Jochen, « „Weisungen in Einzelfällen nicht bekannt“, entretien avec Jochen Dieckman, ministre du Land NRW », *DRiZ*, n° 2, 2002, p. 44.

FRANK, Christoph et TITZ, Andrea, « Zwischenruf: Neues Selbstbewusstsein der Staatsanwälte? », *ZRP*, vol. 41, n° 4, 2008, p. 127-128.

FRANKFURTER ARBEITSKREIS STRAFRECHT, « Müssen Rolle und Aufgaben der Staatsanwaltschaft neu definiert werden? », *StV*, n° 8, 2000, p. 460-462.

FRISCH, Wolfgang, « Der Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren », *JZ*, 1974, p. 7-13.

FRISTER, Helmut, « Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung (Art. 6 II MRK) und zum Problem "gerichtskundiger Tatsachen" - BGH - Urte. v. 30.10.1986 - 4 StR 499/86 », *Jura*, n° 7, 1988, p. 356-363.

GAEDE, Karsten et BUERMEYER, Ulf, « Beweisverwertungsverbote und „Beweislastumkehr“ bei unzulässigen Tatprovokationen nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR », *HRRS*, n° 6, 2008, p. 279-287.

GEERDS, Friedrich, « Buchrezension: Wolfgang knapp, Der Verteidiger - ein Organ der Rechtspflege, 1974 », *GA*, 1975, p. 348-347.

GEISLER, Werner, « Stellung und Funktion der Staatsanwaltschaft im heutigen deutschen Strafverfahren », *ZStW*, vol. 93, n° 4, 1981, p. 1109-1146.

GEPPERT, Klaus,

- « Das Beweisverbot des § 252 StPO », *Jura*, n° 7, 1988, p. 305-314 et 363-370.
- « Grundlegendes und Aktuelles zur Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 der Europ. Menschenrechtskonvention », *Jura*, n° 3, 1993, p. 160-165.
- « Kontroll- und Förderungspflicht des Ermittlungsrichters », *DRiZ*, vol. 70, n° 11, 1992, p. 405-414.

GERLACH, Jürgen (von), « Die Begründung der Beschuldigteneigenschaft im Ermittlungsverfahren », *NJW*, n° 18, 1969, p. 776-781.

GERMANN, Richard, « Der Eröffnungsbeschluss », *NJW*, n° 17, 1960, p. 758-759.

GÖRCKE, Hans-Helmuth, « Weisungsgebundenheit und Grundgesetz », *ZStW*, vol. 73, n° 4, 1961, p. 561-613.

GÖSSEL, Karl Heinz, « Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei », *GA*, 1980, p. 325-354.

GOUNALAKIS, Georgios, « Verdachtsberichterstattung durch den Staatsanwalt », *NJW*, n° 21, 2014, p. 1473-1479.

GREBING, Gehardt, « Abschaffung oder Reform der Privatklage? », *GA*, 1984, p. 1-8.

GROPP, Walter, « Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung », *JZ*, vol. 46, n° 17, 1991, p. 804-813.

GRÜNWALD, Gerald, « Unzulässige Vernehmungsmethoden, Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, Anm. z. BGH, Urteil v. 28.04.1987 – 5 StR 666/86 – LG Hannove », *StV*, n° 11, 1987, p. 470-472.

GÜNTER, Hans-Helmuth, « Das Berufsbild des Staatsanwalts in Deutschland an der Schwelle zum neuen Jahrhundert », *DRiZ*, n° 2, 2002, p. 55-68.

GÜNTHER, Hans-Ludwig, « Anm. z. BGH, Urteil vom 21.04.1986 - 2 StR 661/85 - LG Frankfurt », *StV*, n° 10, 1988, p. 421-424.

GUSY, Christoph,

- « Anm. z. BVerfG, 20. 2. 2001 — 2 BvR 1444/00. Richtervorbehalt bei „Gefahr im Verzug“ », *JZ*, vol. 56, n° 20, 2001, p. 1029-1036.
- « Rechtsgrundlagen der Richtervorbehalte nach § 100b StPO », *GA*, 2003, p. 672-692.

- « Überwachung der Telekommunikation unter Richtervorbehalt, effektiver Grundrechtsschutz oder Alibi », *ZRP*, vol. 36, n° 8, 2003, p. 275-278.

HABERSTROH, Dieter, « Unschuldsumvermutung und Rechtsfolgenausspruch », *NStZ*, n° 7, 1984, p. 289-295.

HALLER, Klaus, « Das „kränkelnde“ Adhäsionsverfahren – Indikator struktureller Probleme der Strafjustiz », *NJW*, n° 14, 2011, p. 970-974.

HAMM, Rainer, « Wie man in richterlicher Unabhängigkeit vor unklaren Gesetzeslagen kapituliert », *NJW*, n° 23, 2001, p. 1694-1696.

HARRO Otto, « Anmerkung zum BGH, 18.01.1993 - 5 AR (VS) 44/92 - Anfechtbarkeit der Akteneinsicht durch Verletzten », *NStZ*, vol. 1993, 1993, p. 352-353.

HASSEMER, Winfried,

- « Die "Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" - ein neuer Rechtsbegriff? », *StV*, n° 6, 1982, p. 275-280.
- « Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft », *StV*, n° 1, 1984, p. 38-42.
- « Grenzen des Wissens im Strafprozess. Neuvermessung durch die empirischen Wissenschaften vom Menschen? », *ZStW*, vol. 121, n° 4, 2009, p. 829-859.

HAUSEL, Uwe, « Ungenutztes Beschleunigungspotential des Straf(-befehls-)verfahrens? », *ZRP*, vol. 27, n° 3, 1994, p. 94-96.

HEFENDEHL, Roland, « Der Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren bei modernen Rechtsgutsdeliktsstrukturen », *GA*, 1999, p. 584-602.

HEFFTER, « Das ehemalige und zum Theil noch bestehende Fiscalat in Deutschland mit seinen Fehlern », *Archiv des Criminalrechts*, n° 4, 1845, p. 596-613.

HEGHMANN, Michael, « Die prozessuale Rolle der Staatsanwaltschaft », *GA*, 2003, p. 433-450.

HEINRICH, Bernd, « Die gerichtliche Nachprüfbarkeit von Entscheidungen der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Anklageerhebung », *NStZ*, n° 3, 1996, p. 110-115.

HELMKEN, Dierk, « Reform des Richtervorbehalts: Vom Palliativum zum effektiven Grundrechtsschutz - Zur Psychologie der Entscheidungstätigkeit des Ermittlungsrichters - », *StV*, n° 3, 2003, p. 193-198.

HENSCHEL, Arthur, « 12. Zur Reform des Vor- und Zwischenverfahrens », *GS*, vol. 74, 1909, p. 389-428.

HERRMANN, Joachim,

- « Die Strafprozeßreform vom 1.1.1975 », *JuS*, n° 7, 1976, p. 413-420.
- « Diversion und Schlichtung in der Bundesrepublik Deutschland », *ZStW*, vol. 96, n° 2, 1984, p. 455-484.

HILGENDORF, Éric, « Verfahrensfragen bei der Ablehnung eines befangenen Staatsanwalts », *StV*, n° 1, 1996, p. 50-55.

HILGER, Hans, « Über den „Richtervorbehalt“ im Ermittlungsverfahren », *JR*, 1990, p. 485-489.

HIRSCH, Hans Joachim, « Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland », *ZStW*, vol. 92, n° 1, 1980, p. 218-254.

HOHENDORF, Andreas, « § 153a Absatz I StPO als Radikalmittel zur Bewältigung der "Massen-Bagatellkriminalität"? », *NJW*, n° 20, 1987, p. 1177-1180.

HOHENESTER, Hermann, « Anm. z. LG Saarrücken, déc. du 29.01.1965, NJW 1038 », *NJW*, n° 42, 1966, p. 1983.

HÜLS, Silke, « Der Richtervorbehalt – seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen », *ZIS*, n° 4, 2009, p. 160-169.

HUND, Horst,

- « Brauchen wir die „unabhängige Staatsanwaltschaft“? », *ZRP*, n° 12, 1994, p. 470-474.
- « Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat: Die sogenannten Vorfeldstrategien », *ZRP*, vol. 24, n° 12, 1991, p. 463-468.

ISFEN, Osman, « Feststellungen im Strafurteil über gesondert Verfolgte und Unschuldsvormutung », *StV*, n° 10, 2009, p. 611-615.

JAHN, Mathias,

- « Anm. z. BGH, 29. 4. 2009 - 1 StR 701/08 », *JuS*, n° 9, 2009, p. 861-863.
- « Anm. z. BGH, 3. 7. 2007 - 1 StR 3/07 », *JuS*, 2007, p. 962-964.
- « Beweisverbot und „qualifizierte“ Belehrung, Anm. z. BGH, 18. 12. 2008 - 4 StR 455/08 », *JuS*, n° 5, 2008, p. 468-470.

JAHN, Mathias et BUNG, Jochen, « Die Grenzen der Nebenklagebefugnis - Zugleich Anmerkungen zu BGH, Beschl. v. 09.05.2012 - 5 StR 523/11 - », *StV*, n° 12, 2012, p. 754-761.

JEROUSCHEK, Günter, « „Ne crimina remaneant impunita“, Auf dass Verbrechen nicht unbestraft bleiben: Überlegungen zur Begründung öffentlicher Strafverfolgung im Mittelalter », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kanonische Abteilung*, 2003, p. 323-337.

JESCHECK, Hans-Heinrich,

- « Der Strafprozeß — Aktuelles und Zeitloses », *JZ*, vol. 25, n° 7, 1970, p. 201-207.
- « Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform », *ZStW*, vol. 86, n° 3, 1974, p. 761-782.

JESCHECK, Hans-Heinrich, JUNG, Heike, « (Straf-)Justiz und Medien - eine unendliche Geschichte », *GA*, 2014, p. 257-265.

JUNG, Heike,

- « Anmerkung zum BGH, 18.01.1993 - 5 AR (VS) 44/92 », *JuS*, n° 11, 1993, p. 971.
- « Bilanz der Reform des Strafverfahrensrechts zum 1.1.1975 », *JuS*, n° 4, 1975, p. 261-265.
- « Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß », *ZStW*, vol. 93, n° 4, 1981, p. 1147-1176.

JUNG, Heike, NITSCHMANN, Kathrin et RADTKE, Henning, « Einheit und Vielfalt: Zur Entwicklung des Strafverfahrensrecht in Europa, ein Tagungsbericht », *GA*, 2003, p. 383-394.

KAISER, Günther et MEINBERG, Volker, « "Tuschelverfahren" und "Millionärsschutzparagraph"? Empirische Erkenntnisse zur Einstellung nach § 153a Absatz I StPO am Beispiel der Wirtschaftskriminalität », *NStZ*, n° 8, 1984, p. 343-350.

KINTZI, Heinrich, « Die Tätigkeit des Ermittlungsrichters im Ermittlungsverfahren und Richtervorbehalt », *DRiZ*, n° 3, 2004, p. 83-88.

KITTEL, Ulrich, « Zur Bedeutung des Begriffs „Richterliche Untersuchungshandlung“ im Sinne des § 162 StPO », *JR*, n° 4, 1966, p. 124–127.

KNIESEL, Michael,

- « Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit — eine unendliche Geschichte », *ZRP*, vol. 25, n° 5, 1992, p. 164-167.
- « Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im neuen Polizeirecht — Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung? », *ZRP*, vol. 22, n° 9, 1989, p. 329-332.
- « Neue Polizeigesetze contra StPO? Zum Regelungsstandort der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten und zur Verfassungsmäßigkeit polizeilicher Vorfeldaktivitäten », *ZRP*, vol. 20, n° 11, 1987, p. 377-383.

KNIESEL, Michael et TEGTMEYER, Henning, « Weiterer Ausbau der zentralistischen polizeilichen EDV-Systeme zum Nachteil der Justiz? », *DRiZ*, 1986, p. 251-254.

KNIESEL, Michael et VAHLE, Jürgen, « Vorentwurf zur Änderung des MEPOlG », *DRiZ*, n° 2-3, 1989, p. 93-100 et 153-156.

KOHLHAAS, Max,

- « Empfiehlt es sich, besondere strafprozessuale Vorschriften für Großverfahren einzuführen? », *DRiZ*, n° 7, 1974, p. 215-218.
- « Vom ersten Zugriff zum Schlussgehör », *NJW*, n° 28, 1965, p. 1254-1257.

KÖLBEL, Ralf, « (Vorbeugender) Rechtsschutz gegen Ermittlungsverfahren? », *JR*, n° 8, 2006, p. 322–328.

KÖRNER, Harald Hans, « Die Glaubwürdigkeit und die Strafbarkeit von V-Personen - die Strafbarkeit der provozierten Tat », *StV*, n° 8, 1982, p. 382-386.

KOTZ, Peter, « Strafrecht und Medien », *NStZ*, n° 1, 1982, p. 14-17.

KRAATZ, Erik, « Das Beweisverbot des § 252 StPO », *Jura*, vol. 33, n° 3, 2011, p. 170–177.

KRACK, Ralf, « Der Normzweck des § 136a StPO », *NStZ*, n° 3, 2002, p. 120-124.

KREHL, Christoph, « Richtervorbehalt und Durchsuchungen außerhalb gewöhnlicher Dienstzeiten », *NStZ*, n° 9, 2003, p. 461-464.

KREY, Volker et PFÖHLER, Jürgen, « Zur Weisungsgebundenheit des Staatsanwaltes - Schranken des internen und externen Weisungsrechts - », *NStZ*, n° 4, 1985, p. 145-152.

KRIES, August von, « 1. Vorverfahren und Hauptverfahren », *ZStW*, vol. 9, n° 1, 1889, p. 1–105.

KÜBLER, Friedrich, « Öffentlichkeit als Tribunal? - Zum Konflikt zwischen Medienfreiheit und Ehrenschaft - », *JZ*, n° 12, 1984, p. 541-547.

KÜHL, Kristian, « Unschuldsvermutung und Einstellung des Strafverfahrens », *NJW*, 1984, p. 1264-1268.

KUHLMANN, Goetz-Joachim, « Gedanken zum Bericht über das Verhältnis „Staatsanwaltschaft und Polizei“ », *DRiZ*, 1976, p. 265-269.

KUNZ, Karl-Ludwig, « Die Verdrängung des Richters durch den Staatsanwalt: eine zwangsläufige Entwicklung effizienzorientierter Strafrechtspflege? », *KJ*, n° 1, 1984, p. 39-49.

KUTSCHA, Martin, « Rechtsschutzdefizite bei Grundrechtseingriffen von Sicherheitsbehörden », *NVwZ*, n° 11, 2003, p. 1296-1300.

LAMMER, Dirk, « Anmerkung zum BVerfG, Beschluß vom 27.05.1993 - 2 BvR 744/93 », *StV*, n° 1, 1994, p. 1-3.

LAMPE, Joachim, « Ermittlungszuständigkeit von Richter und Staatsanwalt nach dem 1. StVRG », *NJW*, n° 5, 1975, p. 195-199.

LANDAU, Herbert, « Weitergabe personenbezogener Daten vom Staatsanwalt bis zum Justizminister », *DRiZ*, n° 4, 1992, p. 130-135.

LANDAU, Herbert et SANDER, Günther, « Ermittlungsrichterliche Entscheidungen und ihre Revisibilität », *StraFo*, 1998, p. 397-401.

LEHR, Gernot, « Grenzen für die Öffentlichkeitsarbeit der Ermittlungsbehörden », *NStZ*, n° 8, 2009, p. 409-414.

LILIE, Hans,

- « Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren », *ZStW*, vol. 106, n° 3, 1994, p. 625-644.
- « Verwicklungen im Ermittlungsverfahren », *ZStW*, vol. 111, n° 4, 1999, p. 807-826.

MACKENROTH, Geert W. et TEETZMANN, Hanspeter, « Mehr Selbstverwaltung der Justiz », *ZRP*, n° 8, 2002, p. 337-343.

MAGNUS, Dorothea, « Die endgültige EU-Verordnung zur Europäischen Staatsanwaltschaft - der Große Wurf? », *HRRS*, n° 4, 2018, p. 143-155.

MAHRENHOLZ, « Sondervotum z. BVerfG, Beschluß vom 29-05-1990 - 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88 », *NJW*, 1990, p. 2743-2744.

MAIER, Winfried, « Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? », *ZRP*, vol. 36, n° 11, 2003, p. 387-391.

MAIWALD, Manfred, « Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren », *GA*, 1970, p. 33-56.

MARZAHN, Thomas, « Ein kritischer Blick auf das Recht der Untersuchungshaft. Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 24.1.2008 – 2 BvR 1661/06 », *ZfS*, n° 4, 2008, p. 375-381.

MEIER, Bernd-Dieter, « Die Reform des Ermittlungsverfahrens, Zur notwendigen Stärkung der Rechtsstellung der Beteiligten », *GA*, 2004, p. 441-457.

MEINDL, Thomas, « Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2010, p. 395-414.

MEURER, Dieter, « Der Verfassungsgerichtshof und das Strafverfahren », *JR*, n° 3, 1993, p. 89-95.

MEYER, Frank, « Die Aussagefreiheit und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung », *GA*, 2007, p. 15-35.

MEYER, Jürgen, « Zur prozeßrechtlichen Problematik des V-Mannes », *ZStW*, vol. 95, n° 4, 1983.

MEYER, Torsten, « Die Vernehmung der richterlichen Verhörsperson trotz § 252 StPO - Historische Entwicklung und kritische Bemerkungen aus Anlass des BGH, Beschl. v. 04.06.2014 - 2 StR 656/13 », *StV*, n° 5, 2015, p. 319-325.

MEYER-GÖBNER, Lutz,

- « Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafprozeß », *ZRP*, vol. 17, n° 9, 1984, p. 228-233.
- « Theorie ohne Praxis und Praxis ohne Theorie im Strafverfahren », *ZRP*, vol. 33, n° 8, 2000, p. 345-351.

MEYER-MEWS, Hans, « Umsetzung der EU-Richtlinie über Prozesskostenhilfe im Strafverfahren », *ZRP*, n° 1, 2019, p. 5-8.

MICHEL, Rheinhold, « Die Staatsanwaltschaft - Justiz zweiter Klasse? », *DRiZ*, n° 9, 1984, p. 376.

MITSCH, Wolfgang, « Anm. z. OLG Saarbrücken, 6. 2. 2008 - Ss 70-07 (78/07) », *NStZ*, 2009, p. 287-289.

MITTAG, Matthias, « Anm. z. BGH v. 13.1.2005 – 1 StR 531/04 Unzureichende Dokumentation einer richterlichen Durchsuchungsanordnung », *JR*, n° 9, 2005, p. 385–389.

MÜLLER, Eggon,

- « Der Grundsatz der Waffengleichheit », *NJW*, n° 24, 1976, p. 1063-1067.
- « Die Durchsuchungspraxis - Unterwanderung eines Grundrechts », *AnwBl.*, n° 8-9, 1992, p. 349-352.

MÜLLER, Gerda, « Probleme der Gerichtsberichterstattung », *NJW*, n° 23, 2007, p. 1617-1619.

MÜLLER, Karl et TRUMIT, Christoph, « Eilzuständigkeiten der Staatsanwaltschaft und des Polizeivollzugsdienstes in der StPO », *StraFo*, n° 4, 2008, p. 144-151.

MÜLLER-DIETZ, Heinz, « Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß », *ZStW*, vol. 93, 1981, p. 1177-1270.

MURMANN, Uwe, « Über den Zweck des Strafprozesses », *GA*, 2004, p. 65-86.

NAGEL, Michael, « Rechtsschutz gegen verfahrenseinleitende und -fortführende Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren? », *StV*, n° 3, 2001, p. 185-192.

NAGLER, Johannes, « Die Protokolle der Strafrechtskommission unter Berücksichtigung ihres Einflusses auf den Entwurf zur Strafprozeßordnung und die geplante Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz », *GS*, vol. 73, 1905, p. 97-237.

NAUCKE, Wolfgang, « Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht », *KritV*, vol. 76, n° 2, 1993, p. 135-162.

NELLES, Ursula,

- « Ein "kleines U-Haft-Recht" für Polizei und Staatsanwaltschaft? », *StV*, n° 8, 1992, p. 385-392.
- « Europäisierung des Strafverfahrens - Strafprozeßrecht für Europa? », *ZStW*, vol. 109, n° 4, 1997, p. 727–755.

NEUHAUS, Ralf, « Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten », *NJW*, n° 19, 1990, p. 1121-1222.

NEULING, Christian-Alexander, « Unterlassung und Widerruf vorverurteilender Medienauskünfte der Ermittlungsbehörden », *StV*, n° 7, 2008, p. 387-391.

NEUMANN, Ulfrid, « Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren », *ZStW*, vol. 101, n° 1, 1989, p. 52-74.

NÜSE, Karl-Heinz, « Zu den Beweisverboten im Strafprozeß », *JR*, n° 8, 1966, p. 281-288.

OSTENDORF, Heribert et BRÜNING, Janique, « Die gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen "Gefahr im Verzug" - BVerfG, NJW 2001, 1121 », *JuS*, n° 11, 2001, p. 1063-1067.

OTTO, Harro,

- « Anmerkung zum BGH, 18.01.1993 - 5 AR (VS) 44/92 », *NStZ*, 1993, p. 352-353.
- « Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren », *GA*, 1970, p. 289-306.

PAEFFGEN, Hans-Ullrich,

- « Obergerichtliche Rechtsprechung in Haft Sachen - 2. Teil », *NStZ*, n° 11, 1992, p. 530-534.
- « Strafprozeß im Umbruch oder: Vom unmöglichen Zustand des Strafprozessrechts », *StV*, n° 11, 1999, p. 625-628.

PAULUS, « Anm. z. BVerfG, 29.05.1990 - 2 BvR 254/88 u. 2 BvR 1343/88 - Reichweite der Unschuldsvermutung bei Verfahrenseinstellung », *NStZ*, 1990, p. 600-601.

PAWLIK, Michael, « Der disqualifizierte Staatsanwalt », *NStZ*, n° 7, 1995, p. 309-315.

PRANTL, Heribert, « Die Exekutive regiert die Strafverfolgung », *DRiZ*, 1988, p. 349.

RABE VON KÜHLEWEIN, Malte, « Normative Grundlagen der Richtervorbehalte », *GA*, 2002, p. 637-658.

RASCHKE, Andreas, « Die Staatsanwaltschaft und der Gang an die Öffentlichkeit », *ZJS*, n° 1, 2011, p. 38-49.

RAUTENBERG, Erardo, « Die deutsche Staatsanwaltschaft: "Objektivste Behörde" mit viel Macht, aber geringem Ansehen - Was ist zu tun? », *DRiZ*, n° 6, 2014, p. 214-219.

REESE, Carolin, « Die Erstattung der Strafanzeige gegen den Prozessgegner: Taktische und praktische Überlegungen », *JR*, vol. 2006, n° 6, 2006, p. 225-229.

RICHTER II, Christian, « Grenzen anwaltlicher Interessenvertretung im Ermittlungsverfahren », *NJW*, n° 34, 1981, p. 1820-1824.

RIEß, Peter,

- « Alte und neue aktuelle Fragen im Klageerzwingungsverfahren - Notanwalt, Ermittlungserzwingung - », *NStZ*, n° 10, 1986, p. 433-439.
- « Anmerkung zum OLG Karlsruhe, 30.04.1982 - 4 VAs 22/82, Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. IV GG », *NStZ*, n° 10, 1982, p. 435-436.
- « Der Hauptinhalt des ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG) », *NJW*, n° 3, 1975, p. 81-94.
- « Die Durchführung der Hauptverhandlung ohne Angeklagten: Zugleich ein Beitrag zum neuen § 231 a StPO », *JZ*, vol. 30, n° 9, 1975, p. 265-272.
- « Die Prüfungskompetenz des Ermittlungsrichters », *NStZ*, n° 11, 1991, p. 513-517.

- « Die Zukunft des Legalitätsprinzips », *NStZ*, n° 1, 1981, p. 2-10.
- « Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153a StPO », *ZRP*, vol. 16, n° 4, 1983, p. 93-99.
- « Grenzen von Ermittlungen des Ermittlungsrichters im Vorverfahren (z. Beschluss des LG-Stuttgart, 15.04.1983) », *NStZ*, 1983, p. 520-522.
- « Über die Aufgaben des Strafverfahrens », *JR*, n° 7, 2006, p. 269-277.

RINGWALD, Gerhard, « Gegenpol zu INPOL? Computer bei der Justiz », *ZRP*, vol. 21, n° 5, 1988, p. 178-183.

ROGALL, Klaus, « Anm. z. BGH, 28.02.1997 - StB 14/96 », *NStZ*, 1997, p. 398-400.

ROXIN, Claus,

- « Beschuldigtenstatus und qualifizierte Belehrung », *JR*, n° 1, 2008, p. 16–19.
- « Für ein Beweisverwertungsverbot bei unterlassener qualifizierter Belehrung », *HRRS*, n° 5, 2009, p. 186-187.
- « Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft », *DRiZ*, 1969, p. 385-389.
- « Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen », *NStZ*, n° 1, 1997, p. 18-21.
- « Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute », *DRiZ*, 1997, p. 109-121.

ROXIN, Claus, RUDOLPHI, Hans-Joachim, « Strafvereitelung durch Verzögerung der Bestrafung und Selbstbegünstigung durch Vortäuschen einer Straftat - Bay OLG NJW 1978, 2503 », *JuS*, 1979, p. 859-863.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, « Strafprozeß im Umbruch: Eine Bilanz der strafverfahrensrechtlichen Reformen seit Kriegsende », *ZRP*, vol. 9, n° 7, 1976, p. 165-173.

RÜPING, Hinrich,

- « Die Geburt der Staatsanwaltschaft in Deutschland », *GA*, 1992, p. 147-158.
- « Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei », *ZStW*, vol. 95, n° 4, 1983, p. 894–917.
- « Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren – Wesentliche Erfordernisse eines gerechten Strafverfahrens », *ZStW*, vol. 91, n° 2, 1979, p. 351–363.
- « Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten », *JR*, 1974, n° 4, p. 135–140.

RZEPKA, Dorothea, « Das Strafverfahren in den Händen der Polizei: Ist-Zustand und kriminalpolitische Visionen », *KritV*, vol. 82, n° 3, 1999, p. 312-335.

SAFFERLING, Christoph, « Das Recht zu schweigen und seine Konsequenzen, Entwicklungen in nationalen und internationalen Strafverfahren », *ZIS*, n° 13, 2009, p. 784-794.

SALIGER, Frank, « Grenzen der Opportunität: § 153a StPO und der Fall Kohl, Zugleich Besprechung vom LG Bonn, Beschluss vom 28. 2. 2001 », *GA*, 2005, p. 155-176.

SARSTEDT, Werner, « Gebundene Staatsanwaltschaft? », *NJW*, n° 38-39, 1964, p. 1752-1758.

SATZGER, Helmut, « § 172 StPO: Begriff des Verletzten iSd Klageerzwingungsverfahrens », *JA*, n° 8-9, 1997, p. 624-627.

SCHALL, Hero, « Systematische Übersicht der Rechtsprechung zum Umweltstrafrecht - 2. Teil », *NStZ-RR*, n° 9, 2006, p. 263-265.

SCELLENBERG, Frank, « Zur Zulässigkeit staatsanwaltschaftlicher Vernehmungsgesuchen im Ermittlungsverfahren », *NStZ*, n° 2, 1991, p. 72-73.

SCHENKE, Wolf-Rüdiger, « Rechtsschutz bei strafprozessualen Eingriffen von StA und Polizei », *NJW*, n° 40, 1976, p. 1816-1823.

SCHLOTHAUER, Reinhold,

- « Das Akteneinsichtsrecht des Verletzten nach dem Opferschutzgesetz vom 18.12.1986 und die Rechte des Beschuldigten », *StV*, n° 8, 1987, p. 356-360.
- « Der Beweiserhebungsanspruch des Beschuldigten gegenüber dem Ermittlungsrichter (§ 166 Abs. 1 StPO) », *StV*, n° 3, 1995, p. 158-165.
- « Ermittlungsrichterliche Entscheidungen und ihre Revisibilität », *StraFo*, 1998, p. 402-408.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, « Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß », *JZ*, n° 17, 1973, p. 529-536.

SCHMIDT, Eberhard,

- « Anklageerhebung, Eröffnungsbeschuß, Hauptverfahren, Urteil », *NJW*, n° 24, 1963, p. 1081-1089.
- « Der Strafprozeß », *NJW*, vol. 22, n° 27, 1969, p. 1137-1146.
- « Die Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft und Legalitätsprinzip », *MDR*, n° 4, 1961, p. 269-274.
- « Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz », *DRiZ*, n° 12, 1957, p. 273-283.
- « Die Rechtsstellung der Staatsanwälte », *MDR*, n° 1, 1951, p. 1-7.
- « Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 55 II StPO als Revisionsgrund », *JZ*, 1958, p. 596-601.

SCHMIDT, Eberhard, SCHMIDT, Gerhard, « Vorschläge zur Beschleunigung und Strafung des Strafverfahrens », *DRiZ*, n° 3, 1971, p. 77-79.

SCHMIDT, Heiner Christian, « Die unzureichende Begründung ermittelungsrichterlicher Anordnungen und deren Auswirkung auf die Beweisverwertung im Strafprozess », *StraFo*, n° 11, 2009, p. 448-452.

SCHMOLLER, Kurt, « Neues Strafprozessrecht in Österreich », *GA*, 2009, p. 505.

SCHNARR, Karl Heinz, « Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatsanwaltlicher Eilanordnung und richterlicher Bestätigung », *NStZ*, n° 5, 1991, p. 209-216.

SCHNEIDER, Hartmut, « Zu Stellung und Tätigkeit von Staatsanwälten », *Jura*, n° 2, 1999, p. 62-69.

SCHÖCH, Heinz, « Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren », *NStZ*, n° 9, 1984, p. 385-391.

SCHOREIT, Armin,

- « Absolutes Strafverfahrenshindernis und absolutes U-Haftverbot bei begrenzter Lebenserwartung des Angeklagten? Bedeutung, Auswirkungen und Wirksamkeit des

Beschlusses des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin auf die im Verfahren gegen Erich Honecker eingelegte Verfassungsbeschwerde », *NJW*, 1993, p. 881-887.

- « Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens », *StV*, n° 10, 1989, p. 349-352.
- « Weiterer Ausbau der zentralistischen polizeilichen EDV-Systeme zum Nachteil der Justiz », *DRiZ*, 1986, p. 54-56.

SCHORN, Hubert, « Die Rechtsstellung des Beschuldigten und seines Verteidigers nach dem Strafprozeßänderungsgesetz », *NJW*, n° 16-17, 1965, p. 713-716.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, « Zur Rechtskraft staatsanwaltschaftlicher Einstellungsverfügungen », *NStZ*, n° 7, 1996, p. 319-320.

SCHROTH, Klaus, « 2. Opferrechtsreformgesetz – Das Strafverfahren auf dem Weg zum Parteienprozess? », *NJW*, n° 40, 2009, p. 2916-2919.

SCHULZ, Lorenz, « Grenzen prozessualer Normativierung. Aspekte der Unschuldsvermutung. », *GA*, 2001, p. 226-242.

SCHUMANN, Kay H., « „Brechmitteleinsatz ist Folter“? Die Rechtsprechung des EGMR zum Brechmitteleinsatz im Strafverfahren - Bespr. d. Urte. EGMR v. 11.07.2006 - 54810/001 - », *StV*, n° 11, 2006, p. 661-665.

SCHÜNEMANN, Bernd, « Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlußeffekt », *StV*, n° 3, 2000, p. 159-165.

- « Der polizeiliche Lockspitzel - Kontroverse ohne Ende? Krit. Anm. z. Vorlagebeschl. des 2. Strafsenats v. 04.06.1985 », *StV*, n° 10, 1985, p. 424-431.
- « Wohin treibt der deutsche Strafprozess? », *ZStW*, vol. 114, n° 1, 2002, p. 1-62.
- « Zur Reform der Hauptverhandlung im Strafprozeß », *GA*, 1978, p. 161-185.
- « Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege », *NStZ*, n° 5, 1986, p. 193-200.

SCHÜNEMANN, Bernd, SCHWECKENDIECK, Helmut, « Dateien zur „vorbeugenden Verbrechensbekämpfung“ im Lichte der Rechtsprechung zu § 81b Alt. 2 StPO », *ZRP*, vol. 22, n° 4, 1989, p. 125-127.

SESSAR, Klaus,

- « Die Staatsanwaltschaft im Prozeß sozialer Kontrolle », *Mitteilungen aus der Marx-Planck-Gesellschaft*, n° 2, 1974, p. 90-96.
- « Ein bürokratischer Faktor im Prozeß der Verbrechenskontrolle: der Staatsanwalt », *MschKrim*, vol. 62, n° 3, 1979, p. 129-139.
- « Empirische Untersuchungen zu Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft », *ZStW*, vol. 87, n° 4, 1975, p. 1033-1062.
- « Wege zu einer Neugestaltung der Hauptverhandlung », *ZStW*, vol. 92, n° 3, 1980, p. 698-722.

SIEWERT, Wolfgang et MATTHEUS, Axel, « Die Nachermittlung von Gericht und Staatsanwaltschaft vor Eröffnung des Hauptverfahrens », *DRiZ*, n° 9, 1993, p. 353-358.

SINGELNSTEIN, Tobias et DERIN, Benjamin, « Das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens », *NJW*, n° 37, 2017, p. 2646-2652.

SOMMER, Ulrich, « Anm. z. EGMR, 09.06.1998 - 44/1997/828/1034 - Verurteilung nach Einsatz eines polizeilichen Lockspitzels », *NStZ*, n° 1, 1998, p. 48-50.

STEIN, Ulrich, « Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung », *ZStW*, vol. 97, n° 2, 1985, p. 303–330.

STÖRMER, Rainer, « Beurteilungsspielräume im Strafverfahren », *ZStW*, n° 3, 1996, p. 494-526.

STRUBEL, Bernd-Jochen et SPRENGER, Wolfgang, « Die gerichtliche Nachprüfbarkeit staatsanwaltlicher Verfügungen », *NJW*, n° 39, 1972, p. 1734-1739.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich,

- « Strafschärfende Verwertung früherer Einstellungen und Freisprüche - doch ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung? », *StV*, n° 12, 2007, p. 655-663.
- « Die normative Aussage der Unschuldsvermutung », *ZStW*, vol. 111, n° 2, 1999, p. 422–460.

TÖWE, R., « Das Klageerzwingungsverfahren », *GS*, vol. 108, 1936, p. 262-279.

TRENTMANN, Christian, « Der politische Staatsanwalt? Problempunkte und Lehren aus dem Fall netzpolitik.org unter Berücksichtigung der jüngsten Reformvorschläge des Deutschen Richterbundes sowie europäische Sichtweisen », *ZIS*, vol. 11, n° 2, 2016, p. 130-137.

VORMBAUM, Moritz, « Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibaarbeit? », *ZIS*, n° 6, 2015, p. 328-335.

VULTEJUS, Ulrich, « Legalitäts- und Opportunitätsprinzip », *ZRP*, vol. 32, n° 4, 1999, p. 135-137.

WAGNER, Heinz, « Rechtliches Gehör im Ermittlungsverfahren », *ZStW*, vol. 109, n° 3, 1997, p. 545–592.

WAGNER, Walter, « Der objektive Staatsanwalt - Idee und Wirklichkeit », *JZ*, 1974, p. 212-218.

WASMUTH, Johannes,

- « Anmerkung zum BVerwG, 14.04.1988 - 3 C 65.85 - Rechtsweg gegen Presseverlautbarungen », *NStZ*, 1990, p. 138-139.
- « Bemerkungen zum Rechtsschutz bei Klagen gegen Pressemitteilungen von Ermittlungsbehörden », *NJW*, n° 28, 1988, p. 1705-1707.

WASSERMANN, Rudolf, « Zum Ende des Honecker-Verfahrens », *NJW*, n° 14, 1993, p. 1567-1569.

WEBER, Victor, « Gefahr im Verzug oder wie das Vertrauen in den Rechtsstaat aufs Spielgesetz werden kann », *DRiZ*, n° 3, 1991, p. 116-117.

WEIGEND, Thomas,

- « Das „Opportunitätsprinzip“ zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz », *ZStW*, vol. 109, n° 1, 1997, p. 103–121.
- « Die Reform des Strafverfahrens », *ZStW*, vol. 104, n° 2, 1992, p. 486–512.
- « Strafzumessung durch den Staatsanwalt? Lösbare und unlösbare Probleme bei der Verfahrenseinstellung unter Auflagen (§ 153a StPO) », *KJ*, vol. 84, n° 1, 1984, p. 8-38.
- « Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht », *ZStW*, vol. 113, n° 2, 2001, p. 271–304.

- « Viktimologie und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren », *ZStW*, vol. 96, n° 3, 1984, p. 761-793.

WEILER, Edgar, « Irreparable Verletzung des Rechts des Beschuldigten auf ein faires rechtsstaatliches Strafverfahren als Verfahrenshindernis », *GA*, 1994, p. 561-587.

WEINRICH, Alfred (von), « 8. Zur Reform des Strafprozesses und des Verteidigerberufes », *ZStW*, vol. 13, n° 1, 1893, p. 236–258.

WELP, Jürgen,

- « Rechtsschutz gegen Versagung von Akteneinsicht durch die StA, Anm. z. OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 29.07.1987 - 3 VAs 65/86 », *StV*, n° 5, 1989, p. 194-197.
- « Anwesenheitsrechte und Benachrichtigungspflichten: Bemerkungen zum Urteil des BGH v. 2. 5. 1979 — 2 StR 99/79. JZ 1980, 149 ff », *JZ*, vol. 35, n° 4, 1980, p. 134-138.
- « Die Gestellung des verhandlungsunfähigen Angeklagten », *JR*, n° 7, 1991, p. 265–272.

WERNER, Karin, « Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren bei staatsanwaltlichen Verfahrenseinstellungen aus Opportunitätsgründen », *NStZ*, n° 9, 1984, p. 401-403.

WEBLAU, Edda, « Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren », *ZStW*, vol. 110, n° 1, 1998, p. 1–37.

WEYAND, Raimund, « Prüfungskompetenz des Ermittlungsrichters, Anm. z. Beschl. des LG Saarbrücken vom 13.09.1988 - 8 Qs 182/88 », *NStZ*, n° 3, 1989, p. 132-133.

WILKE, Dieter, « Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Einheit des Bundesrechts Bemerkungen aus Anlaß des Honecker-Beschlusses des Berliner Verfassungsgerichtshofs », *NJW*, n° 14, 1993, p. 887-889.

WILLMS, Günther,

- « Kummer mit Eröffnungsbeschlüssen », *DRiZ*, 1961, p. 327-329.
- « Offenkundigkeit und Legalitätsprinzip », *JZ*, vol. 12, n° 15, 1957, p. 465-466.

WOHLERS, Wolfgang, « Anm. z. OLG Schleswig, 19.12.1988 - 2 Ws 598/88 », *NStZ*, 1990, p. 98-99.

WÖFL, Bernd, « Die Gegenvorstellung im Strafprozess », *StraFo*, 2003, p. 222-228.

WOLFLAST, Gabriele, « Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung - Besprechung des BGH-Urteils vom 9. 4. 1986 - 3 StR 551/85 », *NStZ*, 1987, p. 103-106.

WOLTER, Jürgen,

- « Heimliche und automatisierte Informationseingriffe wider Datengrundrechtsschutz », *GA*, 1988, p. 49-90 et 129-142.
- « Strafverfahrensrecht und Strafprozeßreform », *GA*, 1985, p. 49-92.

« EGMR-Entscheidung zur Androhung von Folter – Fall Gäfgen », *NStZ-Spezial*, n° 15, 2010, p. 472.

« Wer ist Herrin des Strafverfahrens? (Editorial) », *Kriminalistik*, n° 8-9, 1986, p. 391.

B – EN FRANÇAIS*

ALIX, Julie,

- « La (lente) réception en France des acquis de l'Union européenne en matière de droits de la défense », *Arch. po. crim.*, n° 37, 2015, p. 27-39.
- « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *Rec. Dal.*, n° 25, 2011, p. 1699-1707.

ALT-MAES, Françoise, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité? », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2002, p. 501-516.

ASCENSI, Lionel, « Valeur probatoire des déclarations incriminantes du prévenu faites sans l'assistance d'un avocat », *AJP*, n° 7-8, 2011, p. 371-373.

AUBERT, Félix, « Le ministère public de Saint Louis à François I », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, vol. 18, 1894, p. 487-522.

BABONNEAU, Marine et PASTOR, Jean-Marc, « Projet de loi de programmation pour la justice : l'avis du Conseil d'État », *Dal. act.*, 19 avril 2018.

BACHELET, Olivier,

- « Avocat et garde à vue : Voyage dans le temps », *Gaz. Pal.*, n° 109, avril 2011, p. 10 et s.
- « Chron. de jurisprudence de la CEDH, ici note de jurisprudence rel. à CEDH Klouvi c/ France », *JDI*, n° 3, 2012.
- « Droits de la défense : transposition ambivalente de la "directive information" », *Gaz. Pal.*, n° 32, février 2014, p. 9 et s.
- « Garde à vue : la persistante religion de l'aveu », *Gaz. Pal.*, n° 24, 2012, p. 7.
- « Garde à vue : la sourde dissidence de la chambre criminelle », *Gaz. Pal.*, n° 354, décembre 2011, p. 5.
- « La peau de chagrin des nullités », *Gaz. Pal.*, n° 66, mars 2012, p. 17.
- « Privation de liberté suivie d'une garde à vue : condamnation de la France - CEDH 27.06.2013 », *Rec. Dal.*, n° 25, juillet 2013, p. 1687.

BACHELET, Olivier, BAILLET, Francis, « Le juge d'instruction : une institution en sursis ? », *Gaz. Pal.*, n° 14, janvier 2006, p. 2 et s.

BARLOGIS, Cloé, « Le procureur et le difficile choix des formations d'enquête », *AJP*, n° 12, 2016, p. 570-573.

BAUVE, Jean-Pierre, « Le juge d'instruction en question », *Gaz. Pal.*, mai 1987, p. 334.

* Il a été tenté autant que possible de faire référence aux versions imprimées officielles des revues scientifiques françaises. Résidant toutefois principalement à Düsseldorf, le recours à des versions électroniques *via* l'accès distant de l'université de Paris 1 était inévitable. À cet égard, l'auteur de cette thèse a parfois été confrontée à l'impossibilité de donner les numéros de page des versions imprimables, les versions électroniques des grandes bases de données telles Dalloz, LexisNexis ou Lextenso ne reprenant pas la même mise en forme dans leur version électronique et ne permettant pas toujours de visualiser la version PDF conforme au document imprimé. Cela explique l'absence de précisions quant aux numéros de pages de certains articles de doctrine. L'auteur de cette thèse vous prie de bien vouloir excuser ces inexactitudes résiduelles. Pour cantonner cette absence de repères au strict minimum, il a été précisé dans les notes de bas de page concernées les titres ou numéros de paragraphes des parties citées dès lors que le document en question le permettait.

BEAUME, Jacques et DANET, Jean, « Les droits de la défense et les évolutions à venir de l'enquête, entretien », *Arch. po. crim.*, n° 37, 2015, p. 109-114.

BEAUSSONIE, Guillaume, « Analyse comparée des droits des parties privées durant l'enquête et l'instruction », *Gaz. Pal.*, n° 27, juillet 2017, p. 84 et s.

BEIGNIER, Bernard et MOUTON, Stéphane, « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *Rec. Dal.*, n° 21, 2001, p. 1636 et s.

BELFANTI, Ludovic, « Du droit de tout justiciable de saisir le Conseil supérieur de la magistrature », *AJP*, n° 7/8, 2017, p. 344-348.

BEN KEMOUN, Laurent, « Modestes propositions pour limiter la détention provisoire, cette autre addiction française », *Rec. Dal.*, n° 16, 2013, p. 1079-1080.

BERGEAUD-WETTERWALD, Aurélie, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? - À propos de l'arrêt Cass. crim. du 07.01.2014, ét. 7 », *Dr. Pén.*, n° 4, 2014.

BERNAUD, Valérie et FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? Réflexions autour des articles 61-1 et 62 de la Constitution proposés par le comité Balladur », *RFD const.*, n° 5, HS n° 2, 2008, p. 169-199.

BONFILS, Philippe,

- « Il faut sauver la jurisprudence Laurent-Atthalin », *Rec. Dal.*, n° 19, mai 2010, p. 1153-1154.
- « Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Rev. sc. crim.*, n° 2, juin 2008, p. 392 et s.

BOTTON, Antoine,

- « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale, à propos du Titre II de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, aperçu rapide 777 », *JCP G*, n° 27, juillet 2016, p. 1339-1343.
- « Le renforcement du rôle du procureur de la République », *AJP*, n° 12, 2016, p. 562-564.

BOULAN, Fernand, « Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive, I, 2563 », *JCP G*, 1973.

BOULOC, Bernard,

- « L'instruction par le juge d'instruction après la loi du 24 août 1993 », *RPDP*, vol. 118, n° 2, 1994, p. 89-101.
- « L'irrecevabilité de la constitution de partie civile d'une association de lutte contre la corruption - Note n° 316 sous l'arrêt Cass. crim., déc. du 31.01.2018, n° 17-80.659 », *JCP G*, n° 12, mars 2018, p. 539-541.

BRUNET, Bernard, « Le traitement en temps réel : la Justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale », *Droit et Société*, vol. 38, n° 1, 1998, p. 91-107.

BÜCK, Valentine, « Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes », *Cah. CC*, n° 10, 2001, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-10/le-conseil->

constitutionnel-et-les-reformes-penales-recentes.52377.html>, consulté dernièrement le 15.06.17.

BUISSON, Jacques, « Aspects essentiels de procédure pénale relatifs à la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, ét. 6 », *Procédures*, n° 4, 2019.

CAHN, Olivier, « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *AJP*, n° 9, 2016, p. 408-412.

CAMOUS, Éric, « L'enquête à décharge menée par le procureur de la République », *Gaz. Pal.*, n° 27, juillet 2017, p. 88.

CANIVET, Guy et JOLY-HURARD, Julie, « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », *RIDC*, vol. 58, n° 4, 2006, p. 1049-1093.

CAPDEPON, Yannick, « Juge du siège - Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? - Et. 15 », *Dr. Pén.*, n° 9, 2007.

CARON, Danièle et MÉNOTTI, Sylvie, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation - Chambre criminelle », *Rec. Dal.*, n° 26, 2007, p. 1817.

CARRÈRE, Sophie, « Le juge des libertés et de la détention : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.*, n° 233, 2014, p. 6.

CASSIA, Paul et SAULNIER-CASSIA, Emmanuel, « Imbroglia autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *Rec. Dal.*, n° 20, mai 2010, p. 1234-1242.

CASSUTO, Thomas,

- « La collaboration entre le procureur européen et les parquets nationaux », *AJP*, n° 6, 2018, p. 279-282.
- « Portrait d'un juge d'instruction européen », *AJP*, n° 11, 2015, p. 536-539.

CHAMBON, Pierre,

- « Observations sous Cass. crim. 2 septembre 1986 - Commentaires, II (jurisp.), 20766 », *JCP G*, n° 14, avril 1987.
- « La loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 : réflexions sur la législation : analyse et appréciation de la loi, doct. », *JCP G*, n° 19, 1988, p. I. 3335.
- « La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le Code de procédure pénale et relative à la détention provisoire : analyse et réflexions, I (doctr.), 3417 », *JCP G*, n° 46, 1989.

CHAMBON, Pierre, CHARBONNEAU, Cyrille et PANSIER, Frédéric-Jérôme, « La loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence : première approche », *Gaz. Pal.*, n° 174, juin 2000, p. 11 et s.

CHARBONNEAU, Cyrille et PANSIER, Frédéric-Jérôme, « Commentaire article par article de la loi sur la présomption d'innocence (1re partie) », *LPA*, n° 129, 2000, p. 3 et s.

CHARBONNEAU, Cyrille et PANSIER, Frédéric-Jérôme, « Commentaire article par article de la loi sur la présomption d'innocence (suite et fin) », *LPA*, n° 130, 2000, p. 6 et s.

CHARVET, Dominique, « Réflexions autour du plaider-coupable », *Rec. Dal.*, n° 35, octobre 2004, p. 2517-2519.

CHAVENT-LECLÈRE, Anne-Sophie,

- « Contrôle réservé de la Cour de cassation sur la nécessité de la garde à vue – Comm. 107 », *Procédures*, n° 5, 2017.

- « Des évolutions en cours à la révolution attendue en procédure pénale ? Dossier 6 », *Procédures*, n° 1, 2015.
- « La double condamnation européenne et française, comm. 419 (arrêt Brusco c. France) », *Procédures*, n° 12, 2010.
- « Les prémices d'un véritable contrôle de nécessité de la garde à vue, comm. 210 », *Procédures*, n° 8-9, 2017.

CHEVALLIER, Jean-Yves, « Le parquetier et la troisième voie », *Rev. pén. et dr. pén.*, vol. 127, n° 4, 2003, p. 629-638.

CLAUDE, Ophélie, « Réflexions sur la première convention judiciaire d'intérêt public », *AJP*, n° 1, janvier 2018, p. 30-33.

CLERC, Olivier, « Le juge des libertés et de la détention et la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue », *Gaz. Pal.*, n° 188, juillet 2011, p. 29.

COLLIN, Jean-Pierre, « Les rapports du juge d'instruction avec le ministère public, les corps de police et les experts », *RDPC*, 1990, n° 8-10, p. 857-899.

COLOMBINI, Albert, « Considérations sur le projet du Code d'instruction criminelle, doct. », *JCP G*, 1950, p. I.854.

COMMARET, Dominique (avocate générale), « Conclusions concernant l'arrêt cass. Crim, 19.06.2001, II, 10064 », *JCPG*, n° 16-17, 2002, p. 780-783.

CONTE, Philippe,

- « Les galeux de la République - À propos de "l'affaire d'Outreau", doct. 101 » *JCP G*, n° 1-2, 2006
- « Placement en garde à vue et nécessités de l'enquête - Et. 12 », *Dr. Pén.*, n° 5, 2015.
- « Terrorisme - Bas les masques ! - Repère 6 », *Dr. Pén.*, n° 6, 2016.
- « Une juridiction de jugement n'a pas à vérifier si la garde à vue a bien été décidée "pour les nécessités de l'enquête" - Comm. II, 10176 », *JCP G*, n° 50, décembre 2005, p. 6.

COSTE, François-Louis, « L'instruction : à la recherche des fondamentaux », *AJP*, n° 10, 2010, p. 422-424.

COUJARD, Dominique, « Le juge d'instruction, emblème d'une justice bancale », *Gaz. Pal.*, n° 284, 2014, p. 11 et s.

COUMOUL, Jules, « Précis historique sur le ministère public », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, vol. 5, 1881, p. 299-314.

COVRAT, Pierre, « Le projet Donnedieu de Vabres, en parallèle avec les travaux de la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme », *Archives de philosophie du droit*, n° 13, 1991, p. 67-73.

COVRAT, Pierre et GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève, « Une nouvelle procédure pénale ? », *Rev. sc. crim.*, n° 4, 2001, p. 139-148.

CSONKA, Peter, « Le parquet européen : le nouvel acteur de l'espace judiciaire européen », *AJP*, n° 6, 2018, p. 283-286.

CUTAJAR, Chantal,

- « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaider pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *Rec. Dal.*, n° 16, avril 2008, p. 1081-1085.
- « Le nouvel arsenal de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière - Aperçu rapide n° 1366 », *JCP G*, n° 52, décembre 2013, p. 2369-2372.

DANET, Jean, « Le nouvel alinéa de l'article préliminaire du code de procédure pénale nous prémunit-il des erreurs judiciaires ? », *AJP*, n° 27, 2011, p. 331-333.

DANLOS, Benjamin, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », *AJP*, n° 9, 2014, p. 404-407.

DAOUD, Emmanuel, « Le juge des libertés et de la détention, avatar ou résurrection ? », *Dal. act.*, 8 juillet 2016.

DAOUD, Emmanuel et MERCINIER, Emmanuel, « Garde à vue : la French touch », *AJP*, n° 6, juin 2006, p. 269-273.

DAVY, Miranda, « Détention provisoire et surpopulation carcérale », *AJP*, n° 7-8, 2018, p. 341-344.

DEBOVE, Frédéric, « L'overdose législative, ét. 12 », *Dr. pén.*, 2004, p. 6-10.

DECHENAUD, David, « Nouvelles menaces sur le droit pénal des affaires. Libres propos au sujet de l'avant-projet du futur Code de procédure pénale - Et. 13 », *Dr. Pén.*, n° 6, 2010.

DELAGE, Pierre-Jérôme, « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : quand la pratique ramène à la théorie », *Rec. Dal.*, n° 29, 2005, p. 1970-1973.

DELMAS-MARTY, Mireille, « Une nouvelle procédure pénale ? Présentation, Actes de la journée d'étude organisée par les éditions Dalloz sur la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », *Rev. sc. crim.*, n° 1, 2001, p. 3-5.

DEMARCHI, Jean-Raphaël, « La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable », *Rec. Dal.*, n° 28, 2007, p. 2012-2015.

DERIEUX, Emmanuel, « Presse-Édition - Publication de documents fiscaux et recel de violation de secret professionnel - Comm. II 22429 », *JCP G*, n° 20, mai 1995, p.182-184.

DETRAZ, Stéphane, « Bref commentaire de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs », *Gaz. Pal.*, n° 10, janvier 2012, p. 16.

DORSNER-DOLIVET, Annick, « Les dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant les garanties judiciaires en matière de détention provisoire, chron. 39 », *Dr. pén.*, n° 12, 2000.

DORWLING CARTER, Marcel, « Faut-il supprimer le juge d'instruction ?, doct. I 3458 », *JCP G*, n° 31-32, 1990.

DRAGO, Roland, « Un avocat doit être commis d'office pour la présentation d'une requête en rabat d'arrêt », *Rec. Dal.*, n° 36, 1995, p. 513.

DREYER, Emmanuel,

- « CEDH - Un an de droit européen en matière pénale, chron. 4 », *Dr. Pén.*, n° 4, 2009.
- « Presse-Édition - Droit de la presse et des médias - Chronique I 210 », *JCP G*, n° 48, novembre 2007, p. 22-27.

DUFOUR, Olivia,

- « La saisine directe du CSM ne fonctionne pas du tout! », *LPA*, n° 29, février 2015, p. 4.
- « La saisine directe du CSM par les justiciables cherche encore ses marques », *LPA*, n° 197, octobre 2013, p. 4.
- « Le Conseil supérieur de la magistrature revendique une évolution de son statut », *LPA*, n° 137, juillet 2018, p. 3.
- « Le juge d'instruction, un luxe français... », *Gaz. Pal.*, n° 43, décembre 2016, p. 6 et s.

DUFOURQ, Pauline, « La convention judiciaire d'intérêt public : apport de ce nouveau dispositif transactionnel », *Dal. act.*, 12 mai 2017.

DUPIC, Emmanuel, « La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme, Perben III de la procédure pénale française ? », *Gaz. Pal.*, n° 22, juin 2016, p. 12.

FABBRI, Alexandra et GUÉRY, Christian, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2009, p. 343-358.

FALQUE, Edith, « La protection de l'innocent, journées d'études de l'institut de criminologie de Paris (Paris, 28 et 29 mai 1975) », *Rev. sc. crim.*, n° 4, 1975, p. 1140-1145.

FALXA, Joana, « Inconstitutionnalité des restrictions au droit de correspondance des personnes prévenues, obs. rel. à la déc. du CC du 22 juin 2018, n° 2018-175-QPC », *AJP*, n° 10, 2018, p. 469-470.

FELDMAN, Jean-Philippe, « Un Minority Report à la française?, la décision du 21 février 2008 et la présomption d'innocence, II, 10077 », *JCP G*, n° 16, 2008, p. 38-41.

FILNIEZ, Robert, « Loyauté et liberté des preuves », *Rev. sc. crim.*, n° 2, 2007, p. 331-332.

FLAUSS, Jean-François, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre 2008 - février 2009) », *AJDA*, n° 16, 2009, p. 872-885.

FORTAS, Anne-Catherine, « La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *Rev. sc. crim.*, n° 1, mars 2014, p. 25-47.

FORTSTER, Léon Lef et NATALI, Frank, « Justice pour tous : une alternative à la suppression du juge d'instruction », *Gaz. Pal.*, n° 83, mars 2009, p. 3 et s.

FOURMENT, François,

- « Droit effectif et concret à un procès équitable et « assistance effective » du gardé à vue », *JCP G*, n° 47, 2012, p. 1242.
- « Halte aux ordonnances du JLD motivées par référence aux réquisitions du procureur de la République », *Gaz. Pal.*, n° 4, janvier 2017, p. 60.
- « Point de vue, Après l'affaire Moulin (CEDH, 5^e section, 23.11.2010), encore du grain à moudre », *Rec. Dal.*, n° 1, janvier 2011, p. 26-27.
- « Saisine *in rem* du juge d'instruction et qualité à agir en nullité, à propos de Cass. crim., 08.06.2017, n° 17-80709 », *Gaz. Pal.*, n° 36, octobre 2017, p. 60 et s.

FRANCILLON, Jacques, « Provocation à la commission d'actes de pédophilie organisés par un service de police étranger utilisant le réseau internet », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2007, p. 560-562.

FROMONT, Michel, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Cah. CC*, n° 15, janvier 2004, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-15/presentation-de-la-cour-constitutionnelle-federale-d-allemande.51993.html>, consulté dernièrement le 23.08.2016.

FUCINI, Sébastien,

- « Ce que prévoit la loi renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme », *Dal. act.*, 14 juin 2016.
- « Conséquence de l'irrégularité des gardes à vue antérieures à la loi du 14 avril 2011 », *Dal. act.*, 6 mars 2014.
- « Garde à vue : déloyauté de la sonorisation des cellules – Cour de cassation, ass. plén. 6 mars 2015 », *Rec. Dal.*, n° 12, 2015, p. 711.
- « Loi de réforme de la justice : principales dispositions pénales », *Dal. act.*, 2 avril 2019.
- « Nullités de procédure : état des lieux de la jurisprudence de la Chambre criminelle », *AJP*, n° 7-8, 2018, p. 359-362.

GALLI, Martina, « Une justice pénale propre aux personnes morales », *Rev. sc. crim.*, n° 2, août 2018, p. 359-386.

GIACOPELLI, Muriel, « Les procédures alternatives aux poursuites, Essai de théorie générale », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2012, p. 505-522.

GICQUEL, Jean, « L'article 26 », *LPA*, n° 97, 2008, p. 77.

GIUDICELLI, André, « Repenser le plaider coupable », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2005, p. 592-595.

GIUDICELLI, Catherine,

- « Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra », *AJP*, n° 2, 2009, p. 68-71.
- « L'étendue des nullités au cours de l'enquête pénale : quel contrôle de la police judiciaire ? », *AJP*, n° 11, 2008, p. 445 et s.
- « Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *AJP*, n° 11, 2008, p. 439 et s.

GIUDICELLI, Catherine, GOETZ, Dorothee, « Inconstitutionnalité du régime de restriction des communications en détention, CC 22 juin 2018, n° 2018-715 QPC », *Dal. act.*, 26 juin 2018.

GOETZ, Dorothee,

- « Garde à vue : contrôle des exigences de l'art. 62-2 du code de procédure pénale », *Dal. act.*, 30 juin 2017.
- « Réforme de la justice : focus sur la matière pénale », *Dal. act.*, 16 mars 2018.

GOMEZ COLOMER, Juan-Luis et GONZALVES, François, « La procédure pénale face au principe accusatoire : la position adoptée par le ministère public en Espagne et dans les principaux pays latino-américains, dans colloque international d'Aix-en-Provence, juin 1997, Inquisitoire-Accusatoire, Un écroulement des dogmes en procédure pénale ? », *Rev. int. dr. pén.*, vol. 68, n° 1-2, 1997, p. 61-82.

GORÉ, Marie, « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, p. 1-19.

GOULESQUE, Jacques, « Les silences du juge d'instruction », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 1968, p. 688-693.

GRANIER, Joseph, « La partie civile au procès pénal », *Rev. sc. crim.*, n° 1, 1958, p. 1-41.

GUÉRIN, Didier, « Point de vue, Flexibilité du droit européen : arrêts Brusco c/ France et Gäfgen c/ Allemagne », *Rec. Dal.*, n° 43, décembre 2010, p. 2850-2851.

GUÉRY, Christian,

- « Aux confins du droit et de la procédure pénale : la relative liberté de qualification du juge d'instruction », *Rec. Dal.*, n° 38, novembre 1996, p. 335 et s.
- « De la vérité absolue à la clarification préalable : pour une nouvelle définition des missions du magistrat instructeur », *AJP*, n° 10, 2010, p. 425-427.
- « Du cap à la péninsule... (la requalification par une juridiction pénale) - Ét. 13 », *Dr. Pén.*, n° 7-8, 2012.
- « Ecoutes téléphoniques et participation policière », *Rec. Dal.*, n° 25, 1996, p. 346 et s.
- « La détention provisoire », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, juin 2013.
- « L'avenir du suspect », *AJP*, n° 6, 2005, p. 232 et s.
- « Le juge d'instruction et le voleur de pommes : pour une réforme de la constitution de partie civile », *Rec. Dal.*, n° 24, juillet 2003, p. 1575-1581.
- « Le nouveau juge des libertés et de la détention : premiers problèmes pratiques », *Gaz. Pal.*, n° 253, septembre 2000, p. 2 et s.
- « Une détention provisoire exceptionnelle... mais souhaitable », *AJP*, n° 6, 2004, p. 238 et s.

GUÉRY, Christian et KOTULSKI, Katia, « Une analyse de l'activité du juge d'instruction », *Les cahiers de la justice*, n° 3, 2010, p. 137

GUILLAUME, Marc, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? Doctr. 722 », *JCP G*, n° 24, juin 2012, p. 1176-1186.

HAURIU, Maurice, « Les actes de l'autorité judiciaire ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir, note sous CE, déc. du 6.08.1987, Sieur R, S. 1898.3.81 », *Revue générale du droit on line*, n° 15360, 2015, en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=15360, consulté dernièrement le 12.11.18.

HENNION-JACQUET, Patricia,

- « Délai de route prégarde à vue : quand la Cour européenne des droits de l'homme suspend le vol du temps », *Rec. Dal.*, n° 43, 2008, p. 3055 et s.
- « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *Rec. Dal.*, n° 18, avril 2004, p. 1265 et s.
- « L'arrêt Medvedyev : un turbulent silence sur les qualités du parquet français », *Rec. Dal.*, n° 22, juin 2010, p. 1390-1394.

HUYETTE, Michel, « JLD, comparution immédiate et procès équitable », *Rec. Dal.*, n° 22, juin 2003, p. 1453.

JANUEL, Pierre, « Loi Justice : la saisine du Conseil constitutionnel », *Dal. act.*, 27 février 2019.

JEAN, Jean-Paul,

- « Dossier : Les réformes pénales 2000-2010, entre inflation législative et révolutions silencieuses », *Reg. actu.*, n° 357, 2010, p. 8-22.
- « Le ministère public français au regard des justices pénales d'Europe », *AJP*, n° 3, 2011, p. 106-112.

JEANDIDIER, Wilfrid, « Cass. crim. 15 avril 1991 – Commentaires, II, 21795 », *JCP G*, n° 7, 1992.

JEAN-LUC,

- « Commentaire de la loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 ou Préambule d'une nouvelle réforme de l'instruction, I (doctr.) », *Gaz. Pal.*, mai 1988, p. 293-300.
- « Commentaire du rapport préliminaire sur la mise en Etat des affaires pénales dit "Rapport Delmas-Marty" ou l'enfer pavé de bonnes intentions », *Gaz. Pal.*, février 1990, p. 137-141.
- « Le juge d'instruction, ce chêne qui cache la forêt, II (doctr.) », *Gaz. Pal.*, décembre 1987, p. 796-803.
- « Le juge d'instruction, ce chêne qu'on abat », *Act. lég. Dal.*, 1985, p. 119-124.
- « Le projet Sapin de réforme de la procédure pénale ou "de l'inculpé à l'encausé", doctr. S065 », *Gaz. Pal.*, février 1992, p. 160-166.

JEANNE, Nicolas, « Réflexion sur la transaction pénale par officier de police judiciaire », *Rev. sc. crim.*, n° 1, mai 2016, p. 1-16.

JÉOL, Michel, « Un droit « constitutionnel » : accéder au juge avec l'assistance d'un défenseur », *Rec. Dal.*, n° 36, 1995, p. 513.

JUNG, Heike,

- « Le ministère public : portrait d'une institution », *Arch. po. crim.*, n° 15, 1993, p. 15-26.
- « Le rôle du ministère public en procédure pénale allemande », *Rev. sc. crim.*, 1983, p. 223-233.
- « Vers un nouveau modèle de procédure pénale ? Réflexion sur les rapports "la mise en état des affaires pénales" », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 1991, p. 526-536.

LABAYLE, Henri et SUDRE, Frédéric, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif », *RFDA*, n° 5, 2011, p. 987-994.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, « L'éthique de la responsabilité », *RTDCiv.*, n° 1, mars 1998, p. 1-22.

LAMY, Bertrand (de), « Le juge des libertés et de la détention : un trompe l'œil ?, Ét. 13 », *Dr. Pén.*, n° 9, 2007, p. 9-13.

LARONDE-CLÉRAC, Céline, « La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale - ét. 9 », *Dr. Pén.*, n° 4, 2013.

LATOUR, Xavier, « Sécurité / Police - La loi relative au renseignement : un État de surveillance ? - Et. 2286 », *JCP A*, n° 40, octobre 2015, p. 1-8.

LAVIELLE, Bruno et DANET, Jean, « Juge d'instruction : ni cet excès d'honneur ni cette indignité », *Gaz. Pal.*, n° 55, février 2009, p. 2 et s.

LAVRIC, S., « Affaire Medvedyev : le statut du parquet tombé à l'eau ? », *Rec. Dal.*, n° 15, avril 2010, p. 898.

LAY, Jean-Pierre et BIGAUT, Christian, « Loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature : la mise en œuvre de la réforme constitutionnelle du 27 juillet 1993 », *Rec. Dal.*, n° 18, 1994, p. 129-135.

LAZERGES, Christine,

- « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2003, p. 644 et s.

- « La présomption d'innocence en Europe », *Arch. po. crim.*, vol. 26, n° 1, 2004, p. 125-138.
- « Le rapport Léger : analyse des propositions, Propos introductifs », *AJP*, n° 10, 2009, p. 385-388.
- « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire », *Rev. sc. crim.*, n° 1, 2001, p. 7-23.
- « Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », *Cah. CC*, n° 26, août 2009, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-role-du-conseil-constitutionnel-en-matiere-de-politique-criminelle>, consulté dernièrement le 14.11.2018.

LE GUNEH, Francis,

- « La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale, I. doct. 3720 », *JCP G*, 1993, p. 489-508.
- « Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, 2^e partie : dispositions spécifiques à l'enquête ou à l'instruction », n° 27, 2000, p. 1299-1302.

LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne,

- « De la transaction pénale à la composition pénale, Loi n° 99-515 du 23 juin 1999, Note 1 - Et., doct. 198 », *JCP G*, n° 3, janvier 2000.
- « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales - quo vadis ? », *Rec. Dal.*, n° 16, avril 2017, p. 873-876.
- « Plaidoyer pour la légalité des poursuites, libres propos, n° 168 », *JCP G*, n° 7, 2010, p. 322-324.

LEBUR, François, « Le juge des libertés et de la détention : béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.*, n° 209, 2001, p. 3 et s.

LEGRAND, Pierre et SACCO, Rodolfo, « Questions à Rodolfo Sacco », *RIDC*, vol. 47, n° 4, 1995, p. 943-971.

LEHMAN, Hervé, « Détention durable et réformes provisoires, II (doctr.) », *Gaz. Pal.*, octobre 1988, p. 590-591.

LEMOULAND, Jean-Jacques, « La réforme de la procédure d'instruction en matière pénale », *Act. lég. Dal.*, 1985, p. 47-53.

LENNON, Jean-Luc,

- « L'affaiblissement du pouvoir de direction de la police judiciaire par le procureur de la République », *Rec. Dal.*, n° 42, 2005, p. 1336-1340.
- « Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire, étude 21 », *Dr. Pén.*, n° 10, 2007.

LEPAGE, Agathe, « Presse-Édition - Secret des sources d'information et recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel - Comm. II 10064 (Cass. crim., 19.06.2001, n° 99-85.188) », *JCP G*, n° 16-17, 2002, p. 784-786.

LEROY, Jacques, « La décision du Conseil constitutionnel sur la nouvelle garde à vue : une décision dérangeante, ét. 4 », *Dr. Pén.*, n° 1, 2012.

LESCLOUS, Vincent,

- « Un an de droit de la garde à vue (1^{er} juin 2016 - 30 juin 2017) - Chron. 8 », *Dr. Pén.*, n° 9, 2017.
- « Un an de droit de la garde à vue (1^{er} juin 2010 - 1^{er} juin 2011) - Chron. 7 », *Dr. Pén.*, n° 9, 2011.

LEVADE, Anne, « Renvoi préjudiciel versus Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit ! », *Rec. Dal.*, n° 20, mai 2010.

LEVASSEUR, Georges, « La publicité dans le procès pénal », *Rev. sc. crim.*, n° 2, 1976, p. 519-535.

LORRAIN, Rémi, « La problématique de la partie civile des fondations », *Dal. act.*, 11 septembre 2014.

LUCAZEAU, Gilles,

- « Le délai raisonnable est-il bien raisonnable ?, doctr. 103 », *JCP G*, n° 3, 2009.
- « Procédure pénale - Juge d'instruction : suite et fin ? - Aperçu rapide n° 209 », *JCP G*, n° 37, septembre 2009, p. 14-16.

MAILLARD, Jacques de et ZAGRODZKI, Mathieu, « Styles de police et légitimité policière. La question des contrôles », *Droit et société*, n° 97, décembre 2017, p. 485-501.

MARÉCHAL, Jean-Yves, « Les droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à signaler !, note jurisprudentielle concernant l'arrêt Cass. crim., 6 mars 2013, n° 12-90.078 », *JCP G*, n° 17, 2013, p. 818-820.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre,

- « Tempête sur le parquet, obs. concernant l'arrêt CEDH du 10.07.2008, Medvedyev c. France », *RSC*, n° 1, 2009, p. 176-180.
- « Tempête sur le parquet :bis sed non repetita (CEDH, Grande Chambre, 29.03.2010, Medvedyev c. France) », *RSC*, n° 3, 2010, p. 685.

MARON, Albert,

- « Garde à vue - Loi fait nécessités - Comm. 49 », *Dr. Pén.*, n° 3, mars 2005.
- « Identifié puis gardé à vue, comm. 57 (Cass. crim., déc. des 26 nov. et 16 déc. 2003) », *Dr. Pén.*, n° 4, 2004.
- « Obélix à la chambre criminelle, comm. 185 (ici not. Cass. crim., déc. des 7 et 15 septembre 2004) », *Dr. Pén.*, n° 12, 2004.

MARON, Albert et HAAS, Marion, « Garde à vue - L'erreur est humaine - Commentaire 80 », *Dr. Pén.*, n° 5, 2017.

MASCALA, Corinne, « Le juge répressif doit apprécier la valeur probante des moyens de preuve produits par les parties même obtenus de manière illicite ou déloyale », *Rec. Dal.*, n° 44, 1994, p. 613.

MASSIAS, Florence, « Chronique internationales des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.*, n° 3, septembre 2004, p. 698-711.

MATHIAS, Éric, « Garde à vue - Pour une loi des suspects... libres (à propos du projet de loi relatif à la garde à vue) - Etude n° 6 », *Droit pénal*, n° 4, 2011.

MATHIEU, Bertrand,

- « QPC - La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg (464) », *JCP G*, n° 17, avril 2010, p. 866-867.
- « QPC - La guerre des juges n'aura pas lieu - Note jurispr. à propos de la décision n° 2010-605 DC du Conseil constitutionnel (576) », *JCP G*, n° 21, mai 2010, p. 1077-1080.

MATHIEU, Patricia, « La victime de l'infraction pénale dans l'histoire », dans RIBEYRE, C. (éd.), *La victime de l'infraction pénale*, Paris, Dalloz, 2016, p. 6-13.

MATSOPOULOU, Haritini,

- « L'application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire aux magistrats du parquet - Note jurispr. 51 », *JPC G*, n° 3, janvier 2018, p. 78-82.
- « La transposition dans le droit permanent des principales mesures de l'état d'urgence. À propos de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme - ét. 1268 », *JCP G*, n° 48, novembre 2017, p. 2177-2183.
- « Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *Rec. Dal.*, n° 22, juin 2008, p. 1494 et s.
- « Le secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G, hors-série*, n° 47, 2012.
- « Les dispositions de la loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue déclarées conformes à la Constitution », *Rec. Dal.*, n° 44, 2011, p. 3034-3039.
- « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée, à propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 - Libres propos, doct. n° 707 », *JCP G*, n° 25, 2016, p. 1222-1225.
- « Les officiers de police judiciaire peuvent agir en flagrant délit dès lors qu'il existe des indices apparents d'un comportement délictueux », *Rec. Dal.*, n° 4, 1995, p. 59.
- « Une réforme inachevée , À propos de la loi du 14 avril 2011, ét. 542 », *JCP G*, n° 19, mai 2011, p. 908-912.
- « Un revirement jurisprudentiel défavorable à l'admission d'une demande d'annulation d'une audition en garde à vue », *Rec. Dal.*, n° 12, mars 2012, p. 779-784.

MAURO, Christina,

- « La suppression du juge d'instruction : éléments de droit comparé », *AJP*, 2010, p. 433-436.
- « Réflexions sur la garde à vue : à propos de l'arrêt Brusco c/ France, CEDH 14.10.2010 - Et. 29 », *Dr. Pén.*, n° 12, 2010.

MAYAUD, Yves, « Entretien, La GAV "à la française" aux oubliettes ? », *Rec. Dal.*, n° 40, novembre 2010, p. 2696.

MÉSA, Rodolphe,

- « La déloyauté des enregistrements réalisés par l'avocat du roi », *Gaz. Pal.*, n° 36, octobre 2016, p. 10 et s.
- « Le renforcement relatif des droits procéduraux du suspect pendant la phase d'enquête », *Gaz. Pal.*, n° 263, septembre 2014, p. 17 et s.
- « L'exigence de loyauté de la preuve en matière pénale à nouveau précisée par l'assemblée plénière », *Gaz. Pal.*, n° 44, décembre 2017, p. 26 et s.

MIGNON COLOMBET, Astrid, « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? », *AJP*, n° 2, 2017, p. 68-70.

MILANO, Laure,

- « Droit à un procès équitable - La conventionnalité de principe de la procédure de "plaider coupable" - Zoom, act. 627 », *JCP G*, n° 21-22, mai 2014, p. 1067.
- « Nouvelle mise en cause de la procédure pénale française ? - Act. 843 », *JCP G*, n° 29-34, juillet 2013, p. 1452.

MONIN DE FLAUGERGUES, Joris, « La garde à vue : une mesure privative de liberté sans contrôle juridictionnel effectif - Ét. 8 », *Dr. Pén.*, n° 3, 2015.

MONNET, Yves, « note sous Cass. crim., 09.08.2006, n° 06-83219 », *Gaz. Pal.*, n° 88, mars 2007, p. 13 et s.

MUCCHIELLI, Julien, « Les députés invités à assister aux audiences de comparution immédiate », *Dal. act.*, 19 février 2018.

MULLER, Yvonne, « Garde à vue - La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française - Étude n° 2 », *Droit pénal*, n° 2, 2011.

MURBACH-VIBERT, Mathias et PAYEN, Henri, « Relevé d'office des nullités et office du juge pénal », *AJP*, n° 9, 2018, p. 403-406.

NIORÉ, Vincent et DUSSEAU, Loïc, « Le cœur de la défense », *Gaz. Pal.*, n° 115, avril 2015, p. 10.

OLLARD, Romain, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? - À propos de la loi du 27 mai 2014, doct. 912 », *JCP G*, n° 36, 2014, p. 1547-1554.

OTTENHOF, Reynald, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 1987, p. 607-619.

PARIZOT, Raphaële, « Sécurité intérieure - Surveiller et prévenir... à quel prix ? Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement - Et. 1077 », *JCP G*, n° 41, octobre 2015, p. 1816-1824.

PELLÉ, Sébastien, « La nécessité de la garde à vue : quel contrôle juridictionnel après la réforme? », *Rec. Dal.*, n° 23, 2017, p. 1339-1344.

PÈRE, David, « Pour une réflexion sur le statut juridique du suspect », *Rec. Dal.*, n° 26, 2010, p. 1638-1639.

PERRIER, Jean-Baptiste,

- « Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique », *Rec. Dal.*, n° 34, 2011, p. 2349-2350.
- « La procédure pénale mise en chantier », *Rec. Dal.*, n° 19, mai 2018, p. 1027-1032.
- « La transaction pénale et les apports du Conseil d'Etat », *Rec. Dal.*, n° 30, septembre 2017, p. 1744-1747.
- « Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Rec. Dal.*, n° 36, 2016, p. 2134-2140.

PIN, Xavier,

- « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.*, n° 2, 2002, p. 245-262.
- « Le centenaire de l'arrêt Laurent-Atthalin », *Rec. Dal.*, n° 15, 2007, p. 1025.
- « Les victimes d'infractions, définitions et enjeux », *Arch. po. crim.*, n° 1, 2006, p. 49-72.

PRADEL, Jean,

- « Du droit de l'avocat d'accéder au dossier établi au cours d'une garde à vue, doct. 1223 », *JCP G*, n° 46, 2012, p. 2057-2063.
- « Haro sur le juge d'instruction ! », *Rec. Dal.*, n° 4, janvier 2006, p. 244 et s.
- « La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme, chron. LII », *Rec. Dal.*, 1990, p. 301-306.
- « La motivation des décisions du juge des libertés et de la détention : vers une rigueur plus grande - note sous arrêt », *JCP G*, n° 4, janvier 2017, p. 136-139.
- « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *Rec. Dal.*, n° 1, 2001, p. 1.
- « La provocation à l'infraction par un douanier peut-elle exonérer le prévenu de sa responsabilité pénale ? », *Rec. Dal.*, n° 36, 1999, p. 325.
- « La saisine matérielle du juge d'instruction en cas de faits nouveaux », *Rec. Dal.*, n° 14, avril 1996, p. 198 et s.
- « La sonorisation d'un local de garde à vue est-elle licite ? », *Rec. Dal.*, n° 12, 2015, p. 711.
- « Le prix à payer pour une procédure pénale efficace », *Rec. Dal.*, n° 34, octobre 2017, p. 1986-1992.
- « Les droits de la personne suspecte ou poursuivie depuis la loi du 24 août 1993 modifiant celle du 4 janvier précédent. Un législateur se muant en Pénélope ou se faisant perfectionniste?, chron. LXXVIII », *Rec. Dal.*, 1993, p. 299-309.
- « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Évolution ou révolution ? », *Rec. Dal.*, n° 13, 2001, p. 1039 et s.
- « L'étendue de la nullité des actes d'information », *Rec. Dal.*, n° 17, 1995, p. 145.
- « note de jurisprudence relative à Cass. crim. déc. du 13.02.1996 », *Rec. Dal.*, n° 37, 1996, p. 260.
- « Procédure pénale janvier 2007 - juin 2008 », *Rec. Dal.*, n° 39, 2008, p. 2757-2764.
- « Procédure pénale juin 2013 - juin 2014 », *Rec. Dal.*, n° 30, 2014, p. 1736-1746.
- « Observations brèves sur une loi à refaire », *Rec. Dal.*, 1993, p. 39-40.
- « Opportunité ou légalité de la poursuite, Aperçus sur quelques législations d'Europe », *RPDP*, n° 3, 1991, p. 12.
- « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Rec. Dal.*, n° 4, 2011, p. 339-343.
- « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue. À propos de la loi du 14 avril 2011, ét. doct. 665 », *JCP G*, n° 22-23, mai 2011, p. 1104-1113.
- « Vers une métamorphose de la garde à vue », *Rec. Dal.*, n° 42, décembre 2010, p. 2783-2792.

QUENTIN, Bruno,

- « Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable, doct. 323 », *JCP G*, n° 11-12, 2013, p. 577.
- « Lutte contre la corruption : vers une privatisation de l'action publique ? - Le mot de la semaine 549 », *JCP G*, n° 18, mai 2014, p. 926.

RAOULT, Fabrice, « Cour de cassation - Trois questions à Didier Guérin Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation - Entretien - », *Dr. Pén.*, n° 4, octobre 2015.

RASCHEL, Evan, « La sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme entre cadence et décadence : commentaire de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 – Et. », *Dr. Pén.*, n° 12, décembre 2017.

RASSAT, Michèle-Laure, « Encore et toujours la Cour européenne des droits de l'homme, act. 200 », *JCP G*, n° 16-17, avril 2009, p. 3-4.

REBUT, Didier,

- « La nécessaire reconnaissance du statut du JLD - 209, Le mot de la semaine », *JCP G*, n° 7, février 2016, p. 374.
- « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *Rec. Dal.*, n° 16, avril 2010, p. 970-971.

REDON, Michel, « La gestion pragmatique de la comparution immédiate par les magistrats », *AJP*, n° 1, 2011, p. 16-18.

REMPLOIN, Lucien, « La rétention du suspect, I, n° 2916 », *JCP G*, 1978.

RENOUX, Thierry Serge,

- « Constitutionnalité de la loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile pénale et administrative, et extension implicite de la compétence des juges uniques », *Rec. Dal.*, n° 16, 1997, p. 130.
- « Comm. de la déc. du CC n° 93-326 DC du 11.08.1993 », *RFD Const.*, n° 16, 1993, p. 849.

RENOUX, Thierry Serge et MAGNON, Xavier, « Procédure pénale, chronique, ici spéc. obs., CC, 17.12.2010, n° 2010-80 QPC », *Rev. pén. et dr. pén.*, n° 1, 2011, p. 148 et s.

RENUCCI, Jean-François,

- « Garde à vue et CEDH : La France condamnée à Strasbourg (CEDH, 14.10.2010, Brusco c. France) », *Rec. Dal.*, n° 44, décembre 2010, p. 2950-2952.
- « La Cour européenne persiste et signe : le procureur français n'est pas un magistrat au sens de l'article 5 de la Convention, note », *Rec. Dal.*, n° 4, janvier 2011, p. 277-279.
- « L'affaire Medvedyev devant la grande chambre : les "dits" et les "non-dits" d'un arrêt important », *Rec. Dal.*, n° 22, juin 2010, p. 1386-1394.
- « Loyauté des preuves et distinction entre « provocation à l'infraction » et « provocation à la preuve » », *Rev. sc. crim.*, n° 4, 2014, p. 843-848.
- « Un séisme judiciaire : pour la CEDH les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire, note jurisp. CEDH 10.07.2008, Medvedyev c. France », *Rec. Dal.*, n° 9, février 2009, p. 600-601.

RIBEYRE, Cédric, « Crime organisé - Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale – Et maintenant ? - Ét. 17 », *Dr. Pén.*, n° 9, 2016.

ROBERT, Hervé, « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent - À propos de la loi du 6 décembre 2013 - Et. n° 182 », *JCP G*, n° 6, février 2014.

ROBERT, Marc, « L'avenir du ministère public français, Dossier : Faut-il réformer le statut du ministère public? », *AJP*, n° 3, 2011, p. 115-118.

ROETS, Damien,

- « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJP*, n° 3, 2008, p. 119-121.
- « Le manque d'indépendance du ministère public français à l'égard de l'exécutif et des parties : un obstacle à l'exercice de certaines fonctions », *RSC*, n° 1, mai 2011, p. 208-211.
- « Précisions sur l'exigence de prompt translation devant un juge ou un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires des personnes arrêtées ou détenues », *RSC*, n° 3, novembre 2013, p. 656-659.

ROME, Félix,

- « Garde à vue à la française : c'est la chute finale !!! Édito », *Rec. Dal.*, n° 37, octobre 2010, p. 2425.
- « Magistrature debout : l'Europe aboie, la chancellerie passe... Édito », *Rec. Dal.*, n° 42, décembre 2010, p. 2761.

ROME, Félix, Rossi, Lucia Serena, « Droits fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes "constitutionnels" de l'Union européenne », *RTD eur.*, n° 1, 2019, p. 67-79.

ROUJOU DE BOUBÉE, Pierre, « Necessitas est lex temporis : à propos de la décision n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018 », *Rec. Dal.*, n° 41, novembre 2018, p. 2287-2291.

ROUSSEL, Gildas, GAUTRON, Virginie et POUGET, Philippe, « La coordination entre les forces de police et la justice dans le traitement des délits », dans DANET, J. (éd.), *La réponse pénale: dix ans de traitement des délits*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013.

ROUX, André, « Constitution et pouvoirs publics - Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française ? - Ét. doctr. I, 175 », *JCP G*, n° 31-35, juillet 2008, p. 48-54.

RUBI-CAVAGNA, Eliette, « L'extension des procédures dérogatoires », *Rev. sc. crim.*, n° 1, 2008, p. 23-40.

SAAS, Claire,

- « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *Rev. sc. crim.*, décembre 2004, p. 827.
- « Le procureur de la République français n'est pas une autorité judiciaire - CEDH, 1007.2008, Medvedyev c. France », *AJP*, n° 11, 2008, p. 469 et s.

SAINT-PAU, Jean-Christophe, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, n° 9, 2007, p. 13-16.

SAINT-PIERRE, François, « Réforme de l'instruction judiciaire : 2010, l'année de la crise aiguë », *AJP*, n° 10, octobre 2010, p. 427-428.

SAURON, Jean-Luc, « Les vertus de l'inquisitoire ou l'Etat au service de la mise en état des affaires pénales », *Revue Pouvoirs*, n° 55, 1990, p. 53-64.

SCHWENDENER, Marc, « La direction de l'enquête », *AJP*, n° 11, 2008, p. 447 et s.

SOUCHARD, Pierre-Antoine, « Convention judiciaire d'intérêt public : un deal de justice ? », *Dal. act.*, 10 juin 2016.

SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel, « Le problème du ministère public français, Dossier : Faut-il réformer le statut du ministère public? », *AJP*, n° 3, 2011, p. 112-115.

SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel, CHARPENEL, Yves et ROUSSEAU, Dominique, « Le statut du Parquet, débat », *Constitutions*, n° 3, 2011, p. 295-304.

SPINOSI, Patrice, « Entretien : Le ministère public français est-il une autorité judiciaire au sens de la Convention EDH ? », *Rec. Dal.*, n° 15, avril 2010, p. 952.

SUDRE, Frédéric,

- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, doct. 104 », *JCP G*, n° 3, 2009, p. 27-32.
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, doct. 106 », *JCP G*, n° 4, 2007.

TAUPIAC-NOUVEL, Guillemine et BOTTON, Antoine, « La réforme du droit à l'information en procédure pénale, ét. doct. 802 », *JCP G*, n° 27, juillet 2014, p. 1351-1358.

THOMAS-TAILLANDIER, Delphine, « L'enquête-instruction : focus sur l'évolution de la mise en état des affaires pénales », *Gaz. Pal.*, n° 27, juillet 2017, p. 74.

THONY, Jean-François, « Genèse du parquet européen, interview », *AJP*, n° 6, 2018, p. 276-278.

THOUZELLIER, Bruno, « Du juge d'instruction... au parquet, les surprises de la réforme de la procédure pénale ! », *Gaz. Pal.*, janvier 2011, p. 17-18.

TOUILLIER, Marc,

- « Le statut du suspect à l'ère de l'europanisation de la procédure pénale : entre "petite" et "grande" révolutions », *Rev. sc. crim.*, n° 1, 2015, p. 127-141.
- « Quelle politique criminelle en matière de droits de la défense dans les procédures pénales dérogatoires ? », *Arch. po. crim.*, n° 37, 2015, p. 41-68.

VALOTEAU, Aude, « Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité - Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? - Et. 8 », *Dr. Pén.*, n° 5, 2006.

VERGÈS, Etienne,

- « Émergence européenne d'un régime juridique du suspect, une nouvelle rationalité juridique », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2012, p. 635-648.
- « Garde à vue : le rôle de l'avocat au cœur d'un conflit de normes nationales et européennes », *Rec. Dal.*, n° 44, 2011, p. 3005-3006.
- « La procédure pénale à son point d'équilibre », *Rev. sc. crim.*, n° 3, 2016, p. 551-563.
- « Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale », *Rec. Dal.*, n° 6, 2014, p. 407.

VÉRON, Michel, « Violation du secret professionnel - L'avocat trop bavard, comm. 16 (Cass. crim., 18.09.2001, n° 00-86.518) », *Dr. Pén.*, n° 2, 2002.

VLAMYNCK, Hervé,

- « La garde à vue du code d'instruction criminelle à nos jours », *AJP*, n° 6, 2008, p. 257-261.
- « Le policier et l'information judiciaire », *AJP*, n° 10, 2010, p. 429-432.

VOLFF, Jean,

- « La privatisation rampante de l'action publique - ét. doct. 146 », *JCP G*, n° 27, juin 2004.
- « Procédure pénale - Les évolutions de la procédure pénale en Europe après 1945 - ét. 19 », *Dr. pén.*, n° 9, 2007.

VOUIN, Robert,

- « Le projet de réforme du Code d'instruction criminelle, chron. », *Rec. Dal.*, 1950, p. 37-40.
- « L'unique action civile, chron. XXXIX », *Rec. Dal.*, 1973, p. 54.
- « Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive, I (doctr.), 2563 », *JCP G*, 1973.

VOULAND, Phillipe, « La défense d'une des parties peut-elle influencer la direction de l'enquête ? », *AJP*, n° 11, 2008, p. 450-452.

ZENATI, Francis, « La loi n° 85-1303 du 10 décembre 1985 portant réforme de la procédure d'instruction en matière pénale », *RTD civ.*, 1986, p. 237-243.

Dossiers et autres:

« Dossiers consacrés aux suites de l'affaire d'Outreau », *AJP*, n° 10, 2006, p. 385-399.

« Dossiers consacrés aux suites de l'affaire d'Outreau », *AJP*, n° 9, 2006, p. 333-349.

« Dossier: Parquet européen : c'est parti ! », *AJP*, n° 6, 2018, p. 275-297.

« La justification de la garde à vue : une condition désormais à géométrie variable », *Lexis Actualité*, 4 avril 2017.

« L'avenir du juge d'instruction », *Droit pénal*, septembre 2007, p. 6-16.

« Loi de programmation 2018-2020 : l'essentiel à retenir - Veille, alerte 5 », *Procédures*, n° 4, 2019.

C – EN ANGLAIS

CARDUCK, Vanessa, « Quo Vadis, German Criminal Justice System? The Future of Plea Bargaining in Germany », ID 2316828, Rochester, NY, Social Science Research Network, 27 août 2013.

FRASE, Richard S., « Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care? », *California Law Review*, vol. 78, n° 3, mai 1990, p. 539-683.

GITTLER, Josephine, « Expanding the Role of the Victim in a Criminal Action: An Overview of Issues and Problems », *Pepperdine Law Review*, vol. 11, 1984 1983, p. 117-182.

HODGSON, Jacqueline, « The French Prosecutor in Question », *Washington and Lee Law Review*, vol. 67, n° 4, 2010, p. 1361-1411.

HODGSON, Jacqueline, « THE POLICE, THE PROSECUTOR AND THE JUGE D'INSTRUCTION: Judicial Supervision in France, Theory and Practice », *The British Journal of Criminology*, vol. 41, n° 2, 2001, p. 342-361.

KELLY, Deborah P., « Victims' Perceptions of Criminal Justice Symposium: Victims' Rights », *Pepperdine Law Review*, vol. 11, 1984 1983, p. 15-22.

LANGBEIN, John H. et WEINREB, Lloyd L., « Continental Criminal Procedure: "Myth" and Reality », *The Yale Law Journal*, vol. 87, n° 8, juillet 1978, p. 1549-1569.

MCDONALD, W.F. (éd.), « Criminal Justice and the Victim: An introduction », dans MCDONALD, W.F. (éd.), *Criminal justice and the victim*, Beverly Hills, California, Sage Publications, 1976.

D – EN ITALIEN

NUVOLONE, Pietro, « Il diritto penale comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale », *Indice penale*, 1980.

VI/ LOIS, RAPPORTS, DOCUMENTS LÉGISLATIFS, COMMUNIQUÉS DE PRESSE

A – EN ALLEMAND

BKA, « PKS 2015, Jahrbuch » (statistiques criminelles policières), en ligne : https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2015/pks2015_node.html, consultées dernièrement le 02.04.2017.

BT,

- « Zweites Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts », *BGBI. Partie I*, n° 60, Septembre 2017, p. 3295.
- « Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs », *BGBI.*, partie I, n° 45, juillet 2017, p. 2208.
- « Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts, (1. StVRG, 1^e projet de loi sur la réforme de la procédure pénale) », *BT-Drs. (doc. parl.) 7/551*, en ligne : <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/07/005/0700551.pdf>, consulté dernièrement le 18.04.2016.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ,

- « RegE: Zweites Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts », 14 juin 2016, en ligne : https://www.BMJV.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Beschuldigtenrecht.html, consulté dernièrement le 19.04.2019.
- « Pressemitteilung: „Ich habe Generalbundesanwalt Range mitgeteilt, dass mein Vertrauen in seine Amtsführung nachhaltig gestört ist.“ », 4 août 2015, en ligne : <https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?newsid=561>, consulté dernièrement le 28.08.2016.

- « Pressemitteilung zu den Äußerungen von Generalbundesanwalt Range », 04.08.2015, en ligne : <https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?newsid=561>, consulté le 28.08.2016.

BUNDESMINISTERIUM DES INNERN, FÜR BAU UND HEIMAT, « Bericht zur Polizeilichen Kriminalstatistik 2017 », avril 2018, en ligne :

https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/sicherheit/pks-2017.pdf?__blob=publicationFile&v=5, consulté dernièrement le 30.08.2018.

BUNDESREGIERUNG, « Antwort, Nebentätigkeiten von Bundesrichterinnen und -richtern, Öffentlichkeitsarbeit von Staatsanwaltschaften und Unabhängigkeit von Richterinnen und Richtern und Staatsanwaltschaften », *BT-Drs.*, mars 2014, en ligne : <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/010/1801027.pdf>, consulté dernièrement le 23.08.2016.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, « Meilensteine in der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts », *BVerfG*, en ligne : http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Zeitstrahl/zeitstrahl_node.html, consulté dernièrement le 23.08.2016.

DEUTSCHER RICHTERBUND,

- « Leitlinien des Deutschen Richterbundes », *DRiZ*, 1979, p. 3.
- « Presseerklärung vom 18.04.1986 », *DRiZ*, 1986, p. 236.
- « Projet alternatif de loi concernant le Titre 10 de la loi d'organisation judiciaire, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des 10. Titels des GVG (GVGÄndG) », septembre 2015, en ligne : http://www.drj.de/fileadmin/docs_public/Positionen/151113_DRB-BuVo_GE_GVGAEndG_Weisungsrecht_Stand_September_2015.pdf, consulté dernièrement le 15.08.2016).
- GROÙE STRAFRECHTSKOMMISSION DES DEUTSCHEN RICHTERBUNDES (GRANDE COMMISSION DE DROIT PÉNAL DE LA CONFÉDÉRATION DES JUGES), « Gutachten zum Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren strafprozessuale Regeln und faktische(Fehl-?)Entwicklungen [rapport relatif aux relations entre le tribunal, le ministère public et la police au cours de l'enquête, à ses règles processuelles et à son évolution (dévoyée ?)] », 2008, BMJV en ligne : http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Das_Verhaeltnis_von_Gericht_Staatsanwaltschaft_und_Polizei_im_Ermittlungsverfahren.pdf?__blob=publicationFile, consulté dernièrement le 18.04.2016.

FRAKTION DIE LINKE, « Kleine Anfrage, Nebentätigkeiten von Bundesrichterinnen und -richtern, Öffentlichkeitsarbeit von Staatsanwaltschaften und Unabhängigkeit von Richterinnen und Richtern und Staatsanwaltschaften », *BT-Drs.*, mars 2014, en ligne : <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/008/1800832.pdf> consulté dernièrement le 23.08.2016.

FRANK, Christoph, « Pressemitteilung des DRB: Generalstaatsanwalt als politischer Beamter wird 2009 in den letzten beiden Bundesländern abgeschafft », 3 novembre 2008, en ligne : <http://www.drj.de/pressemeldungen/2008/generalstaatsanwalt.html>, consulté dernièrement le 23.08.2016.

GENERALBUNDESANWALT, « Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof: Pressemitteilung », 10 août 2015, en ligne :

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?newsid=561>,
dernièrement le 28.08.2016.

consulté

HAHN, C. (éd.), *Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, Berlin, v. Decker, 1881.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU LAND NRW, « Ordonnance relative aux obligations d'information en matière pénale (Anordnung über Berichtspflichten in Strafsachen) », *JMBl. NRW*, 2006, p. 3.

STATISTISCHES BUNDESAMT,

- *Staatsanwaltschaften, Fachserie 10 Reihe 2-6 - 2017*, Destatis, Wiesbaden, 2018, en ligne :
https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00040935/2100260177004.pdf, consulté dernièrement le 26.10.2018
- *Strafgerichte, Fachserie 10 Reihe 2.3 - 2017*, Destatis, 2018, en ligne :
https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00039699/2100230177004_korr14112018.pdf, consulté dernièrement le 16.12.2018.
- *Strafverfolgung - Fachserie 10 Reihe 3 - 2017*, Destatis, Wiesbaden, 2018, en ligne :
https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/_inhalt.html;jsessionid=D5B67ACDA7F6069704EB9DD4E20D7426.internet732#sprg235918, consulté dernièrement le 19.01.2019.

• **Législations antérieures :**

« Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V, Constitutio Criminalis Carolina », 1532, en ligne :

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:GUwJWM205LUJ:https://login.gmg.biz/earchivmanagement/projektdate/earchiv/Media/1532_peinliche_halsgerichtsordnung.pdf+&cd=1&hl=de&ct=clnk&gl=de&client=firefox-b-ab, consulté dernièrement le 27.06.2016.

« Anciennes versions du StPO », *lexetius.com (pour recourir aux anciennes versions du StPO)*, en ligne : <http://lexetius.de/leges/StPO/Inhalt?8>, consulté dernièrement le 29.09.2016.

B – EN FRANÇAIS

ASS. NAT.,

- « Compte rendu intégral des débats parlementaires, 1^e séance du 19.01.2011 », *JO*, n° 5, 2011, p. 306-345.
- « Compte rendu intégral de la première séance du 18.01.2011 », *JO*, n° 4, 2011, p. 235-270.
- « Compte rendu des débats parlementaires de la 2^e séance du 16 janvier 2003 », *JO*, janvier 2003, p. 216-263.
- « Comptes rendus des débats parlementaires 3^e séance », *JO*, 10 décembre 1987.
- « Compte rendu des débats parlementaires de la 2^e séance du 24 juin 1986 », *JO*, juin 1986, p. 2793-2846.

- « Compte rendu des débats parlementaires de la séance du 20 juin 1957 », *JO*, n° 61, juin 1957, p. 2793-2846.

Ces comptes rendus sont consultables en ligne sur: <http://archives.assemblee-nationale.fr>, consulté dernièrement le 18.09.2019.

- « LOI n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue », *JO*, n° 89, avril 2011, p. 6610 et s.
- « Rapport n° 3515 sur le projet de loi (n° 3473) renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale », n° 3515, février 2016, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r3515.pdf>, consulté dernièrement le 18.07.2018.
- « Rapport législatif concernant la transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales », n° 1895, Paris, 29 avril 2014, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1895.asp>, consulté dernièrement le 05.08.2018.
- « Rapport sur le projet de loi constitutionnelle relatif au Conseil supérieur de la magistrature », n° 930, 27 mai 1998, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/pdf/rapports/r0930.pdf>, consulté dernièrement le 27.08.17.

BATUT, Anne-Marie, « Le contrôle de la garde à vue par la chambre criminelle », *Rapport annuel de la Cour de cassation, 2^e partie, Etudes et documents*, 1997, en ligne : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_tude_annuelle_36/rapport_1997_76/deuxieme_partie_tudes_documents_78/mme_anne_5710.html, consulté dernièrement le 10.10.2018.

BALLADUR (COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION et SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA V^E RÉPUBLIQUE), « Une V^e République plus démocratique », France, octobre 2007, en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697.pdf>, consulté dernièrement le 08.10.2018.

BEAUME, Jacques,

- « Rapport sur la procédure pénale », juin 2014, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf>, consulté dernièrement le 12.09.18.
- « Annexes, Rapport sur la procédure pénale », juin 2014, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014-annexes.pdf>, consultées dernièrement le 04.08.2018.

CEDH,

- « Fiches thématiques par pays », *ECHR/CEDH*, 2016, en ligne, www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2015_ENG.pdf, consultées dernièrement le 28.08.2016.
- « Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, droit à un procès équitable (volet pénal) », 31 décembre 2018, en ligne : https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_fra.pdf, consulté dernièrement le 26.04.2019 .

CEPEJ, « Systèmes judiciaires européens », n° 23, Conseil de l'Europe, 2016, en ligne : <https://rm.coe.int/systemes-judiciaires-europeens-efficacite-et-qualite-de-la-justice-les/1680789852>, consulté dernièrement le 20.08.2018.

CNCDH,

- « Avis sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice », Paris, ass. plén., 20 novembre 2018, p. 1-36, en ligne : https://www.cncdh.fr/sites/default/files/181120_avis_sur_la_lutte_sur_la_reforme_de_la_justice_penal_pour_mail.pdf, consulté dernièrement le 30.04.2019.
- « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », Paris, ass. plén. de la CNCDH, avril 2014, p. 1-18, en ligne : http://www.cncdh.fr/sites/default/files/14.04.29_avis_refondation_de_lenquete_penale.pdf, consulté dernièrement le 12.01.2018.
- « Communiqué de presse, Réforme de la justice pénale - Vers un nouveau recul du respect des droits fondamentaux », Paris, 20 novembre 2018, p. 1-36, en ligne : <https://www.cncdh.fr/fr/publications/reforme-de-la-justice-penale-vers-un-nouveau-ecul-du-respect-des-droits-fondamentaux>, consulté dernièrement le 18.02.19.

COMITÉ DES MINISTRES AUX ÉTATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, « Recommandation concernant la simplification de la justice pénale », R (87) 18, Montreaux, Conseil de l'Europe, 17 septembre 1987, en ligne : <https://rm.coe.int/16804e3ccf>, consultée dernièrement le 30.09.2017.

COMMISSION DE MODERNISATION DE L'ACTION PUBLIQUE, sous la présidence de Jean-Louis Nadal, procureur général honoraire près la Cour de cassation, « Refonder le ministère public », 2013, en ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_JLNadal_refonder_ministere_public.pdf, consulté dernièrement le 12.09.18.

CSDP,

- « Rapport, suivi de la détention provisoire », Paris, Ministère de la justice, 2018, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/le-ministere-de-la-justice-10017/direction-des-affaires-criminelles-et-des-graces-10024/rapport-2018-de-la-commission-de-suivi-de-la-detention-provisoire-31664.html>, consulté dernièrement le 18.01.2019.
- « Rapport 2013, suivi de la détention provisoire », Ministère de la justice, 2014, p. 54-55, en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_csdp_2013.pdf, consulté dernièrement le 19.01.2019.

COMMISSION JUSTICE PÉNALE ET DROITS DE L'HOMME DITE AUSSI « DELMAS-MARTY » (éd.), « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », juin 1990, en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/914059500/>, consulté dernièrement le 28.04.2016.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

- « Bilan statistique au 30 septembre 2017 », janvier 2018, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-2017.150638.html>, consulté dernièrement le 18 avril 2018.
- « Présentation générale », 9 mai 2008, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil->

[constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html](http://www.constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html), consultée dernièrement le 23.08.2016.

CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ,

- *Rapport annuel d'activité 2009*, Paris, Dalloz, 2010, en ligne, http://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/rapport_2009_Dalloz.pdf, consulté dernièrement le 29.04.2018.
- *Rapport annuel d'activité 2008*, Paris, 2009, en ligne : <http://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2009/04/rapport-annuel.pdf>, consulté dernièrement le 29.04.2018.

CORONADO et MOLAC, « Art. 3 Amendement CL7 - Droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (n° 1814) », 24 avril 2014, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/1814/CL7.asp>, consulté dernièrement le 05.08.2018. .

CSM,

- *Rapport annuel d'activité 2017*, Paris, direction de l'information légale et administrative, 2018, en ligne : <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/184000408.pdf>, consulté dernièrement le 14.11.2018.
- *Rapport annuel d'activité 2009, Le recueil des obligations déontologiques*, Paris, direction de l'information légale et administrative, 2010, en ligne : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/publications/rapports-annuels-dactivite?page=1>, consulté dernièrement le 13.11.18.
- *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010.

DELMAS-GOYON, Pierre (dir.), « "Le juge du 21ème siècle", un citoyen acteur, une équipe de justice », ministère de la Justice, décembre 2013, p. 53-54, en ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf, consulté dernièrement le 27.10.19.

DINTILHAC, Jean-Pierre, « L'égalité des armes dans les enceinte judiciaires », *Rapport annuel de la Cour de cassation, 2ième partie, études sur le thème de l'égalité*, 2003, en ligne : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_theme_egalite_42/enceinte_judiciaires_6255.html, consulté dernièrement le 11.06.2017.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri, « Projet de Code d'instruction criminelle », *Rev. sc. crim.*, 1949, p. 433-454; 499-511; 617-651; 797-811.

DUPRAY, F., *Rapport de stage extérieur effectué au sein des juridictions de Berlin, inédit*, Berlin, ENM, février - 28 avril 2006.

ESTROSI, Christian, « Rapport pour la sécurité intérieure », n° 508, Paris, Assemblée nationale, 18 décembre 2002.

HAENEL, Hubert, « Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée », *Les rapport d'information du Sénat*, 1998, en ligne : https://www.senat.fr/rap/r97-513/r97-513_mono.html, consulté dernièrement le 01.10.17

HOUILLON, Philippe, « Juger après Outreau, Rapport n° 3125 d'enquête de la commission chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement », juin 2006, en

ligne, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-eng/r3125.asp>, consulté dernièrement le 25.04.2016.

IHEJ (éd.), « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle », mai 2013, en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/134000859/index.shtml>, consulté dernièrement le 30.12.18.

LÉGER, PHILIPPE et COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LA JUSTICE PÉNALE

- « Avant-projet du futur code de procédure pénale, version du 1^{er} mars 2010 », 1 mars 2010, en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_cpp_20100304.pdf, consulté dernièrement le 08.08.2018.
- « Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale dit "rapport Léger" », 1 septembre 2009, en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/sg_rapport_leger2_20090901.pdf, consulté dernièrement le 20.04.2019.

LAZERGES, Christine et COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE,

- « Rapport d'information sur l'évaluation de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », 3501, France, Assemblée nationale, décembre 2001, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/legislatures/11/pdf/rap-info/i3501.pdf>, consulté dernièrement le 09.09.2018.
- « Rapport sur le projet de loi (n° 1079) renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », 1468, Paris, Assemblée nationale, 16 mars 1999, en ligne, <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1468.asp>, consulté dernièrement le 09.09.2018.

LECERF, Jean-René, « Rapport sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 65 de la Constitution », n° 635, Sénat, Paris, 29 septembre 2009, en ligne <https://www.senat.fr/rap/l08-635/l08-635.html>, consulté dernièrement le 01.11.18.

LIMOUZY, Jacques, « Rapport au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 1094 », dans ASSEMBLÉE NATIONALE (éd.), *Impressions, projets de loi, propositions, rapports, 8^e législature, n° 1071-1096*, Paris, Impr. de l'Assemblée nationale, 1987.

MARSHALL, Didier (dir.), « Les juridictions du XXI^e siècle », décembre 2013, en ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_Marshall_2013.pdf, consulté dernièrement le 03.04.2019.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE,

- « Circulaire du 11 mai 2017 relative à l'audiencement des procédures criminelles (NOR : JUSD1714291C) », *BOMJ*, n° 05, 37.05 2017, p. 1-10, en ligne : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSD1714291C.pdf, consultée dernièrement le 19.01.2019
- « Circulaire du 31 janvier 2014 de présentation et d'application de la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique », 14 février 2014, en ligne :

http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSD1402885C.pdf, consulté dernièrement le 06.09.17.

- « Circulaire du 23 mai 2011 relative à l'application des dispositions relatives à la garde à vue de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue (NOR : JUSD1113979C) », *BOMJL*, n° 06, juin 2011, en ligne, http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2011/07/cir_33393.pdf, consultée dernièrement le 30.04.2018.
- « Circ. rél. à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites et de recours aux délégués du procureur, CRIM 2004-03 E5/16-03-04 », *Bull. off. du min. de la Justice*, n° 93, 01.01-31.03.2004, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dacg93c-annexes.htm>, consultée dernièrement le 05.09.18.
- « Circ. de présentation des dispositions concernant la composition pénale issues de la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et du décret du 29 janvier 2001, n° CRIM-01-14/F1 - 11.07.0 », *Bull. off. du min. de la Justice*, n° 83, 01.07.-30.09.2001, en ligne : http://www.vie-publique.fr/documents-vp/circ_composition_penale_110701.pdf, consultée dernièrement le 05.09.2018.
- « Les chiffres-clés de la justice », dans leur version 2018, 2017, 2016, 2009, 2005, consultables en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/chiffres-cles-de-la-justice-10303/>, consultés dernièrement le 22.04.2019.
- « Références statistiques Justice pour l'année 2016 », 2017, en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Stat_Annuaire_ministere-justice_2016_interactif.pdf, consultées dernièrement le 22.08.18..
- « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », Paris, Ministère de la justice, juillet 2008, p. 344, en ligne, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392.pdf>, consulté dernièrement le 29.08.18.

MISSION MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès », Paris, Ministère de la justice, juin 2004, en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/044000433.pdf>, consulté dernièrement le 29.09.17.

OCDE, « France : phase 2 - rapport sur l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales », 22 janvier 2004, p. 1-66, en ligne : <http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/conventioncontrelacorruption/26243002.pdf>, consulté dernièrement le 21.11.18.

PROUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, « Le livre noir du ministère public », Conférence nationale des procureurs de la République, juin 2017.

RASSAT, M.-L. (éd.), *Propositions de réforme du code de procédure pénale, Rapport remis au garde des Sceaux*, Paris, doc. fr., janvier 1997, p. 93-95, en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/974072100.pdf>, consulté dernièrement le 10.10.2018.

SÉNAT,

- « La garde à vue », *Législation comparée LC 204*, Paris, Sénat, Décembre 2009, p. 1-40, en ligne : <https://www.senat.fr/lc/lc204/lc204.pdf>, consulté dernièrement le 29.10.18.

- « Procédure pénale : les clefs d'une réforme équilibrée », en ligne : <http://www.senat.fr/rap/r10-162/r10-1628.html#fn57>, consulté dernièrement le 30.03.2013.

SÉNAT et MERCIER, Michel, « Rapport sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale », n° 491, Paris, 23 mars 2016, en ligne : <http://www.senat.fr/rap/l15-491-1/l15-491-11.pdf>.

SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, « Observation du Syndicat de la magistrature devant la mission d'inspection relative au dispositif de traitement en temps réel des procédures pénales et aux bureaux d'enquête », 21 février 2014, en ligne http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/note_sm_-_igsj_ttr.pdf, consulté dernièrement le 14.08.2018.

TAUBIRA, Christine, « Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle », 661, Paris, Sénat, 31 juillet 2015, en ligne : <https://www.senat.fr/leg/pjl14-661.pdf>, consulté dernièrement le 02.10.2019.

TRUCHE, Pierre (dir.), *Rapport de la commission de réflexion sur la Justice, dite commission Truche*, Paris, doc. fr., juillet 1997, en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/974072100.pdf>, consulté dernièrement le 26.04.2016.

- **Concernant la législation et jurisprudence ancienne :**

BEUGNOT, Arthur Auguste, *Les Olim, ou Registres des arrêts rendus par la Cour du Roi : sous les règnes de Saint Louis, de Philippe Le Hardi, de Philippe Le Bel, de Louis Le Hutin et de Philippe Le Long*, vol. 2, Paris, Impr. royale, 1848 1839.

BEAUMANOIR, Philippe (de), *Les coutumes du Beauvoisis*, vol. 1 et 2, Paris, J. Renouard, 1842.

DUVERGIER, J.-B. (éd.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État*, vol. 1, 3 et 4, Paris, A. Guyot et Scribe, 1834.

ISAMBERT, François-André, DECRUSY et ARMET, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789 dit recueil Isambert, Tome XI, 1483 - 1514*, vol. 11, 12 et 14, Paris, Belin-Leprieur Plon, 1827-1829.

LAURIÈRE, Eusèbe (de), *Ordonnances des roys de France de la troisième race, Cinquième volume, contenant les ordonnances de Charles V données depuis le commencement de l'année 1367, jusqu'à la fin de l'année 1373*, vol. 1, 2, 5 et 22 Paris, Impr. royale, 1723-1747.

LOCRÉ, Jean-Guillaume, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français, Tome XXIV et XXV*, vol. 24 et 25, Paris, Treuttel et Würtz, 1831.

MADIVAL, M.J. et LAURENT, M.E. (éds.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860, 1e série, Tome XLVII, du 21 juillet 1792 au 10 août 1792*, vol. 12 et 47, Paris, Impr. Paul Dupont, 1881-1896.

NEXINT,

- « Constitution du 5 Fructidor An III », en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-5-fructidor-an-iii.5086.html>, consultée dernièrement le 03.06.2016.

- « Constitution du 22 Frimaire An VIII », en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>, consultée dernièrement le 03.06.2016.

ROCHE-FLAVIN, Bernard (de la), *Treze ["sic"] livres des parlemens de France, esquels est amplement traicté de leur origine et institution et des présidens conseillers ["sic"], gens du roy, greffiers, secrétaires et de leur charge, devoir et jurisdiction*, Bordeaux, S. Millanges, 1617.

VIOLLET, Paul, *Les établissements de Saint Louis, accompagnés des textes primitifs et des textes dérivés.*, Paris, Renouard, 1881.

ZOCCHETTO, François, « Rapport relatif à la garde à vue », 315, Paris, Sénat, 16 février 2011, p. 45.

Archives parlementaires, 2e série, recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres Françaises de 1800 à 1860, Tome 2, Du 29 frimaire an IX au 8 frimaire an X, Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1863.

« Code de l'instruction criminelle de 1808 (Texte intégral) », en ligne : http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808.htm, consulté dernièrement le 21.04.2016.

« Constitution de la République portugaise », *Assembleia da República*, en ligne : <http://www.fr.parlamento.pt/Legislation/index.html>, consulté dernièrement le 27.08.2016.

C – EN ANGLAIS

OECD, « phase 2 Germany - report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions », 4 juin 2003, p. 1-49, en ligne : <https://www.oecd.org/germany/2958732.pdf>, consulté dernièrement le 21.11.18.

« **ECHR**, Annual Report 2015 », *ECHR/CEDH*, 2015, en ligne : www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2015_ENG.pdf, consulté dernièrement le 28.08.2016.

D – EN ITALIEN

CORTE COSTITUZIONALE, « Che cosa è la Corte costituzionale? », 2016, en ligne : http://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/documentazione/relazioni_annuali.do, consulté dernièrement le 23.08.2016.

INDEX GÉNÉRAL*

(les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abstrakte Normenkontrolle	<i>Voir</i> contrôle de loi abstrait
Abus d'autorité (délict)	575
Accès au dossier	142-143 , 149, 152, 159, 160, 170
champ d'application	556, 565
enquête	160, 485, 489, 558-561, 565-566 , 665
GAV	549, 555-557
instruction	160, 565-566 , 860, 879, 887
Accusateur public	19
Accusation (fonction)	839
Accusé	
définition	507, 511, 678
statut et droits	502, 529
Acquittement	20, 58, 86, 205, 390, 681-682, 684-685
Acte délictueux processuel	373
Action accessoire	489 , 497
Action civile	494, 609-627
abus	365, 621-622, 626, 711
action publique (rapport)	364, 613-614, 841
caractère exceptionnel	614-615
caractère indemnitaire	494, 610-611
caractère vindicatif	494, 610, 612
classement (sans suite)	362
comparaison avec l'Allemagne	653, 655, 712, 957
conditions de forme	620
contre-pouvoir	362-366 , 386, 444, 480, 609, 626
corruption	618, 626, 655, 712
définition	494
double nature	494, 610, 612
efficacité	626-627, 655, 711
groupement d'intérêts généraux	618
limites	365, 617, 623-625 , 841
modalités d'exercice	365, 480, 494-495 , 609, 614, 619-620
statistiques	365, 622
Action populaire (actio popularis)	633
Action privée	432, 435, 496, 641-671
limites	496, 636-637, 641, 643, 645-647
procédure	641, 643-645
statistiques	642, 644
Action publique	16, 356-366
déclenchement	364, 841
exercice	364
extinction	449-450 , 453, 849
indisponibilité	390-391 , 871
monopole	367, 371
privatisation	626
recevabilité	361
Adhésion (procédure, = Adhäsionsverfahren)	498
Affaires	
non poursuivables	359, 361, 399

politico-financières 56, 219, 804, 821, 862, 893, 941

Agent

infiltré 122, 314, 337, 757, *voir aussi* provocation à une infraction/provocation à la preuve

provocateur 120-121, *voir aussi* provocation à une infraction/provocation à la preuve

Alternatives aux poursuites

caractère sanctionnateur 449, 452

développement historique 448

effets 453

intervention du juge **448-451**

modalités **427-454**, 461

 classements conditionnels **441-445**, 448

 composition pénale **449**

 convention judiciaire d'intérêt public **450**

 médiation pénale **448**

nature 440, 448, 451

place de la victime **448-450**, 453, 461

preuve 451

statistiques 383

Analyse ADN 147

Anfangsverdacht *Voir* soupçon initial

Angeklagter *Voir* accusé

Angeschuldigter (// mis en examen) 507, 678

Anklagebehörde *Voir* ministère public, accusation

Anklagezwang *Voir* obligation de porter l'accusation

Anonymat (droit à l') 132, 667

Appel (procédure) **908-915**

 champ d'application 909, 910, 934

 compétence de la chambre d'instruction 908

 effet dévolutif 912-913

 effet suspensif 912, 925

 ministère public 883, 909

 mis en examen 909

 nullités 904

 partie civile 910

 parties privées 888, 892, 909

Arbitraire

 juge 26, 675, 703

 ministère public 39, 185, 364, 379, 390, 394, 433,

 436, 511, 566, 639, 669, 671, 725, 750

 policier 32, 241, 264

Arrestation provisoire 424, 517, 581, 667

Article préliminaire du CPP 158, 165, 246, 525, 547,

 549, 880

Assermentation 743

Assignation à résidence 411, **413-414**, 838, 845, 851-

 853, 922

Association française des magistrats instructeurs 827

Atthalin, Laurent (arrêt) 364

Audience (procès)

 caractère accusatoire 13, 170, 407

* Pour faciliter la recherche, les noms propres ne faisant pas (uniquement) référence à une personne mais se rapportant bien plus (également) à une association, une organisation, un arrêt, un texte législatif à une affaire ou des événements particuliers, ont été intégrés dans l'index général de même que dans celui des noms propres. Par ailleurs, afin de permettre un classement chronologique des textes législatifs, il a été ici privilégié le format de date hongrois (année, mois, jour).

déclin	170, 172, 275, 953	garantie	150, 155
équité (principe)	172	GAV	543-544, 549-550 , 554
procédures simplifiées	417-419	instruction	554, 824, 879, 887
Audition		liberté de choix	152, 156
contrainte	534	libre communication	151
destinataires	836	présence	164, 541
droits	110, 120, 129, 142, 144-146 , 148, 164, 847	renonciation	153
libre	517, 553, 556	sanction d'une violation	158
méthode illicite		victime	486, 490-492
administration de substances particulières	114	Azibert (affaire)	56, 219
atteintes corporelles	113		
épuisement	112	B	
hypnose	116		
sanction de l'interdiction	117-118, 535, <i>voir aussi</i>	Basse-justice	15
nullités		BeratungshilfeG	<i>Voir avocat (droit à un), aide</i>
stratagème	120, 129	juridictionnelle	
torture	111	Beschleunigtes Verfahren	<i>Voir procédure accélérée</i>
tromperie délibérée	120	Beschuldigter	<i>Voir prévenu</i>
violence psychique	115	Bettencourt (affaire)	56, 216, 219
par le JI	813, 824	Biens mal acquis (affaire)	618
par le juge de l'enquête	733, 734-739 , 743, 744	Boulimie législative	22, 343
par les autorités de poursuite	734-739	Brusco (arrêt CEDH)	544, 860
sous le régime de l'anonymat	921	Brutalités policières	109
Auto-incrimination	<i>Voir droit au silence</i>	Budget de la justice	343, 463, 933, 937, 955
Autorité judiciaire		Bundesverfassungsgericht (BVerfG)	<i>Voir Cour fédérale</i>
JI	861-875	constitutionnelle	
libertés individuelles	253, 691	Bygmalion (affaire)	56, 219
ministère public	179, 185		
notion	179, 246, 259, 547	C	
Autorités de poursuite			
devoir de notification	311	Captation d'images	151
devoir d'inculpation	512	Casier judiciaire	361, 370, 430, 449, 450, 452
responsabilité	690	Catharsis (aspect du procès pénal)	477
urgence (intervention)	241, 323, 327, 334, 771-775	CC (rôle en procédure pénale)	596-606
Avant-procès		CE(S)DH	
bipolarité	274	influence	40-42 , 56, 59, 102, 172, 473, 483, 505, 529, 530, 534, 543-544 , 556-557 , 789, 808, 860, 880, 948, 957
caractère inquisitoire	160, 953	projet français de suppression du JI	56
conflit d'intérêts	49, 72, 173, 274, 949	Célérité	
développement historique	11-39	application pratique	463, 955
distinctions France/Allemagne	66	principe	165-166 , 276, 277
dualité	66, 949	Chambre d'accusation	803, 839, 853, 897
équilibre fonctionnel	36, 55, 70, 78, 174, 270, 273, 275, 279, 284, 469, 580, 949, 954	Chambre de l'instruction	896-917
essor	65	accusation	839
évolution récente	22	appel des ordonnances	
fonctions	41, 51, 68, 79-82	du JI	844, 899, 908-913
modèle bipartite	262-265 , 267	du JLD	925
modèle tripartite	259-261 , 266	composition	898
points communs France/Allemagne	9, 10, 11-39 , 39-42	contrôle	
unicité	66, 949	d'opportunité	907
Aveu	26, 118, 129, 145, 419, 449, 451, 527, 733, 839	de l'enquête	896, 956
Avis de recherche	667	de la durée de l'instruction	845, 869
Avocat (droit à un)	148-158	des actes d'instruction	803, 847, 869, 871, 896, 901-906
aide juridictionnelle	154	détention provisoire	925, 927
ancrage légal et conventionnel	148	fonctions	899
audition libre	553	JI (relations)	869
champ d'application	148-149	juridiction du second degré	839, 878, 895-896, 934
commission d'office	153-155	nullités	691, 782, 847, 873, 899-900, 901-906
défaillance	155	origines	915
détention provisoire	925	pouvoir	
devoir de notification	150, 160-161	d'évocation	873, 907, 927
enquête	554		

de révision	873, 899-900 , 907	inconvenients	815-816
disciplinaire	688, 690, 899	limites	814, 817-819 , 822-829
président		nature	821
prérogatives	899, 903, 909, 911, 914-917 , 925, 934	nécessité	817
saisine par les parties	886, 888	nullité	821
Chambre des mises en accusation	915	spéciale	819
Chambre du conseil		Comparaison France/Allemagne	
défèrement	411	conclusions	946-957
fonctions	13, 20, 238, 839	différences	456, 949
suppression	21, 839, 918	GAV-arrestation provisoire	517, 581
CIC		intérêt	39, 280
commission rogatoire	816	principe régissant l'exercice des poursuites	376
détention provisoire	918	problèmes communs	286, 463
flagrance	517, 541	recours ouverts à la victime	653-655
influence en Allemagne	30, 32-33, 35	ressemblances	456-457 , 947-949
Jl	12, 918	Comparution immédiate	412-415
principes généraux	13	champ d'application	412
Circulaire du 23 mai 2011	547, 696, 705	contrôle du JLD	789
Citation directe	408	détention provisoire	931, 933
accès au dossier	561	évolution	414
après un non-lieu	849	origine	412
de la partie civile	480, 495, 619-620	pratique	415
Classement (sans suite)		procédure	413
arbitraire	394	statistiques	415
caractère punitif	442	Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)	419
conditionnel	397, 441-445 , 448 , voir aussi alternatives aux poursuites, modalités	contrôle de la juridiction de jugement	778
culpabilité	370, 430	Jl	851
faute de charges suffisantes	369, 370, 396, 429	Compétence réservée du juge	
inconditionnel	429-433 , voir aussi classement sec	champ d'application	260, 262-265 , 719-776
marge d'appréciation	430	constitutionnelle	740
modalités	430	de droit commun	740
intervention du juge	396-397 , 429-431 , 443, 448	disparité	758
modalités	397	effectivité	751-776 , 797
nature de la décision	307, 437, 586, 588, 689, 753	exclusive	729, 740
obligation de motivation	389	fondements	237-257 , 751
présomption d'innocence	105, 168, 437	lacunes	756-776
rôle		limites légales	741-750
de la victime	307, 362-363, 366, 437, 639	notion	717
du parquet	307, 363, 366, 370, 389, 429, 434	partagée	729, 733-739
sec	434-439	primaire	729, 740
notion	361, 434	secondaire	729
pratique	366	Composition pénale	449 , 778, 787
statistiques	369, 434	Confrontation	813, 820
Clearstream (affaire)	215	Constitutio Criminalis Bambergensis/Carolina	26
CNCDH	805, 841, 847	Constitution	
Coercition		du 22 frimaire an VIII	19
abus	517, 527-528, 543, 581	du 5 fructidor an III	19
efficacité	86, 517, 581	influence	102, 594-606 , 726
obligation de tolérance	147	primauté	41
particulière	312	Constitution de partie civile	620, 830-831, voir aussi
Commissaires		action civile	
du Pouvoir exécutif	19	conditions	620, 841
du roi	19	recevabilité	841
Commission rogatoire		recours	480, 495
actes d'instruction indéléguables	822-829	Contournement de la procédure	126
application pratique	814, 820, 939	Contradictoire	
champ d'application	814, 816	principe	135-140
CIC	816	procès	13, 170, 407
conditions	812, 814-821	Contrôle	
définition	814	d'identité au faciès	76
générale	818	de loi	
		abstrait	595 , 597-598

concret	595
judiciaire	411, 413-414 , 778, 837, 845, 849-853, 922, 925
Convention	
internationale (influence)	41
judiciaire d'intérêt public	450 , 778, 787
Convocation	
par OPJ	409 , 561
par PV du procureur	410-411 , 778
Corruption	626
action civile	712
délit	575
rôle de la victime	635, 653-655
Cour d'assises	153, 601, 703, 853, 897, 905
Cour fédérale constitutionnelle	595
Cour régionale supérieure	
compétence	666, 673, 676
contrôle des investigations	957
Couverture médiatique	88
Crime	
définition	405
détention	926
juridiction compétente	405, 853, 897
Criminalité organisée	337, 792, 926, 940, 955
magistrat compétent	261, 783
pouvoirs de coercition	314, 819
CSM	
nomination des magistrats	189, 191, 864
pouvoir disciplinaire	589
saisine par les justiciables	589
Culpabilité	
appréciation	361, 370, 417-419 , 430, 435, 437, 444, 451, 454, 789-790
critères	370, 435, 448
principe	265

D

Danger concret (condition)	337
Daschner (affaire)	111
Décision cadre de l'UE n° 2001/220/JAI	498
Défèrement	411, 413, 560
Délai	
d'audiencement	930, 933
raisonnable (principe)	165-166, 311
Délit	
à caractère privé	388, 432, 435, 496, 637, 641
autorité compétente (enquête)	405
définition	405 , 425
détention	926
juridiction compétente	852
Delmas-Marty (rapport Justice pénale et droit de l'homme)	5, 22, 918
Demande	
d'acte d'investigation	149, 568, 893, <i>voir aussi</i>
preuve, réquisition de	
d'audition contradictoire	587
Déni de justice	571, 575
Dénonciation calomnieuse	574, 849
Dérive (procédure pénale)	787, 805, 950
Détention provisoire	918-933
abus	930, 955
ancrage légal	101-102

appel	925
caractère punitif	<i>Voir</i> mesure de sûreté, caractère punitif
comparution immédiate	412, 931, 933
conditions légales	922-923
conditions pratiques	109
conséquences préjudiciables	3, 26, 86, 918, 931-932
contradictoire	925
contrôle	13, 22, 871, 934
diminution	918
droits de la défense	838, 925
durée	165, 926, 930, 933
évolution	918
illégale	534
JJ	837, 845, 895
JLD	878, 895
magistrat(s) compétent(s)	919, 934, 956
maintien	921, 928
motivation	925
objectifs	101-102 , 923
placement	22, 921-922 , 925
pouvoir d'initiative	922
prérogatives du parquet	922, 924, 927, 933
présomption d'innocence	100-101, 922
procédure	925
prolongation	852, 926
publicité	925
remise en liberté	849-853 , 922, 927
statistiques	930-933
StPO	930, 933
subsidiarité	922-923 , 925
Détournement de procédure	127-129 , 534
Dévolution (pouvoir de)	203, 210, 586
Dienstaufsichtsbeschwerde	<i>Voir</i> recours hiérarchique
Diffusion de l'image d'une personne	132
Dignité humaine	137, 169
ancrage légal et conventionnel	107
couverture médiatique	132
intégrité physique et psychique	108-119
Directive	
2012/13/UE	142, 145, 160, 473, 505, 531, 552, 556
2012/220/UE	482-484 , 489
2013/48/EU	149-150 , 164, 170, 473, 550, 552
2016/1919/UE	154
Directoire	<i>Voir</i> Constitution du 5 fructidor an III
Donnedieu de Vabres, Henri (projet de réforme du CIC)	22
Double	
préjudice	252, 254, 751
regard (théorie)	243, 244, 780, 802, 919, 934
DRB (union allemande des magistrats)	203, 220
Droit	
(et devoir) de comparaître	163-164
à être entendu	142 , 164, 681
à l'autodétermination et à la vie privée	87
à un interprète et à une traduction	157
au silence	144-146
ancrage	144
champ d'application	145-146
contenu	144
devoir de notification	145-146
GAV	530, 544, 549
sanction d'une violation	145-147

de la personnalité	96
de poser des questions	160, 162
d'influer sur la procédure	159-162
Droit administratif/pénal (distinction)	250-251, 588
Droit comparé	
définition	46
méthode	43-48
pièges	1, 45-46, 947
subjectivité	48
utilité	7
Droit étranger	46
Droits de la défense	141-164
Beschuldigte (prévenu)	516-522
champ d'application	170, 561, 564, 948
contrainte	505, 526, 531
éléments de suspicion	505, 526, 531
garantie	73
suspect	540-568
Duel	16, 26

E

Ecclestone, Bernard Charles (affaire)	654
Écoutes secrètes	119, 126, 151, 164, 337, 659, 784, 795, 805, 822-823, 836, 921
Efficacité	
coercition	86
dévoiement du principe	74, 76
principe	64, 69, 72, 75, 79, 275, 284
répression	75
Égalité des armes	135-140
ancrage	136-137
champ d'application	138-139
Einstellung	<i>Voir classement (sans suite) faute de charges suffisantes</i>
Einstellungsbehörde	<i>Voir ministère public, autorité de classement</i>
Emminger (réforme, 1924)	37, 281, 396
Empirisme (méthode)	44
Enquête	
aménagement	670
application temporelle	505
caractère inquisitoire	295-299, 322
clôture	671, 890
coercition	309-311, 940, 943
contradictoire	299, 488, 955
contrôle par le JLD	780, 782-783
de flagrance	311, 410, 419, 473, 548, 809
développement historique	20, 310
directeur	301
droits de la défense	310, 405, 473, 475, 527, 532, 564-565, 830, 879, 894, 938, 943, 945
droits de la victime	483-492, 493-501, 580, 609-655
durée	165, 311, 315, 845, 939
encadrement législatif	473
équité	824, 955
essor	279, 938-942
initiative	304-308
intervention de l'avocat	543
objectif	293
officieuse	310
ouverture	87, 669, 672
préliminaire	309-311, 718

protagonistes	527
rapprochement de l'instruction	530-531, 540, 836, 937, 939-940, 943
simplicité	939
statut des personnes privées	476-501
Entente judiciaire	423
Épuisement	112
Équité (principe)	471, 672
ancrage	137
célérité	165-166
champ d'application	92, 172, 472, 948
contradictoire	135
définition	92
droits de la défense	141-164
égalité des armes	135-140
garantie	81, 265, 808
instruction	809, 824, 826, 829
Ermittlungsrichter	<i>Voir juge de l'enquête</i>
Ermittlungszwang	<i>Voir légalité des poursuites, obligation d'enquêter</i>
Erreurs judiciaires	86
État	
devoirs	73
pouvoir de sanction	73
responsabilité	570
Éthylomètre	147
Examen technique ou scientifique	313
Exécutif (pouvoir)	
carrières des parquetiers	189, 191, 218, 222, 224
influence sur le parquet	213-226
Expertise	313, 814, 845, 847, 886, 888

F

Faires Verfahren	<i>Voir équité (principe)</i>
Fiskal/Fiskalat	27-30
Fixation d'images	819
Flagrance	410, 415, 517, 541, 832
Fonctionnaire	<i>Voir ministère public, statut politique</i>
statut	200, 225
suppression	957
Fouille	119, 253, 260, 667
Fruits de l'arbre défendu (doctrine)	117-118, 675, 705

G

Garde à vue	
abus	543, 823
arrestation provisoire	517
conditions d'application	546
contrainte	527-528
destinataire	537, 542-544
développement historique	541, 542-544
durée	166, 538, 547
efficacité	527
éléments de suspicion	527-528
importance	313, 533
imprécision des critères	534-535
influence CE(S)DH	543-544
intervention de l'autorité judiciaire	542, 547-548
magistrat compétent	313, 783, 956
nécessités de l'enquête	517, 547, 699

notification des droits	527
nullité	535, 698-699
prolongation	783, 793
statistiques	543, 551
Gardé à vue	
droits	527, 545-568 , 824, 887
notion	525
Gefahr in Verzug	<i>Voir</i> urgence, clause d'
Gegenüberstellung	<i>Voir</i> demande d'audition
contradictoire	
Géolocalisation	261, 315, 783-784, 805
Grégory (affaire)	22
Grief (condition)	651, 659, 672, 698, 702
Groupement d'intérêts généraux	618, 626, 635, 654, 712

H

Hauptverfahren	<i>Voir</i> procès principal
Hauschildt contre Danemark (arrêt CEDH)	789
Haute-justice	15
Homologation (procédure d')	419 , 425, 431, 443, 451, 778, 787 , 851
Huissier de justice	824
Hypnose	116
Hypothétique mesure de remplacement (hypothetischer Ersatzeingriff)	675

I

Immédiateté (principe)	3 , 684, 953
Impartialité	
conditions	179
fonctionnelle	227-233 , 238 , 243 , 684-685, 751
principe	17 , 20, 178, 259, 689
statutaire	180-226 , 239
In dubio pro reo	94
Inculpation	507-515 , 507
devoir	512
influence de la PJ	514
intervention du juge	514
notion	507-512
pouvoir du procureur	513-515
Inculpé	<i>Voir aussi</i> prévenu
droits et devoirs	516-522
statut	146
Indépendance	
de la justice	34, 47, 859-875
fonctionnelle	238 , 242 , 244
statutaire	239 , 241 , 244
Information	
droit à l'	132, 886
judiciaire	<i>Voir</i> instruction (préparatoire)
Injonction de mise en mouvement de l'action publique	
champ d'application	632-635
conditions d'application	629
contre-pouvoir	371, 629, 639
corruption	635, 653-654
exclusions légales	430, 432, 443, 636-639
formalisme	640
inconvenients	444, 481, 631-640
origines	629
procédure	499, 629-640 , 672, 957

statistiques	630, 639-640
Injonction pénale	449 , 778
Injonction/instruction	186-193 , 201-222
caractère écrit et/ou oral	201, 220
externe	202-203
générale	186, 202
hiérarchique	186
individuelle	191-192, 202, 215, 218, 220, 224, 588
interne	202-203
opacité	220
Inquisition	
critiques	13, 26, 839
générale	28
spéciale	28
Instruction (préparatoire)	
application pratique	888, 893
caractère inquisitoire	295-299 , 809
clôture	847, 871, 890
contradictoire	804, 847, 879, 888, 894, 947, 955
contrôle	
par la chambre de l'instruction	878, 896-917 , 935-936
par le JLD	782, 878, 935-936
par les parties	878, 935
critères d'ouverture	405-406 , 830, 833, 870, 956
déclin	21, 279, 938-942
droits	
de la défense	405, 473, 526, 532, 561, 564-565, 811, 830, 845, 879, 885, 890, 894, 934, 938, 943
de la victime	485, 487-488, 885, 891, 934
durée	165, 845, 886, 889, 937
encadrement législatif	473
engorgement des juridictions	437
équité	808, 824, 826, 829, 870, 875-876, 886, 936, 947, 955
évolution	888
intervention	
de l'avocat	541
des parties	888
Italie	845
nazisme	952
nullités	890, 892
objectif	293
ouverture	<i>Voir</i> réquisitoire introductif
rapprochement de l'enquête	530-531 , 939-940
statistiques	871
statut des personnes privées	878, 885
suivi par le ministère public	882
Intégrité	
physique	87, 107, 113
psychique	107, 115
Interdiction d'exploiter les preuves	117, 123-124 , 126, <i>voir aussi</i> nullité
champ d'application	674
contrôle défaillant du juge de l'enquête	762
rétractation d'un témoin	733-738
violation du droit à un avocat	158
Intérêt	
général	69
particulier	69
Interprète	157
Interrogatoire	813, 822, 824, 836, 847, 852, 887

Inviolabilité du domicile 87, 247, 726

J

Jalloh c. Allemagne (affaire) 147

Juge

culpabilité (appréciation) 430, 435, 437

déclin 418-419, 467

formation **199**

impartialité **239**, 684-685, 751, 957

inamovibilité 198, **239**

indépendance 198, **239**, **241**, 244, 945, 955, 957

ineffectivité du contrôle 431, 443

récusation 231

rôle traditionnel 457

statut **239**, 272, 957

Juge constitutionnel (rôle en procédure pénale) **594-606**, 709

Juge d'instruction

(R)StPO 34, 36, 717, 723, **725-726**, 803, 809, **812**, **829-830**, **846**, **866**, **870**, 877-878

accusation (fonction) **839**, **854-855**, **872**, 897

action civile 622

avantages 53, 727, **802-804**, **806**, **839**, **857**, 936, 947

chambre de l'instruction

contrôle **896-917**

relations 869, 873

champ d'intervention 810, 817, 820, 862, 940, 949

charge de travail 893

CIC **20**, 238, **718**, 839

collégialité 21-22, 781-870

contrôle de son intervention 812, 878, 935-936

délégation de pouvoirs *Voir aussi* commission

rogatoire

conditions 812-813, **814-821**

limites 813-814, **822-829**

désignation 864, 870

dessaisissement 864, 871

détention provisoire 22, 837, **839**, **845**, 895, **918-919**, **922**, **924**, **927**, 934

effectivité 845, 857, 893

en Europe **54-55**

en Prusse 31

enquête (fonction) 52, 301, 809, **810-829**, **835-838**, 854, 856

érosion **20-22**, **52**, **54**, 243, 291, **802-803**, **805**, 833, 931, 937, **938-942**, 949, 953

fonctions 21, 34, 240, 807, 808, **809-858**, 859

GAV 548

impartialité 238, 243, 809-810, 827, **830-833**, 836, 839, 846, **854-856**, 859, 861, 865, 871, 876, 895, 936

importance procédurale 804

inamovibilité 864

incompatibilité fonctionnelle 51, 238, 240, 243, 839, 854, 856

inconvenients 53, 727, 803, 828, 839, 937

indépendance 13, 20, **239**, 259, 836, 848, 855, **859-875**, 876, 895, 936

des parties (fonctionnelle) **867-874**

statutaire **862-866**

intervention continue 717

irrévocabilité **239**, 864

JLD (relations) 804, 845, 871, 919, 922, 924, 927, 932, 942

juridiction du premier degré 839

libertés individuelles 803, 820, 826, 829, 836, 857, 860, 875-876

ministère public

distinctions 294, 300, 725, 810, 812, 820, 830, 933

rapprochement 292-294, **530-531**, **939-940**

relations 22, 238, 803, 831, 839, **868-871**, 927

notification (devoir) 145, 886

nullités 691, 905

objectif 919

origines 52

perception par le justiciable **52-53**

plénitude de compétences 834, **854-856**, 857, 936, 945

plus value 803, 812, 825

police (relations) 812, **820**, **822**

pouvoir

de contrainte 809, **835-838**, 940, 943

décisionnel à la fin de l'instruction 725, 803, **846-853**

juridictionnel 809, 814, 825, **839-856**

récusation 689, 855

réintroduction 957

renforcement 956

responsabilité **569-578**, 812, 895

saisine **830-833**

in rem 831, 832, 907

modalités 830, 870

obligation 809, 830

schizophrénie 3, 53, 856

solitude 53

souveraineté 848

spécialisation 866

statistiques 803-804

statut 807-808, **862-866**

suppression 1, 5, **21-23**, 38, **51**, **54-55**, 219, **280-281**, **727**, **803**, **805**, 918, 949, 955, 957

Juge de l'avant-procès **279**, *voir aussi* juge

d'instruction/juge de l'enquête/juge des libetés et de la détention

cadre légal **778-785**

champ d'intervention **719-776**, 945

dédoublement 22, 718, 782

effectivité **751-776**

enquête **777-796**

érosion **801-802**, 944, 950, 953

fonctions 50-51, 65

indépendance **242**, 259

nécessité 66

renforcement 956

spécialisation 242

Juge de l'enquête

autorités de poursuite (relations) **733-739**, 758

cadre légal **729-731**

charge de travail 759, 763

compétence

selon le § 98 StPO, le cas échéant par analogie 673, 676

technique 758

contraintes temporelles 758, 764

définition 731

Lieutenant criminel	12	2016.11.18 (modernisation de la justice du XXI ^e siècle)	781, 791
Loi*		2017.07.05 (introduction des dossiers électroniques au sein de l'autorité judiciaire et au droit des échevins)	143, 149-150, 161, 164, 519
1856.07.17	839	2017.08.24 (effectivité et mise en pratique de la procédure pénale)	517
1863.05.20	410	2019.03.23, dite de programmation 2018-20225,	121, 303, 315, 343, 414, 418-419, 449, 778, 784, 789, 794, 798, 805, 819, 823, 830, 836, 841, 845, 847, 851, 925, 937, 940-941
1897.12.08, dite Constans	295-296, 541, 879, 887	fondamentale (Grundgesetz, GG)	<i>Voir</i> Constitution
1933.02.07	816	Loyauté	120-131
1935.03.25	816	enquête	471
1950.09.12 (loi d'unification)	680	instruction	824
1951.03.12 (loi d'organisation judiciaire)	595	personnes privées	130
1953.08.04 (réforme du droit pénal)	636	principe	698
1955.11.26	922		
1969.01.29 (réforme de la Loi Fondamentale)	595		
1970.07.17	845, 918		
1972.01.03	418		
1972.12.29	911		
1974.03.02 (1. StVRG)	38, 51, 727, 754, 757		
1975.08.06	410, 817, 918		
1981.02.02, dite Sécurité et liberté	410		
1983.06.10	410		
1987.12.30	864		
1989.07.06	870		
1991.01.10	823		
1993.01.04	22, 191, 313, 448, 542, 575, 823, 845, 860, 888-889, 903, 905, 918		
1993.01.11 (décharge de la justice)	397, 430, 441, 754		
1993.07.27 (réforme constitutionnelle)	191		
1993.08.24	22, 191, 542, 696, 860, 889, 925		
1996.12.30	918		
1999.06.23	448-449, 563, 830		
2000.06.15 (présomption d'innocence)	22, 145, 165, 246, 311, 525, 543, 547, 780, 785, 839, 880, 886, 897, 918		
2002.03.04	145, 543		
2002.09.09	165, 418, 785		
2003.03.18	145		
2003.03.18 (sécurité intérieure)	527, 543		
2004.03.09, dite Perben II	145, 307, 312-314, 361, 381, 419, 449, 465, 495, 559, 588, 606, 718, 780-781, 924, 940		
2007.03.05	365, 437, 623, 625, 830, 847, 890		
2007.11.13	314		
2008.02.25	850		
2008.07.23 (loi constitutionnelle)	597, 600		
2009.05.12	847		
2010.07.22 (loi organique)	191, 577, 589		
2011.04.14 (GAV)	145, 158, 544-549 , 551, 699, 705, 783		
2011.12.13	418-419		
2013.07.25	5, 186, 191, 303		
2013.12.06 (grande délinquance économique et financière)	618		
2014.03.28 (géolocalisation)	783		
2014.05.27 (loi de transposition)	296, 408, 531, 552-553, 556, 560, 887		
2015.07.24	343		
2015.08.17	484		
2015.12.21 (protection de la victime)	484, 490, 497		
2016.06.03 (loi de transposition)	303, 343-344, 485, 488, 548, 550, 552, 562, 847, 941		
2016.08.08 (loi organique)	191, 781, 791		
		Magistrat	
		éthique et déontologie	589
		indépendance	259
		instructeur	<i>Voir</i> juge d'instruction
		nomination	191
		notion	185, 259-261
		récusation	589
		responsabilité	569-578, 895
		Mandat	837, 852-853
		compétence réservée du juge	823, 837
		d'amener	541, 837, 852-853
		d'arrêt	837, 852-853
		de comparution	837
		de dépôt	410, 853, 928
		de recherche	537, 837, 852-853
		définition	837
		force exécutoire	852-853
		Médias	
		mission d'information	132
		présomption d'innocence	132
		Médiation pénale	448
		Medvedyev (arrêt CEDH)	860
		Mesure de sûreté	
		caractère punitif	101, 246
		compétence réservée du juge	259, 264
		délai raisonnable	165
		modalités	922
		notion	102
		présomption d'innocence	102
		Mesure privative de liberté	<i>Voir</i> mesure de sûreté
		Mesures d'investigation	321
		actes d'instruction	814-829, 834-858
		champ d'application	819
		coercitifs	836-837
		contrôle	881-882, 896-917
		indéléguables	822-829
		requête des parties	888
		actes juridictionnels d'instruction	732-740
		définition	732
		force probante	733-739
		garantie des libertés individuelles	740, 749

* V. n. *, p. 920.

légalité	745	inculpation (pouvoir, devoir)	512, 513-515
limites	741-750	indépendance	34, 179, 181-226 , 184, 241, 259, 303, 945, 949, 955-957
nécessité	745	inertie	364, 444, 500, 580, 609
pertinence	745	influence du pouvoir exécutif	213-222 , 229, 243, 394
proportionnalité	748-750	innocence (appréciation)	438
sécurisation de la procédure	733-739 , 743, 750	intérêts poursuivis	16, 19, 228
arbitraires	663, 667, 669	Jl	
caducité procédurale	664, 665	différences	300
caractère administratif judiciaire	649, 661, 664, 672	relations	22, 725, 871, 924, 927
champ d'application	940	ressemblances	292, 294
contrôle	656-706 , 779	JLD (relations)	263, 927, 938
destinataires	63	juge de l'enquête (relations)	723, 741-752
double préjudice	90, 252, 254	lacunes	324, 344
fondement légal	119	libertés individuelles	351, 469
libertés individuelles	64, 79, 86-88 , 246, 664-665, 667	lien avec le pouvoir exécutif	4, 14, 18-20 , 32, 34, 37, 180, 193, 195-196 , 223, 712, 955, 957
objectif	62	limitation des pouvoirs	956
proportionnalité	119	neutralité	227, 231
secrètes	726	notification (devoir)	146, 160, 170, 311, 411
Mesures signalétiques	667	objectivité	34, 36, 205
Méthodes illicites d'audition	<i>Voir</i> audition, méthode illicite	origines	14-20 , 25-38
Micro-comparaison	46	partie au procès	139, 205, 231
Ministère public		permanence (service)	345, 769
accusation (fonction)	231, 356, 399	police (relations)	301-303 , 333-346 , 688, 820, 939-940
action publique (détenteur et initiateur)	356-366 , 367-374	politique pénale	188, 243, 385
ambivalence	14, 31-32 , 184-185 , 196-198 , 280	poursuite	
amovibilité	20, 189, 200, 239	déclenchement	16, 319, 357, 365
aspects précurseurs, atouts	17, 32, 331	fonction	199, 228, 231, 288-289
autorité		pouvoir	
administrative	197, 649	d'injonction	190, 225
de classement	399	de (renoncement à la) sanction	375, 401, 417-420 , 425-426 , 429-454 , 461
judiciaire	194, 197, 199, 260-261, 649	décisionnel	375, 401 , 403 , 455, 571-572
carrière/formation	189, 199	d'injonction	201
champ d'intervention	326, 327	discrétionnaire	397, 405-406 , 700, 743, 830
charge de travail	800, 945	quasi-juridictionnel	355, 401-426 , 427-454 , 462
CIC	20	sélectif	281, 355-357 , 359, 368-372 , 384, 397, 431, 458
classement (pouvoir)	307, 355-462	prussien	31
coercition (pouvoir)	309-317 , 327, 330	qualification juridique des faits	332, 361
conflit d'intérêts	207-210 , 213	rapport d'information/remontée hiérarchique	192, 204, 221
contre-pouvoir	287, 363-364	récusation	231, 670, 689
culpabilité (appréciation)	417-419, 430, 435, 437-438, 451, 461	responsabilité	
délégation (pouvoir)	321	fonctionnelle	321, 323, 325
détention provisoire (rôle)	922, 924, 927, 933	personnelle (civile, pénale et disciplinaire)	208, 210, 569-578 , 582, 708
diversité des statuts en Europe	5	ressources	340, 343
enquête		révocabilité	20, 189, 200
direction	301, 303, 328, 331-332 , 344-345	rôle traditionnel	457
fonction	52, 288-289 , 321	souveraineté	66, 263, 282, 287-290 , 318-319 , 324-332 , 353, 945, 955, 957
initiative	304-308	spécialisation	242
obligation	368	statut	5, 31, 55, 180-226 , 184, 271, 945, 949, 956-957
pouvoir	309-317	subordination hiérarchique	5, 20, 180-226 , 586-588
essor	38, 52, 281-282 , 288, 291, 312, 330, 348-350 , 397, 400, 457-458 , 460-461 , 464 , 466-467 , 757, 800, 802, 938-942 , 945, 950	suivi de l'instruction	882-884
européen	1, 8, 42	urgence (intervention)	128, 241, 321, 323, 327, 334, 771-776
filtre	<i>Voir</i> pouvoir sélectif	vénéralité	19
fonctions	36, 55, 227-232 , 945	Ministre de la Justice (Garde des Sceaux)	
garant de la loi	196, 281		
garanties légales de son action	470-517		
GAV (prérogative)	313, 547-548		
impartialité	20, 179, 183, 191, 205, 227-232 , 303, 321, 471, 672, 945, 949, 957		

influence sur la justice	189
politique pénale	385
pouvoir d'injonction	191, 202-203 , 225
pouvoir disciplinaire	189, 224
Mis en cause	<i>Voir aussi</i> mis en examen, prévenu,
suspect	
droits	164, 475, 502, 887, 934
partie au procès	139, 474
recours	656-706 , 689, 713
situation juridique	581
statuts	502-568 , 892
Mis en examen	878
action en dommages-intérêts	849
appel (procédure)	852, 909
conditions	811
demande de mise en liberté	922, 927
détention provisoire	837, 922
droits de la défense	505, 879, 886
éléments de suspicion	528
interrogatoire	822, 824, 836
irresponsabilité	847
mandats	837
notion	525-526
nullités	852, 903
renvoi devant la juridiction de jugement	892
statut	879
Mise en état de l'affaire pénale	
caractère inquisitoire	13, 16, 34
définition	3, 52
dualité	279, 290, 294
objectif	67
unicité	290, 940
Modèle anglo-saxon (influence)	33, 36, 137
Moulin (arrêt CEDH)	860
Mouvements	
de la Paix de Dieu	26
insurrectionnels allemands	33

N

Nazisme	
exercice des poursuites	394
instruction	952
ministère public	394
procédure intermédiaire	680, 686
Nebenklage	<i>Voir</i> action accessoire
Nemo tenetur	droit au silence
Netzpolitik.org (affaire)	58, 220
Neutralité	178, 227, 231
Non-lieu	827, 849 , 856
Notification (devoir)	
des charges	160, 411, 484, 525, 886
des droits	126, 145-146 , 150, 160, 170
qualifiée	146
sanction d'une violation	311
Notwendige Verteidigung	<i>Voir</i> avocat (droit à un),
commission d'office	
Nullités	<i>Voir aussi</i> interdiction d'exploiter les preuves
commission rogatoire	821
conditions	902-903 , 905
d'office	904
délais	903
d'ordre public	698, 855

effets	118
fluctuations jurisprudentielles	696-706
forclusion	701, 703, 847, 903, 906
GAV	535, 547
juridiction compétente	691-692, 905
limites	903, 906
lors de l'enquête	691-706 , 714
lors de l'instruction	890, 892, 901-906 , 934
ordonnance de renvoi	852
purge de la procédure	691, 701, 703, 905
régime général	118, 691-695
requête en	149, 847
textuelles	694, 698
théorie du support nécessaire	704

O

Objectivité	34, 36, 205, 945
Obligation de porter l'accusation	368
Obstruction à la justice	574
OCDE	618
Opérationnalité	337
Opportunité des poursuites	
champ d'application	440
classements secs	434-439
essor	397, 400
évolution	381
exception d'	37, 205
inconvenients	376, 636, 638-639
intérêts de l'exécutif	188
limites	364, 385-392 , 437, 480
origines	380
principe	31, 47, 359, 376-392 , 456
réponse pénale (prolongement)	382, 398, 401, 778
Oralité (principe)	3, 33, 684
Ordalie	16, 26
Ordonnance	
contrôle par la chambre de l'instruction	844-845 , 852
contrôle <i>via</i> la procédure d'appel	883 , 892
d'incompétence	842
d'informer	843
d'irresponsabilité	848, 850
de continuation de la poursuite	845, 851
de dessaisissement	842
de mise en accusation	853, 904, 909
de non-lieu	846, 848-850 , 904, 909
de refus d'informer	841
de règlement	848
de renvoi	846, 852, 904, 909
de soit-communicé	841, 845, 847
de transmission du dossier	850
nature juridique	844-845
pouvoir du JI	839-856
refus d'acte d'instruction	845, 884
Ordonnance	
1303.03.23, Philippe Le Bel	16
1539 (août), Villers-Cotterêts	16
1579 (mai), Blois	16
1690, dite criminelle	12
1958.12.22	186, 189, 571, 589, 781, 864
Ordonnance pénale	398, 418 , 425 , 678, 722 , 778, 787
Outreau	
affaire	3, 86 , 804, 871, 923, 932

commission	919		
P			
Padin Gestoso c/ Espagne (arrêt CEDH)	557		
Parjure	518, 739, 750		
Parquet	<i>Voir</i> ministère public		
Partie			
civile	<i>Voir</i> aussi victime, action civile		
audition	836		
détention provisoire (absence de prérogative)	922		
droit d'appel	852, 891, 910		
lésée	<i>Voir</i> victime, action civile		
qualité de	139, 205, 231, 474		
Peine			
complémentaire	449		
définition/pouvoir punitif	<i>Voir</i> sanction		
Perquisition	87, 164, 246, 313, 729		
chez l'avocat de la défense	151		
de nuit	783		
intervention du juge de l'avant-procès	260-261, 264, 729, 793, 795, 822-823, 836, 921		
nullités	698		
recours	665, 667		
Persécution d'innocent	574		
Plainte			
constitutionnelle	595		
contre les actes juridictionnels d'instruction (§ 304 StPO)	658-659 , 751, 878		
délits à caractère privé	388		
dénunciation	19-20, 160, 306-307, 319, 339, 360		
Police			
administrative	251, 253, 337-338		
champ d'intervention	334-335, 337		
compétences techniques	340 , 758		
contrôle par le procureur	688		
enquête			
initiative	305		
intervention	333-346 , 939		
essor	939, <i>voir</i> policisation		
information du ministère public (devoir)	302, 305, 311, 360		
instruction (intervention)	939		
JI (relations)	814-821		
judiciaire	251, 253, 337		
ministère public (relations)	333-346		
mutifonctionnalité	337		
notation	346		
notification (devoir)	126, 145-146 , 150, 160, 170, 311, 484, 525		
objectivité	945		
organisation interne	346		
qualité d'auxiliaire	263, 301, 323		
ressources	340, 343		
sanction disciplinaire	302		
service/formation d'enquête	302, 346		
urgence (intervention)	128, 241, 323, 327, 334, 771-776 , 832		
Policisation	289, 301, 323, 333-346 , 352, 463, 816, 945		
Politique pénale	188, 192, 385		
Poursuites, déclenchement	<i>Voir</i> opportunité/légalité		
des poursuites			
		Pouvoir hiérarchique	
		avantages	220
		organisation	180-226
		Prélèvement corporel	87, 147, 313, 667
		Président de la République (influence)	189
		Présomption d'innocence	93-106 , 168
		alternatives aux poursuites	452
		ancrage légal et conventionnel	93
		bénéficiaires	96
		champ d'application	64, 94
		classement sans suite sous condition	168
		destinataires de l'obligation de respect	95
		détention provisoire	100-104
		droits de la victime	488-489
		éléments de suspicion	99, 101-102 , 105
		interdiction d'anticiper la culpabilité	98-99
		JI	811, 849
		médias	95-96 , 132
		mesures punitives	96
		personnes privées	95
		procédure intermédiaire	686
		règle in dubio pro reo	94
		secret	295
		Preuve	
		actes d'instruction juridictionnels	733-739
		apport par un particulier	130-131
		immédiateté et oralité	3
		juridique	451
		matérielle	451
		objective	451
		réquisition de	149, 161, 170, 521, <i>voir aussi</i>
		demande d'acte d'investigation	
		subjective	451
		système moyenâgeux	16, 26, 28
		Prévention	
		générale	430
		objectif	251, 337
		spéciale	430
		Prévenu	504
		définition	507-512 , 852
		distinction du témoin	516-522
		droits et devoirs	516-522
		éléments de suspicion	508, 512
		poursuites pénales	511
		recours externes lors de l'enquête	658-677
		Prise de sang	147
		Privatklage	<i>Voir</i> action privée
		Privilège de juridiction	575
		Problématique	51, 57, 946
		Procédés déloyaux	
		contournement de procédure	126
		détournement de procédure	127
		écoutes secrètes	126, <i>voir aussi</i> contournement de
		procédure	
		généralités	120
		provocation à une infraction	121-124
		stratagème (méthode illicite d'audition)	129
		Procédure accélérée	424 , 678
		Procédure intermédiaire	367, 422, 678-686
		avantages	681-682, 686
		inconvenients	680, 682-685
		origines	679
		sous le nazisme	680

statistiques	682, 871
Procédure pénale	
bipolarité	73, 83
caractéristiques	65
équilibre	22, 59, 950, 953
indissociable unité	650
intérêts conflictuels	69
modèle inquisitoire	16-18, 26-28
modèle mixte (accusatoire-inquisitoire)	494, 613, 948
modèle moyenâgeux accusatoire	15-16, 26
objectifs	3, 69, 73, 78
principes directeurs	167
procédure civile (distinctions)	139
Procès	
équitable	91-170, Voir aussi équité
pénal	<i>Voir</i> procédure pénale
principal	678
Procureur	<i>Voir aussi</i> ministère public
général	586
contrôle de la PJ	688, 690
de Paris, nomination	189
fonctions	187
JI (relations)	869
organisation hiérarchique	200, 587-588
pouvoir disciplinaire	690
statut	200, 220
quasi-juge	355, 391, 419, 437-438, 465
Proportionnalité (principe)	119, 213 , 265, 471, 547 , 748-750
Protection	
des témoins anonymes	261
juridique effective (garantie)	265, 648, 659, 662, 665, 668, 672-673, 685
Provocation	
à la preuve	121
à une infraction	<i>Voir aussi</i> agent provocateur
champ d'application	122
illicéité	121
sanction	123-124
Prozessuale Tat	<i>Voir</i> acte délictueux processuel
Publicité	
détention provisoire	925
principe	33, 132, 298
procès	13, 170, 407

Q

Question prioritaire de constitutionnalité (QPC)	600-606, 709
avantages	605
champ d'application	602, 895
conditions d'application	603-604
évolution	600-601
inconvenients	606

R

Réception du CIC en territoires germaniques	33, 36
Réclamation	<i>Voir</i> recours administratif
Recoupement de fichiers	337
Recours	<i>Voir aussi</i> nullités, et pour les recours lors de l'instruction, appel (procédure) administratif
	495, 588, 708

caractère postérieur	249, 470, 494, 500, 582, 584, 600, 657, 659-660, 715
constitutionnel	594-606, 709
droit d'exercer	159
externe	
étendue	593-706
notion	585
gracieux	588
hiérarchique	437, 577, 586
interne	586-592, 708
avantages	590
inconvenients	591-592
notion	585
lors de l'enquête	470, 658-673
prévenu	
contre les mesures administratives judiciaires (§§ 23 EGGVG)	660-673
contre les mesures juridictionnelles selon le § 98 StPO, le cas échéant par analogie	658-659 660-673, 676
suspect	687-706, voir aussi nullités
victime	608-655
action civile	609-627
action privée	641-647
contre les mesures administratives judiciaires (§§ 23 et s. EGGVG)	648-655
injonction de mise en mouvement de l'action publique	629-640
Récusation	231, 589, 670, 689, 855
Référé	
-détention	927, 931
-liberté	918, 925, 931
Relaxe	390
Remontées hiérarchiques	192, 204, 221
Rendez-vous judiciaire	410
Réponse pénale	401
droit de regard de la juridiction de jugement	721-722, 752-753, 777-778, 787, 797
modalités	375, 382, 398, 401-426, 427-462, 778
multiplication	458
statistiques	383, 399
Répression	
compétence	337
dérives	76, 550, 955
efficacité	75
objectif	251
Réquisition	
de non informer	363, 830, 841
de non-lieu	390
détention provisoire	924, 927
étendu du droit	884
Réquisitoire	
introductif	405-406, 561, 700, 830-833, 879
supplétif	831, 871, 879
Responsabilité des magistrats	569-578, 895
Résultats scientifiques/propositions	954-957
Richterliche Ermittlungshandlungen	<i>Voir</i> mesures d'investigation, actes juridictionnels d'instruction
Richtervorbehalt	<i>Voir</i> compétence réservée du juge
RStPO	
compétence réservée du juge	241
inculpation	507

impact sur les investigations	832
interprétation extensive de la clause	771-776
intervention	
du juge	729
du procureur	784

V

Validation (procédure de)	443, 449-451 , 454, 778, 787
Vassis (arrêt CEDH)	860
Verfassungsbeschwerde	<i>Voir</i> plainte constitutionnelle
Verständigung	<i>Voir</i> entente judiciaire
Victime	<i>Voir aussi</i> action civile
action publique (rôle dans le déclenchement)	364
alternatives aux poursuites (rôle)	448-450 , 453, 461
contre-pouvoir au procureur	477, 500
définition	632-636
droit de corroborer à l'action publique	364
enquête	
droits	475, 483-492
recours	493-501
externes	608-655 , <i>voir aussi</i> action civile,
action privée, injonction de mise en	
mouvement de l'action publique et recours	
(enquête, victime) contre les mesures	
administratives judiciaires (§§ 23 et s.	
EGGVG)	
internes (administratifs)	495

instruction	
droits	886
statut	878-879
participation au procès pénal	
avantages	477, 500
dangers	478, 500
rôle (accessoire)	474, 476-501 , 578, 580, 613, 711-712

Victimologie	482
Visio-conférence	925
Voie	
d'action	365, 494-495 , 609, 614, 619, <i>voir aussi</i>
constitution de partie civile/citation directe de la	
victime	
d'intervention	495, 614, 620
Vorläufige Festnahme	<i>Voir</i> arrestation provisoire

W

Waffengleichheit	<i>Voir</i> égalité des armes
Widerspruchslösung	<i>Voir</i> solution de l'opposition
Worms (affaire)	86
Wulff (affaire)	58

Z

Zwischenverfahren	<i>Voir</i> procédure intermédiaire
--------------------------	-------------------------------------

INDEX DES NOMS PROPRES*

A			
Association française des magistrats instructeurs	827	Emminger (réforme de 1924)	37, 281, 396
Atthalin, Laurent (arrêt)	364	F	
Azibert (affaire)	56, 219	Frank, Christoph	58
B		G	
Beaume, Jacques (procureur général)	804	Garraud, René	22, 295, 918
Beckedahl (journaliste)	220	Grégory (affaire)	22
Belin, Pascale (magistrate)	820	Guéry, Christian (juge d'instruction)	824
Bernaudo, Valérie (citation)	606	H	
Bettencourt (affaire)	56, 216, 219	Hauschildt contre Danemark (arrêt CEDH)	789
Biens mal acquis (affaire)	618	Hausel, Uwe	425
Blisson, Laurence (syndicat de la magistrature)	415	Hélie, Faustin	22
Brusco (arrêt CEDH)	544, 860	Herrman, Joachim	803
Bruyère (La)	165	Hodgson, Jacqueline (Professeure)	824
Bygmalion (affaire)	56, 219	Hollande, François (mandature)	804
C		J	
Charvet, Dominique (citation)	465	Jacquin, Jean-Baptiste (journaliste)	805
Clearstream (affaire)	215	Jalloh c. Allemagne (affaire)	147
Collin, Peter	32, 34	K	
Constitutio Criminalis Bambergensis/Carolina	26	Karachi (affaire)	56, 219
Constitution		Kohl, Helmut (affaire)	444, 654
du 22 frimaire an VIII	19	L	
du 5 fructidor an III	19	Lafourcade, Magalie (juge d'instruction)	826
influence	102, 594-606, 726	Lazerges, Christine (Professeure)	950
primauté	41	Lazerges-Cousquer, Laurence	12
Coste, François-Louis	832	Lebach (arrêt du BVerfG)	132
Courroye, Philippe (procureur de Nanterres)	216	Leblois-Happe, Jocelyne (Professeure)	780
D		Léger (rapport)	1, 5, 22, 46, 54-55, 57, 480
Dahm, Georg (juriste nazi)	394	Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine (ministre de la Justice allemande)	56
Dalle, Hubert	217	M	
Daschner (affaire)	111	Maas, Heiko (ministre de la Justice)	220
Dati, Rachida (garde des Sceaux)	217	Macron, Emmanuel (mandature)	189
Delmas-Marty (rapport Justice pénale et droit de l'homme)	5, 22, 918	Mathias, Éric	14, 16, 37
Desportes, Frédéric	12	Medvedyev (arrêt CEDH)	860
DRB (union allemande des magistrats)	203, 220	Meister (journaliste)	220
Directoire	<i>Voir</i> Constitution du 5 fructidor an III	Montesquieu	69, 235, 243, 716
Donnedieu de Vabres, Henri (projet de réforme du CIC)	22	Moulin (arrêt CEDH)	860
Dorwling-Carter, Marcel (citation)	946	Mucchielli, Julien	415
DRB (union allemande des magistrats)	203, 220		
E			
Ecclestone, Bernard Charles (affaire)	654		

* V. n. *, p. 920.

N	
Nadal, Jean-Louis (commission)	189
Netzpolitik.org (affaire)	58, 220

O	
OCDE	618
Ordonnance	
1303.03.23, Philippe Le Bel	16
1539 (août), Villers-Cotterêts	16
1579 (mai), Blois	16
1690, dite criminelle	12
1958.12.22	186, 189, 571, 589, 781, 864
Outreau	
affaire	3, 86, 804, 871, 923, 932
commission	919

P	
Padin Gestoso c/ Espagne (arrêt CEDH)	557
Prévost-Desprez, Isabelle (magistrate du siège)	216

R	
Range (procureur général fédéral)	58, 220
Rebut, Didier (citation)	195
Riess, Peter (citation)	640
Roche Flavin (La)	17
Roxin, Claus	231, 337, 674

S	
Salduz (arrêt CEDH)	860

Salles, Alain	214
Sarkozy, Nicolas (mandature)	189, 214, 821
Savigny, Friedrich Carl (von)	34
Schmidt, Eberhard	32, 34, 35
Schwendener, Marc (commissaire de police)	820
Soulez-Larivière, Daniel	217
Stefanini, Marthe (citation)	606

T	
Taubira, Christine (ministre de la Justice)	804
Terreur	19
Touillier, Marc	46, 78

U	
Union Européenne	
influence	40-42, 172, 473, 483, 505, 531, 550, 552, 556, 808, 880, 948
ministère public européen	Voir ministère public, parquet européen

V	
Vassis (arrêt CEDH)	860

W	
Weigend, Thomas	655
Wohlers, Wolfgang	32, 34
Worms (affaire)	86
Wulff (affaire)	58

ANNEXES

I/ ABSTRACT (ALLEMAND)

In den letzten Jahrzehnten haben sich die Machtverhältnisse zwischen Staatsanwälten und Richtern im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sowohl in Deutschland als auch in Frankreich zugunsten der Staatsanwaltschaft verschoben. Dies ist insoweit problematisch, als Staatsanwälte den Weisungen des Justizministers unterliegen, anders als Richter, deren Unabhängigkeit verfassungsrechtlich gesichert ist. Erschwerend kommt hinzu, dass Staatsanwälte in ihre Rolle als Ankläger zu einer einseitigen Ermittlung tendieren.

Die Verfasserin zeigt am Beispiel eines Rechtsvergleichs, dass der Untersuchungsrichter ein wirksames Korrektiv zur steigenden Dominanz der Staatsanwaltschaft sein kann. Durch seine selbständige Stellung sorgt er für eine erhöhte Objektivität im Ermittlungsverfahren sowie einen besseren Schutz der Grundrechte der Beteiligten. Sie empfiehlt daher, das in Frankreich oftmals infrage gestellte Amt des Untersuchungsrichters zu stärken bzw. in Deutschland wieder einzuführen, wo es im Jahre 1974 abgeschafft wurde.

II/ ESSAY (RÉSUMÉ EN ALLEMAND)

RICHTER UND STAATSANWALT IM ERMITTLUNGSVERFAHREN AM BEISPIEL DES DEUTSCHEN UND DES FRANZÖSISCHEN RECHTS

In den letzten Jahrzehnten sind sowohl in Deutschland als auch in Frankreich mehr und mehr Befugnisse auf die Staatsanwaltschaft übertragen worden, wodurch diese mittlerweile eine beherrschende Stellung im Ermittlungsverfahren einnimmt. Dies ist insoweit kritisch zu sehen, als sie in diesen Ländern Teil der Exekutive ist, die der Aufsicht und den Weisungen des Justizministers unterliegt, anders als Richter, deren Unabhängigkeit verfassungsrechtlich garantiert ist. Hieraus ergibt sich ein ungleiches Kräfteverhältnis von Exekutive und Judikative. Problematisch erweist sich darüber hinaus, dass Staatsanwälte in der Praxis kraft ihrer Rolle als Ankläger tendenziell dazu neigen, primär nach belastenden Umständen zu suchen.

In manchen Staaten gibt es deshalb als Objektivitäts- und Kräftegleichgewichtwahrendes Korrektiv den Untersuchungsrichter, der bei schwerwiegenden Verbrechen und komplexen Delikten eingeschaltet wird. Seine Aufgabe ist es, alle den Angeklagten belastenden und entlastenden Umstände zu ermitteln, auf deren Grundlage später entschieden wird, ob Anklage erhoben wird oder nicht. Er ist weisungsfrei und findet sich, wenn überhaupt, nur marginal in der Rolle des Anklägers wieder. Es sollte somit im Interesse demokratischer Rechtsstaaten wie Deutschland oder Frankreich liegen, zum maximalen Schutz der Grundrechte des Angeklagten und zwecks Gewährleistung eines möglichst objektiven Verfahrens den Untersuchungsrichter fest im Strafprozessverfahren zu integrieren bzw. seine dortige Funktion zu stärken.

Umso mehr mag es erstaunen, dass diese Institution in Deutschland 1974 abgeschafft wurde. Seitdem sieht die deutsche StPO nur noch ein eingliedriges staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren vor. Dabei behielten die Staatsanwälte, die das Ermittlungsverfahren leiten, ihren dem Justizministerium hierarchisch untergeordneten Beamtenstatus.

Auch in Frankreich, dessen Modell des Untersuchungsrichters lange Zeit als Exportschlager galt, sind seit dem Ende des zweiten Weltkriegs immer wieder Forderungen nach einer Abschaffung des sog. „Juge d’instruction“ laut geworden, zuletzt 2009 durch die Kommission „Léger“. Sie verlangte, ähnlich wie in Deutschland, keine Trennung von Staatsanwaltschaft und Exekutive. Damit unterschieden sich die Reformvorschläge Frankreichs von denen anderer Länder wie z. B. Österreich oder die Schweiz, die im Zuge der Abschaffung des Untersuchungsrichters in 2010 bzw. 2011 ihre Staatsanwaltschaft von der Exekutive unabhängig machten.

Dies wirft die Frage auf, ob die starke prozessuale Position einer hierarchisch in die Politik eingegliederten Staatsanwaltschaft mit den Grundprinzipien des Strafverfahrens vereinbar ist. Dieser Punkt ist deshalb besonders brisant, weil der Europäische Gerichtshof in einer Entscheidung vom 27. Mai 2019 den deutschen Staatsanwälten die Befugnis zur Ausstellung eines europäischen Haftbefehls aberkannt hat, da sie gegenüber der Exekutive nicht hinreichend unabhängig seien.

Die vorliegende Dissertation zielt darauf ab, Antworten auf diese und andere Fragen zur Stellung von Staatsanwaltschaft und Richtern liefern, wobei der französische Gesetzentwurf von 2009 über die Abschaffung des Untersuchungsrichters den Ausgangspunkt bildet. Die Arbeit entwickelt konkrete Lösungsansätze, wie die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft

gewährleistet und ein Interessen- und Machtgleichgewicht zwischen den unterschiedlichen Beteiligten am Strafverfahren während des Vorverfahrens sichergestellt werden kann.

Um herauszufinden, inwieweit die Staatsanwaltschaft und der Ermittlungsrichter des deutschen Rechts Beispiele sind, die dem französischen Gesetzgeber als Vorbild dienen können, ist die Verfasserin dem Rat von Marcel Dowling-Carter gefolgt, wonach es wichtig ist, *"vor der Umwälzung oder Abschaffung einiger unserer Institutionen sicherzustellen, dass die damit verbundenen Vorteile nicht leicht diejenigen ausländischer Institutionen übersteigen, deren offensichtliche Stärken wir zu naiv bewundern, ohne ihre tatsächlichen Mängel zu erkennen"*.

Die Rechtsvergleichung mit dem deutschen Modell führt nach Ansicht der Verfasserin eindeutig zu dem Ergebnis, das französische Modell beizubehalten. Sie sieht die richterliche Untersuchung sogar als die eigentliche Stärke des französischen Modells an, die bei entsprechender Weiterentwicklung für ein optimales Machtgleichgewicht im Vorverfahren sorgen kann. Die mit dem französischen richterlichen Vorverfahren assoziierten Schwächen kommen nicht mehr zum Tragen, seit sich das Strafverfahren insgesamt mit den nationalen und europäischen Verfahrensrechten im Einklang befindet.

Sowohl dem deutschen als auch dem französischen System liegt ein gemischt adversatorisch-instruktorisches Verfahren zugrunde. Geleitet von den Prinzipien der EMRK sowie vom Recht der EU weisen beide Verfahrensmodelle ein gemeinsames Ensemble von Verteidigungsrechten sowie Prinzipien des fairen Verfahrens auf, die sicherstellen, dass der Beschuldigte in der richterlichen Untersuchung als Subjekt und nicht als bloßes Objekt des Verfahrens agieren kann.

Schwächen zeigen sich jedoch in beiden Ländern bei den von der Staatsanwaltschaft geleiteten Ermittlungen. Der Staatsanwalt ist nämlich weder in Frankreich – trotz seiner Stellung als gerichtliches Organ (*Magistrat*) – noch in Deutschland – wo seine Bindung an die Exekutive wegen seiner Beamtenstellung noch stärker erscheint – unabhängig oder unparteilich. Dies gilt auch in funktioneller Hinsicht. Um die Grundrechte der Betroffenen zu schützen, war das Tätigwerden eines Richters im Vorverfahren daher unerlässlich. Deutschland wich jedoch von Beginn an leicht von seinem historischen Vorbild ab, indem es neben der gerichtlichen Voruntersuchung einen gesetzlichen Rahmen für das durch einen Ermittlungsrichter nur punktuell kontrollierte Ermittlungsverfahren vorsah, und zwar auch in Fälle, in denen

Verdächtige nicht auf frischer Tat verhaftet wurden. Dies ist einer der Gründe für die geringere Bedeutung des Untersuchungsrichters in Deutschland. Bei einem Blick zurück in die Vergangenheit fällt auch auf, dass der gerichtlichen Voruntersuchung in Deutschland schon früher eine deutlich geringere Bedeutung zukam als in Frankreich. Dies ist vor allem der Tatsache geschuldet, dass ihr Anwendungsbereich auf Fälle schwerer Kriminalität beschränkt war. Ein weiterer Grund war die fehlende Entscheidungsbefugnis des Untersuchungsrichters am Ende des Vorverfahrens. Dies alles erklärt es mindestens zum Teil, dass die Abschaffung dieser Institution im Jahre 1975 dem deutschen Gesetzgeber, der sich auf den Bedeutungsverlust der richterlichen Voruntersuchung und auf die Notwendigkeit einer Strafverfahrensbeschleunigung stützte, nicht sonderlich schwerfiel. Seit diesem Zeitpunkt kennt die Strafprozessordnung nur noch das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren. Während der französische Gesetzgeber, für den das Verfahren immer noch zweigliedrig ist, regelmäßig den Sinn der Voruntersuchung anzweifelt, ist die Versuchung groß, sich ein Beispiel an seinem deutschen Nachbarn zu nehmen.

Es kommt in den Strafverfahren in Deutschland und Frankreich zu immer größeren Machtverschiebungen. Diese äußern sich in einem Rückgang der traditionellen Befugnisse der Richter zu Lasten der Grundrechte der Betroffenen und zu Gunsten der Staatsanwaltschaft. Die Folge sind ungleiche Machtverhältnisse zwischen den Beteiligten im Vorverfahren. Eine Abschaffung der gerichtlichen Voruntersuchung würde dieses Ungleichgewicht nur noch vertiefen.

Dieses Phänomen ist in zweierlei Hinsicht bedenklich: Auf der einen Seite hat die deutsche Geschichte in der jüngeren Vergangenheit gezeigt, zu welchen Gefahren eine Übermacht der Staatsanwälte führen kann. Das NS-Regime nutzte mit voller Absicht die Stellung der Staatsanwälte zu ihrem eigenen Zweck als Waffe aus, um Macht über Richter und Justiz zu erhalten. Neben dem bewussten Herunterspielen des Legalitätsprinzips und des Zwischenverfahrens bis zu deren völliger Abschaffung stellte die gerichtliche Voruntersuchung aus der Sicht der Nationalsozialisten eine schädliche Institution für die Interessen der Exekutive dar. Daher wurde sie vor den Sondergerichten vollständig aufgehoben, und ihr Anteil in anderen Verfahren reduzierte sich drastisch bis zur Bedeutungslosigkeit. Es stimmt zwar, dass ein solcher Rechtsmissbrauch weniger auf die vorhandene Strafverfahrensstruktur als vielmehr auf den Totalitarismus zurückzuführen ist. Die bestehenden strukturellen

Schwächen, die verstärkt und vom NS-Regime zu seinem Vorteil ausgenutzt wurden, haben jedoch zweifellos den Missbrauch dieser autoritären Macht begünstigt. Um solche Auswüchse zu vermeiden, ist somit größte Vorsicht geboten.

Auf der anderen Seite ist dieses Ungleichgewicht heute umso beunruhigender, als das Vorverfahren entgegen der ursprünglichen gesetzlichen Absicht zur entscheidenden Phase des Strafverfahrens geworden ist. Dies geschieht zu Lasten des Hauptverfahrens, das nur noch marginal stattfindet. Die Mehrheit der Beschuldigten wird daher nicht mehr durch die Schutzmechanismen und den kontradiktorischen Charakter der Hauptverhandlung geschützt. Im Übrigen bleiben die Ergebnisse des Vorverfahrens auch im Fall der Durchführung einer Hauptverhandlung trotz des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisführung eine wesentliche Grundlage für die Entscheidung des Gerichts, da aufgrund verschiedener prozessualer Regelungen die im Ermittlungsverfahren erhobenen Beweise relativ leicht Eingang in das Hauptverfahren finden können. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass Fehler im Vorverfahren später kaum korrigierbar sind. Die Hauptverhandlung als faires und kontradiktorisches Verfahren ist demnach nicht mehr als ein Eckpfeiler des Strafverfahrens zu betrachten und entfaltet nicht mehr ausreichend ihre primäre Schutzfunktion – das Strafverfahren verliert dadurch sein Gleichgewicht. Tatsächlich war die Durchführung eines primär durch seinen instruktorischen, d.h. geheimen und schriftlichen Charakter geprägten Vorverfahrens nur deshalb vertretbar, weil der Prozessstoff danach in einer öffentlichen kontradiktorischen Hauptverhandlung selbständig präsentiert und gewürdigt wurde. Da dies heute in der Mehrzahl der Fälle nicht mehr geschieht, ist es notwendig, schon ab Beginn des Vorverfahrens für ein Machtgleichgewicht zu sorgen, durch das die Interessen aller Beteiligten und speziell des Beschuldigten und des Verletzten berücksichtigt werden.

Nach Ansicht der Verfasserin kann dies in Frankreich durch eine Stärkung der gerichtlichen Voruntersuchung erreicht werden, in Deutschland durch ihre Wiedereinführung. Die durch die Vielzahl der zu erfüllenden Aufgaben häufig überlasteten Staatsanwälte könnten dadurch entlastet werden und sich verstärkt auf ihre Kernaufgaben wie die Leitung der Ermittlungen in kleinen und mittleren Kriminalfällen sowie die Entscheidungen über die Erhebung der Anklage oder die Einstellung des Verfahrens konzentrieren. Gleichzeitig würde die Rolle des

Richters aufgewertet und ein faires Verfahren bei schwereren und komplexeren Fällen gewährleistet.

Zwar fällt die Verfahrensdauer in Deutschland deutlich geringer aus als in Frankreich, was zweifellos auch mit dem nicht kontradiktorischen Charakter des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens zusammenhängt. Als Hauptgründe dafür können jedoch eher deutlich höhere Finanzmittel und eine bessere Personalausstattung der deutschen Justiz genannt werden. Zwecks Gewährleistung einer schnellen und effizienten Strafverfolgung, die für den sozialen Zusammenhalt immens wichtig ist, sollte auch der französische Gesetzgeber der adäquaten finanziellen Ausstattung seines Justizapparats ein Höchstmaß an Bedeutung zukommen lassen.

Die Schnelligkeit der deutschen Verfahren kompensiert nicht die Eingriffe in die Rechte und Freiheiten der Beteiligten im Rahmen des Vorverfahrens. Die Schwäche des deutschen Systems ergibt sich aus der zwar nach dem gesetzlichen Modell großen, in der Praxis jedoch im Vergleich zur Polizei eher gering ausfallenden Macht des Staatsanwalts und ihrer ineffizienten Kontrolle durch den Ermittlungsrichter. Dabei wären eigentlich gerade die Freiheiten und Rechte des Bürgers vorrangig zu schützen. Vergleichbare Schwächen können auch in Frankreich festgestellt werden, und zwar auf der Ebene des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens. Hinzu kommt hier noch ein übermäßiger Einsatz von Zwangsmitteln. Dagegen hat der Untersuchungsrichter aufgrund seiner besonderen Richterstellung und seiner Funktionen an sich alle Möglichkeiten, um ein faires Untersuchungsverfahren zu leiten. Insbesondere wird er viel enger und effektiver durch andere Richter kontrolliert als ein Staatsanwalt. Umgekehrt erscheint eine ähnliche Entwicklung des staatsanwaltlichen Verfahrens kaum denkbar, da der Staatsanwalt schon wegen seiner Funktion als Ankläger unabhängig von seiner Stellung nie dieselbe Unabhängigkeit wie der Untersuchungsrichter aufweisen wird. Dies ist auch nicht erstrebenswert, weil ihm in legitimer Weise die Vertretung der staatlichen Interessen übertragen wurde, mit denen er sich zu identifizieren hat.

Erscheint die zweigliedrige Struktur des französischen Vorverfahrens zur Schaffung ausgeglichener Machtverhältnisse vorteilhaft, so könnte sich der französische Gesetzgeber dennoch von den durchdachten und weitaus weniger repressiven Tendenzen des deutschen Gesetzgebers inspirieren lassen, etwa um die allgegenwärtigen Freiheitsentziehungen (Untersuchungshaft und die sog. „Garde à vue“, eine Art vorläufige Festnahme) signifikant zu

reduzieren und zugleich die Rechtssicherheit im Strafverfahren zu wahren. Tatsächlich neigt der französische Gesetzgeber dazu, auf Bedrohungen wie Terror oder organisierte Kriminalität spontan und übermäßig zu reagieren. Er rechtfertigt dies mit dem Sprichwort « *nécessité fait loi* » (frei übersetzt: Not kennt kein Gebot bzw. rechtfertigt die Mittel), ohne eine nähere Auseinandersetzung mit der Thematik vorzunehmen oder empirische Forschungen über die bisher bereits umgesetzte Reform durchführen zu lassen. Dies sorgt für große Verwirrung sowie dauernde Rechtsunsicherheit bei den Praktikern und den Bürgern in einem so sensiblen, da grundlegende Bürgerrechte und Freiheiten berührenden Bereich wie dem Strafverfahrensrecht.

Darüber hinaus sollten die Vorschriften zur Ernennung von Staatsanwälten an diejenigen von Richtern angeglichen werden. Zwar werden bereits heute beide Organe auf Empfehlung des *Conseil supérieur de la magistrature* [Oberster Justizrat] besetzt, jedoch kann die Exekutive bei Staatsanwälten von dessen Vorschlägen abweichen, wie zuletzt im September 2018 bei der Ernennung des Pariser Staatsanwalts geschehen. Neue Zwangsbefugnisse als Investigationsmittel sollten im Übrigen ausschließlich und konsequenterweise nur dem Untersuchungsrichter anvertraut werden – mit Ausnahme von Fällen, in denen Verdächtige auf frischer Tat gefasst werden. Damit würde man zum Grundsatz eines von Zwangsanwendungen befreiten staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens zurückkehren. Weiterhin sollte sich die Eröffnung einer gerichtlichen Voruntersuchung an konkreten und vom Richter überprüfbaren Kriterien orientieren, z.B. an der Schwere des Delikts, der Komplexität des Falles, den angewendeten Zwangsmitteln oder der Beteiligung von Politikern.

In Deutschland zeigen sich sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur besorgt wegen der relativen Ineffizienz der rechtlichen Mechanismen zur Kontrolle des staatsanwaltschaftlichen Handelns. Beispielhaft seien der Richtervorbehalt bei Ermittlungsmaßnahmen, das Klageerzwingungs- sowie das Zwischenverfahren genannt. Vor dem Hintergrund, dass die Staatsanwaltschaft als Herrin des Vorverfahrens gilt, stellt nach Ansicht der Verfasserin die besondere Bindung der Staatsanwälte an die Exekutive ein akutes Problem dar. Wie ist es vertretbar, eine solche Schlüsselposition für die Gewährung von Rechten und Freiheiten der Bürger einer Institution zu übertragen, die wegen ihrer politischen Abhängigkeit nicht als Teil der rechtsprechenden Gewalt angesehen werden kann, wie es der

EuGH festgestellt hat? Dass sich hieraus Nachteile für die Angeklagten ergeben können, liegt auf der Hand.

Der Gesetzgeber hätte mehr Wert auf die mit dem Untersuchungsrichter verbundenen Verfahrensgarantien für Privatpersonen legen müssen. Stattdessen schaffte er 1974 einen unabhängigen und unparteilichen Richter ab, der nach seiner Anrufung durch den Staatsanwalt kontinuierlich und nicht nur wie der Ermittlungsrichter stellenweise das ganze Vorverfahren kontrollierte und leitete. Die Rechtsschutzmechanismen im Vorfeld und im Nachgang der Ermittlungsmaßnahmen sind u. a. wegen der nur punktuellen und beschränkten gerichtlichen Kontrolle sehr lückenhaft und ungleich verteilt. Die Wiedereinführung der gerichtlichen Voruntersuchung mit der Schaffung einer umfassenden „Privatklage“ nach dem Modell der *action civile* könnte nach Auffassung der Verfasserin die meisten festgestellten Probleme beheben. Dabei wäre es wünschenswert, den Untersuchungsrichter wie den Ermittlungsrichter tatsächlich nur mit Aufgaben der Voruntersuchung und der Ermittlung zu betrauen, also zu Richtern mit allein diesen speziellen Aufgabenbereichen zu machen. Auch sollte eine einzige weitere Kontrollinstanz zur Überprüfung des Vorverfahrens geschaffen werden. Hierfür würde sich eine besondere Abteilung des Oberlandesgerichts eignen, welches mehr Kapazitäten schaffen könnte als Gerichte niedrigerer Ordnung. Schließlich sollte es künftig nicht mehr möglich sein, Generalstaatsanwälten den Status eines politischen Beamten zu verleihen und sie damit ohne weiteres absetzbar zu machen. Generell müsste der Gesetzgeber für mehr Transparenz und Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft sorgen. Dafür könnte er beispielsweise fordern, dass jegliche Weisung schriftlich erfolgt. Auch wäre ein Verbot von Weisungen in individuellen Fällen sinnvoll.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	VIII
ABRÉVIATIONS	IX
– INTRODUCTION –	1
I/ L’avant-procès pénal : terrain d’affrontement d’intérêts divergents	5
A – L’avant-procès pénal : phase de collision des intérêts de la société avec les droits et libertés de la personne soupçonnée.....	6
B – L’avant-procès : théâtre d’une lutte des pouvoirs exécutif et judiciaire.....	9
II/ La comparaison des systèmes procéduraux pénaux allemand et français : une comparaison justifiée	12
A – L’utilité et la justification de la comparaison de l’avant-procès allemand et français	12
1) Une justification historique	15
a. Le Code d’instruction criminelle (CIC) ou l’avènement de la procédure pénale européenne « moderne »	16
b. L’Allemagne, une mise en état de l’affaire pénale influencée par le modèle du CIC mais centrée sur l’institution du ministère public	38
2) Une justification du fait de l’appartenance à des ensembles supra-étatiques communs	56
B – La méthode de comparaison.....	60
III/ Quel équilibre pour l’avant-procès pour la meilleure conciliation des intérêts conflictuels en présence possible ?	64
A – La présence d’un juge à côté du procureur au stade de l’avant-procès comme principe commun des ordres procéduraux à l’étude.....	65
B – Quel juge pour l’avant-procès ou la question de l’utilité du juge d’instruction ?	65

– PREMIÈRE PARTIE –

LES DROITS FONDAMENTAUX ET PRINCIPES DIRECTEURS DE LA PROCÉDURE PÉNALE : DÉNOMINATEUR COMMUN DE LA MISE EN ÉTAT DE L’AFFAIRE PÉNALE EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE IMPOSANT LA PRÉSENCE DU JUGE DE L’AVANT-PROCÈS	76
---	-----------

– TITRE 1 –

L’AVANT-PROCÈS OU L’IMPOSSIBLE ÉQUILIBRE ENTRE EFFICACITÉ ET GARANTIE DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES..... 80

– Chapitre I –

Des fonctions de l’avant-procès au fort potentiel conflictuel..... 83

– Section 1 –

L’aspect bipolaire de la mise en état de l’affaire pénale..... 83

– Section 2 –

Des fonctions conflictuelles de l’avant-procès..... 87

– Chapitre II –

L’inévitable atteinte aux droits et libertés individuels de la personne lors des investigations et les garanties procédurales pénales prévues à cet effet..... 92

– Section 1 –

Des mesures d’investigation attentatoires aux droits et libertés fondamentaux de l’être humain..... 92

– Section 2 –

L’avant-procès, une phase strictement encadrée par les exigences européennes du procès équitable..... 97

§ 1. La présomption d’innocence

§ 2. Les principes de dignité de la personne, de loyauté et de proportionnalité

A – La protection de l’intégrité physique et psychique de l’individu

B – Le principe de loyauté..... 126

C – Dignité humaine et couverture médiatique.....	140
§ 3. Le principe d'équité.....	142
A – L'égalité des armes et la règle du contradictoire comme composantes essentielles de l'équité du procès.....	143
B – Les droits spécifiques de la défense résultant des principes généraux d'équité.....	148
1) Le droit à être entendu.....	149
2) Le droit au silence.....	152
3) La liberté de ne pas participer activement aux mesures d'enquête.....	159
4) Le droit à l'assistance d'un avocat et la liberté d'appréciation du prévenu.....	161
5) Droit formel d'influer sur la procédure.....	175
6) Droit (et devoir) de comparaître personnellement.....	182
C – Le principe de célérité.....	186

– TITRE 2 –

L'INTERVENTION DU JUGE DANS L'AVANT-PROCÈS AUX CÔTÉS DU PROCUREUR COMME GARANTIE DES DROITS DES PERSONNES CONCERNÉES PAR LES MESURES CONTRAIGNANTES195

– Chapitre I –

Le Procureur, gage d'impartialité statutaire et fonctionnelle ? 196

– Section 1 –

Une partialité statutaire..... 198

§ 1. Le procureur français : un « magistrat » pas comme les autres..... 198

§ 2. Le procureur allemand, une institution « sui generis »..... 207

§ 3. Les formes de manifestations concrètes de l'influence du pouvoir exécutif dans la pratique..... 219

– Section 2 –

Une partialité fonctionnelle..... 233

– Chapitre II –

Le juge, figure de neutralité et d'indépendance, garante des droits et libertés fondamentaux de la personne 240

– Section 1 –

Les fondements de la compétence a priori du juge pour les mesures gravement attentatoires aux libertés individuelles..... 240

§ 1. Les origines de la compétence du juge dans l'avant-procès : une expression des principes de séparation des pouvoirs et d'impartialité..... 240

§ 2. La compétence du juge *a priori* : une protection des libertés individuelles préventive et compensatoire 252

– Section 2 –

La compétence du juge dans l'avant-procès : Une nécessité à l'étendue néanmoins incertaine..... 264

§ 1. Le modèle tripartite français : Un procureur et un juge d'instruction enquêteur sous le contrôle ponctuel du juge des libertés et de la détention..... 264

§ 2. Le modèle bipartite allemand : un procureur souverain contrôlé ponctuellement par le juge de l'enquête..... 268

– DEUXIÈME PARTIE –

QUEL ÉQUILIBRE FONCTIONNEL ET STATUTAIRE POUR LES MEMBRES DU MINISTÈRE PUBLIC ET LES JUGES DE L'AVANT-PROCÈS ? 278

- TITRE 1 -

L'ENQUÊTE, CADRE COMMUN À L'AVANT-PROCÈS EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE.....283

– Chapitre I –

La montée en puissance du procureur au détriment des droits et libertés fondamentaux 284

– Section I –

<i>Le ministère public, un souverain contesté dans son rôle d’initiateur et de directeur de l’enquête</i>	284
§ 1. Le procureur, un « souverain » selon les textes en raison de son pouvoir de direction et d’initiative dans le cadre de l’enquête	285
A – Le procureur français, un directeur et initiateur des investigations affirmé selon les textes dans le cadre juridique de l’enquête.....	286
1) L’enquête et l’instruction : deux procédures en principe secrètes et écrites influencées par le modèle inquisitoire.....	288
2) Le procureur de la République, directeur de l’enquête menée par la police judiciaire.....	292
3) Le procureur, initiateur de l’enquête à côté de la police judiciaire	297
4) Pouvoirs d’investigation et de contrainte restreints	300
a. L’enquête préliminaire, une enquête en principe non coercitive.....	300
b. Des pouvoirs de coercition « particulière » du procureur dans le cadre de l’enquête préliminaire	304
B – Le procureur allemand, unique « maître des investigations » selon les textes.....	310
§ 2. Le procureur, un acteur prépondérant de l’enquête du fait de sa responsabilité pour les investigations conduites sous sa direction	314
A – Le procureur allemand, acteur clef de l’avant-procès grâce à son pouvoir de direction des investigations	315
B – Le pouvoir directionnel fondamental dans l’enquête du procureur français.....	317
§ 3. La « policisation » de l’avant-procès : une perte dans la pratique de la souveraineté du procureur au profit de la police judiciaire ?	318
A – La « policisation » des investigations en Allemagne	319
B – Un constat de « policisation » de la procédure pénale française similaire	328

– Section II –

<i>Le ministère public, acteur « clef » de l’avant-procès du fait de son pouvoir décisionnel à la fin de l’enquête</i>	336
§ 1. L’influence considérable du procureur sur l’issue de la procédure en sa qualité de détenteur et d’initiateur de l’action publique.....	336
A – Un pouvoir sélectif important du procureur français en tant que détenteur et initiateur de principe de l’action publique	337
1) Le pouvoir sélectif du procureur français en tant détenteur et initiateur de principe de l’action publique.....	338
2) La mise en mouvement de l’action publique par la partie lésée comme tempérament au pouvoir d’initiative de principe du procureur	342
B – Un pouvoir sélectif renforcé du procureur allemand en tant qu’unique détenteur de l’action publique dans les faits.....	345
§ 2. La montée en puissance du procureur du fait de l’extension de l’opportunité	349
A – Le développement de l’opportunité en France et en Allemagne.....	350
1) L’établissement du principe d’opportunité en France et sa portée	350
a. L’établissement du principe d’opportunité en France.....	350
b. Les limites du principe d’opportunité.....	355
2) D’un principe de légalité des poursuites théorique à une exception pratique de légalité au profit d’un système largement opportuniste	358
a. L’Allemagne, un système en principe légaliste	358
b. De « l’exception d’opportunité » théorique à sa généralisation dans la pratique	362
B – Les différentes formes d’expression de l’opportunité de la réponse pénale et les compétences quasi-juridictionnelles corrélatives en découlant pour le procureur	367
1) Les pouvoirs quasi-juridictionnels résultant du choix du procureur quant à la modalité spécifique d’engagement des poursuites	368
a. La multitude des choix ouverts au procureur français quant aux modalités d’engagement des poursuites et les pouvoirs en résultant	368
(1) Le réquisitoire introductif	369
(2) Le large choix du procureur dans les modes de déclenchement de la poursuite aux fins de jugement à l’issue d’une audience publique et contradictoire	371
(3) Les pouvoirs quasi-juridictionnels du procureur dans le cadre des saisines aux fins d’une procédure de jugement simplifiée	381
b. Le choix binaire du procureur allemand quant à la forme de la procédure : procès principal ou règlement par voie d’ordonnance ?	387
2) Les pouvoirs quasi-juridictionnels du procureur résultant du développement des alternatives aux poursuites.....	392
a. Le pouvoir de renoncement à la sanction du procureur grâce aux classements sans suite	392

(1) Le pouvoir de renoncement à la sanction du procureur allemand résultant des classements sans suite inconditionnels (« ohne Auflage »), un pouvoir encadré par la loi.....	393
(2) Le pouvoir de renoncer à la sanction du procureur français résultant des classements sans suite en opportunité, une pratique souple non encadrée par la loi.....	402
b. Le pouvoir de sanction du procureur découlant des alternatives aux poursuites ou classements sans suite conditionnels	408
(1) Les nouveaux pouvoirs notamment de sanction du procureur allemand résultant des classements sans suite conditionnels.....	409
(2) Les nouveaux pouvoirs notamment de sanction du procureur français découlant des procédures récentes d'alternatives aux poursuites	415
– Chapitre 2 –	
L'insuffisance des mécanismes de contrôle de l'action du procureur	433
– Section I –	
<i>Des garanties encadrant l'action même du procureur insuffisantes</i>	<i>434</i>
§ 1. Des garanties légales attachées au statut des personnes concernées par les investigations pour encadrer l'action du ministère public toujours précaires	436
A – La situation de la victime lors et à l'issue de l'enquête.....	437
1) La convergence des systèmes allemands et français concernant la situation juridique de la victime au cours de l'enquête	443
2) La divergence des systèmes français et allemand concernant les possibilités ouvertes à la partie lésée à l'issue de l'enquête	449
B – La situation juridique du mis en cause au cours et à l'issue de l'enquête.....	454
1) L'inculpé (« Beschuldigte »), le statut protecteur du mis en cause dans le cadre de l'enquête en Allemagne.....	456
a. Définition de la notion de « prévenu » ou « d'inculpé » (« Beschuldigter »).....	456
b. Le rôle décisif du procureur pour l'inculpation	463
c. droits et devoirs du prévenu.....	465
2) Le suspect, statut protecteur du mis en cause dans le cadre de l'enquête en France	473
a. La naissance difficile du statut du suspect dans le cadre de l'enquête	473
b. Mesures de contrainte ou intrusives attachées à la qualité de suspect	487
c. État des droits du suspect lors de l'enquête	489
§ 2. Une faible responsabilité du procureur en cas de pratiques abusives	517
– Section II –	
<i>Des mécanismes de contrôle du procureur a posteriori lacunaires</i>	<i>525</i>
§ 1. La possibilité de recours « internes »	526
§ 2. Des possibilités de contrôle externe lacunaires	534
A – Le rôle important du juge constitutionnel en procédure pénale.....	534
1) Le rôle primordial du juge constitutionnel allemand dans la procédure pénale	535
2) Le rôle du juge constitutionnel français sur la scène procédurale en pleine évolution.....	536
B – Des possibilités d'action réservées à la victime contrastées des deux côtés du Rhin.....	547
1) L'action civile à la française comme mécanisme régulateur puissant et effectif du principe d'opportunité	547
2) Des mécanismes épars, complexes et en pratique inusités réservés à la victime du côté allemand .	563
a. Procédure d'injonction de mise en mouvement l'action publique (« Klageerzwingungsverfahren »)	564
b. L'action privée (Privatklage)	575
c. Recours en vertu des §§ 23 et s. EGGVG ?.....	578
C – La faiblesse des possibilités d'action a posteriori ouvertes au prévenu.....	584
1) Les moyens de contrôle de l'enquête a posteriori du côté allemand.....	584
a. Des recours a posteriori disparates et lacunaires du prévenu dans le cadre de l'enquête	584
b. Le contrôle de la décision de renvoi de l'affaire au tribunal : la procédure intermédiaire	607
2) Les recours ouverts au prévenu lors de l'enquête en France	615
– Section III –	
<i>Des mécanismes de contrôle de l'action du ministère public a priori faiblement protecteurs.....</i>	<i>636</i>
§ 1. L'intervention ponctuelle du juge de l'avant-procès en cas d'atteintes aux droits et libertés fondamentaux en Allemagne	638
A – L'intervention du juge a priori dans l'avant-procès, un mécanisme en théorie prometteur	638
1) « Le droit de regard » de la juridiction de jugement sur l'exercice d'opportunité des poursuites par le ministère public	639

2) Le contrôle des investigations par le juge de l'enquête, véritable garant des libertés individuelles selon les textes	639
a. Développement historique	641
b. Le „juge de l'enquête“ : définition et réglementation légale	645
c. Les mesures d'enquête juridictionnelles („Richterliche Ermittlungshandlungen“)	647
(1) Le rôle du juge de l'enquête de garant de la solidité de la procédure	647
(2) Le rôle juridictionnel de garant des libertés et droits fondamentaux du juge de l'enquête	654
d. Les limites de la compétence de contrôle du juge de l'enquête posées par la loi	655
B – La compétence du juge de l'avant-procès compte-tenu de l'effectivité de la protection des droits et libertés fondamentaux : un mécanisme décevant dans la pratique	662
1) L'érosion du juge au stade des poursuites	663
2) L'inefficacité du juge au stade de l'enquête	665
a. Une perte d'importance du juge de l'avant-procès du fait du législateur	665
b. Les lacunes relevant du mécanisme même de la compétence du juge de l'avant-procès	666
c. Les lacunes du procédé de la compétence du juge dues aux autorités de poursuite	679
§2. L'intervention ponctuelle du juge des libertés et de la détention lors de l'enquête en France	682
A – L'intervention du juge de l'avant-procès lors de l'enquête : un dispositif de création récente prometteur selon les textes	683
B – Le juge des libertés et de la détention : un mécanisme en pratique largement perfectible au stade de l'enquête	692

– TITRE 2 –

LE MAINTIEN ET LE RENFORCEMENT DE L'INSTRUCTION COMME CLEF DE RÉÉQUILIBRAGE DES POUVOIRS LORS DE L'AVANT-PROCÈS	713
--	------------

– Chapitre I –

<i>Le juge d'instruction, garantie indispensable des droits des parties et du principe d'indépendance de la justice dans le cadre de l'avant-procès</i>	719
--	------------

– Section 1 –

<i>Le caractère mi-juge mi-enquêteur du magistrat instructeur comme garantie d'un contrôle effectif des droits des parties au procès pénal</i>	<i>720</i>
§ 1. Le juge d'instruction : véritable « souverain » de l'instruction grâce à sa mission d'enquêteur	721
A – L'action du magistrat instructeur par délégation, une action maîtrisée	724
B – Les mesures réservées au juge d'instruction respectueuses du contradictoire	732
§ 2. L'obligation de saisine préalable : gage supplémentaire d'impartialité	737
§ 3. Pouvoirs d'investigation et de contraintes étendus	744
A – Pouvoirs de contrainte	744
B – Pouvoirs juridictionnels	748
1) Les pouvoirs juridictionnels du juge d'instruction à l'ouverture et en cours d'instruction	750
2) Le magistrat instructeur, détenteur du dernier mot sur le sort du mis en examen	756
3) La fonction de poursuite du magistrat instructeur comme obstacle à son impartialité ?	763

– Section 2 –

<i>Le juge d'instruction, une autorité judiciaire au sens de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du fait de sa pleine indépendance</i>	<i>769</i>
§ 1. Une indépendance statutaire	771
§ 2. Une pleine indépendance vis-à-vis des parties	773

– Chapitre II –

<i>Le juge d'instruction, un acteur contrôlé efficacement</i>	781
--	------------

– Section 1 –

<i>Un large pouvoir d'initiative des parties pour contrôler le magistrat instructeur</i>	<i>782</i>
§ 1. Le contrôle ouvert au ministère public	786
§ 2. Les droits des parties privées dans le cadre de l'instruction	787

– Section 2 –

<i>Le juge d'instruction, une juridiction soumise à des contrôles d'autorités judiciaires tierces efficaces</i>	<i>795</i>
§ 1. Le juge d'instruction, un acteur pleinement soumis au contrôle de la chambre de l'instruction	796
A – Le contrôle des pouvoirs d'instruction du magistrat instructeur par la chambre de l'instruction	797
1) Le contrôle de la légalité par le biais du pouvoir d'annulation	798

2) Le contrôle de l'opportunité des actes d'instruction grâce au pouvoir de révision de la chambre de l'instruction.....	801
B – Le contrôle des pouvoirs juridictionnels du magistrat instructeur par le biais de la procédure d'appel devant la chambre de l'instruction	803
C – Un contrôle du magistrat instructeur renforcé du fait des pouvoirs propres du président de la chambre de l'instruction	806
§ 2. Le contrôle efficace du juge des libertés et de la détention en matière de détention provisoire	808
– CONCLUSION GÉNÉRALE –	840
BIBLIOGRAPHIE	850
DIVERS.....	850
<u>I/ Ouvrages</u>	<u>850</u>
A – En allemand	850
B – En français	850
<u>II/ Articles, films, sites internet</u>	<u>850</u>
A – En allemand	850
B – En français	851
DROIT.....	855
<u>I/ Ouvrages généraux, manuels.....</u>	<u>855</u>
A – En allemand	855
B – En français	855
C – En italien	857
<u>II/ Ouvrages spéciaux, thèses, ouvrages.....</u>	<u>857</u>
A – En allemand	857
B – En français	861
C – En anglais	863
D – En italien.....	864
<u>III/ Ouvrages collectifs et Mélanges (le cas échéant bilingues) utilisés à plusieurs reprises pour cette thèse</u>	<u>864</u>
<u>IV/ Articles extraits d'ouvrages collectifs ou de Mélanges</u>	<u>865</u>
A – En allemand	865
B – En français	868
C – En anglais	873
D – En latin.....	874
<u>V/ Fascicules d'encyclopédie, commentaires de loi</u>	<u>874</u>
A – En allemand	874
B – En français	875
<u>VI/ Articles de revue, commentaires de jurisprudence</u>	<u>876</u>
A – En allemand	876
B – En français	892
C – En anglais	909
D – En italien.....	910
<u>VI/ Lois, rapports, documents législatifs, communiqués de presse</u>	<u>910</u>
A – En allemand	910
B – En français	912
C – En anglais	919
D – En italien.....	919
INDEX GÉNÉRAL	920
INDEX DES NOMS PROPRES.....	935
ANNEXES.....	937
<u>I/ Abstract (allemand).....</u>	<u>937</u>
<u>II/ Essay (résumé en allemand).....</u>	<u>937</u>
TABLE DES MATIÈRES	945